

# Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera

**Alfonso Ortega Giménez**

*Profesor contratado doctor (acreditado a profesor titular)  
de Derecho Internacional Privado.  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

## Extracto

Cuando se produce un accidente de circulación por carretera pueden darse varias circunstancias que compliquen la determinación de la jurisdicción competente y la aplicación de la ley. La situación puede complicarse en mayor medida cuando se trata de acontecimientos lesivos intrafronterizos. Así se aprecia en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), que inadmite los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, en el cual la parte recurrente había sufrido un accidente en el extranjero; el tribunal señala que en este caso es de aplicación el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación, que al tiempo de producirse el siniestro había sido ratificado por el Reino de Marruecos, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí.

**Palabras clave:** accidente de circulación por carretera; competencia judicial internacional; ley aplicable.

Fecha de entrada: 04-03-2020 / Fecha de aceptación: 03-04-2020

## Enunciado

Cada vez se producen más interrelaciones entre los ciudadanos de los distintos países, que, por diferentes motivos (trabajo, estudios, ocio, etc.) se desplazan en sus vehículos o en otros medios de locomoción. Este masivo desplazamiento da lugar a que en algunas ocasiones se produzcan accidentes de circulación por carretera. La situación se complica cuando se trata de acontecimientos lesivos interfronterizos; la víctima que sufre un accidente fuera del país de su residencia se ve abocado al ejercicio de acciones civiles ante tribunales que le pueden ser hostiles, no solo en cuanto al idioma o a la ubicación, sino también en cuanto al uso y aplicación de los sistemas procedimentales y de las prácticas del foro, por no añadir la diferencia de criterios indemnizatorios existentes de un país a otro.

Por ello, desde mediados del siglo pasado, la comunidad internacional se ha dotado de distintas normas y organismos para facilitar a las víctimas de estos accidentes la pronta y justa resolución de los mismos. Ha sido, pues, a través de directivas o reglamentos comunitarios, convenios internacionales y otras disposiciones como se ha ido regulando esta materia, con el fin de que las víctimas de los accidentes de tráfico con elemento extranjero sean debidamente protegidas y puedan reclamar en sus propios países, independientemente de dónde haya ocurrido el accidente de circulación.

Así se aprecia en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), en la cual la parte actora presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Fundamentando la interposición del recurso de casación por dos motivos: por infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), al considerar que no debería exonerarse el pago a la compañía de seguros, ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada por esta parte no apreciaba justificación para no imponer los intereses cuando no se discute ni la realidad del siniestro ni su cobertura, solo su cuantía o la concurrencia de culpa; y el segundo motivo en relación con los intereses moratorios cuando se ha aplicado el derecho español a un accidente de tráfico cometido en el extranjero, en este caso en Marruecos.

El tribunal señala que el recurso de casación interpuesto incurre, en sus dos motivos de recurso, en la causa de inadmisión por carecer de fundamento (art. 483.2, 4.º LEC –Ley de Enjuiciamiento Civil–) por plantear cuestiones que no afectan a la *ratio decidendi* de la sentencia, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida. Así, sostiene el recurrente en el escrito de interposición del recurso que no debería exonerarse de pago a la compañía aseguradora al pago de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada no apreciaría justificación para no imponer los intereses cuando no se discute ni la realidad del siniestro ni su cobertura, solo su cuantía o concurrencia de culpa; y que procedería aplicar el

citado precepto, en relación con la imposición o no de los intereses moratorios, cuando se ha aplicado el derecho español a un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero. Soslaya, de esta forma, la parte recurrente que la resolución impugnada, tras examinar la prueba practicada y confirmando las determinaciones del juzgado de primera instancia: primero, que resulta aplicable al presente supuesto, en el que concurre un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero, el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación, que al tiempo de producirse el siniestro había sido ratificado por el Reino de Marruecos, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí; segundo, que en el caso de autos, de la documental obrante resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; y tercero, en consecuencia, por lo que si resulta aplicable al supuesto de autos la legislación marroquí, difícilmente puede entenderse que existiera obligación de consignar o pagar intereses moratorios en aplicación del artículo 20 de la LCS.

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, al eludir la razón decisoria o *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida. Por todo ello, no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación con la admisión del recurso interpuesto.

La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia. Por todos estos motivos el tribunal inadmite la petición del recurrente.

Cuestiones planteadas:

- ¿Cuál es la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera?
- ¿Que regula el Convenio de La Haya?
- ¿Cómo aplican el Convenio de La Haya los tribunales españoles?
- ¿Cuál es la competencia judicial internacional en el caso de accidentes de circulación por carretera?
- ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?
- ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?
- ¿Qué debemos probar en materia de derecho extranjero?
- ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?
- ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?

## Solución

### 1. ¿Cuál es la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera?

La Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esa responsabilidad (que codifica las cinco directivas anteriores en esta materia), no unifica los criterios de las legislaciones de los Estados miembros sobre la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, ni modifica las normas de derecho internacional privado sobre atribución de competencias jurisdiccionales.

Por tanto, en lo que se refiere a la ley aplicable, siguen siendo de plena aplicación las normas de los Estados miembros y, en su caso, el Convenio de La Haya de 4 mayo 1971, ratificado por España mediante instrumento de 4 septiembre 1987, en cuyo párrafo 1.º se establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos: «El presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto.»

Por otro lado, también debemos hacer referencia al Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, más conocido como Roma II, que afecta a todos los Estados de la UE con la única excepción de Dinamarca (art. 1.4). Se trata de una norma que se refiere a la mayoría de las obligaciones extracontractuales, pero que, para el supuesto concreto de las derivadas de accidentes de circulación transfronterizos, no contiene una normativa conflictual especial dedicada a la determinación de su ley rectora. Debe tenerse en cuenta, además, que esta diversidad de regímenes se ve agravada por cuanto que el Reglamento Roma II es una norma general sobre obligaciones extracontractuales, sin reglas concretas sobre los accidentes de circulación, mientras que el Convenio de La Haya es un instrumento específico para la ley aplicable a los accidentes de circulación.

### 2. ¿Que regula el Convenio de La Haya?

Este convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto.

Los Estados que forman parte del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 son los siguientes: Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Montenegro, Países Bajos, Polonia, República Checa, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia y Suiza.

Al igual que lo hacen la práctica totalidad de los ordenamientos internos en cuanto a la ley aplicable para las obligaciones extracontractuales, el convenio establece en su artículo 3 el criterio de la *lex loci*, al señalar que «la ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente».

El Convenio de La Haya no añade nada nuevo en este ámbito, porque utiliza el mismo criterio que el seguido por los ordenamientos internos de los países. Sin embargo, el convenio establece algunas excepciones a este principio general en sus artículos 4 al 6, que utiliza distintos criterios, como el de la ley del Estado de matriculación del vehículo, o el de la *lex damni* o ley del país de residencia de las víctimas o perjudicado, si se dan determinadas circunstancias y elementos en el accidente.

En este sentido, el convenio establece en su artículo 4 que cuando en el accidente inter venga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para determinar la responsabilidad se aplicará la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado: a) respecto al conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual; b) respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, y c) respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado.

En caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas.

Por su parte, el artículo 6 establece que en el caso de los vehículos no matriculados o de los matriculados en varios Estados, la ley interna del Estado donde estén habitualmente estacionados sustituirá a la del Estado de matrícula. La misma regla se aplicará cuando ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieren, en el momento de ocurrir el accidente, su residencia habitual en el Estado donde estuviere matriculado el vehículo.

En cuanto a las normas aplicables sobre circulación y seguridad vial, es importante mencionar que el Convenio de La Haya prevé en su artículo 7 que «cualquiera que sea la ley aplicable, para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente». El convenio dice «se deberán tener en cuenta» y no «se aplicarán», con lo que se plantea la duda del alcance de la primera expresión. Pensamos que lo más razonable es considerar que las normas sobre tráfico, circulación y seguridad vial aplicables serán en todo caso las del país de acaecimiento del siniestro.

El artículo 8 se refiere a las cuestiones relativas a la responsabilidad civil que están dentro del convenio, elaborando una lista amplia en la que se incluyen todos los elementos de la responsabilidad que deben ser tratados por la ley que se aplique, según los criterios indicados. De esta lista quedarían fuera las cuestiones relativas al seguro de responsabilidad civil, así como otras relativas al ámbito penal y administrativo, según hemos indicado en este último caso.

Así lo establece el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), señalando que resulta aplicable al caso planteado el Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, al tratarse de un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero –además señala que al tiempo de producirse el siniestro este convenio había sido ratificado por el Reino de Marruecos–, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí.

### 3. ¿Cómo aplican el Convenio de La Haya los tribunales españoles?

La aplicación de las normas de este convenio en la práctica ha tenido algunas complicaciones en su aplicación en la práctica. El primero de ellos ha sido las dificultades técnicas de la prueba y conocimiento del derecho de los demás países signatarios del convenio. Ha habido una inercia judicial a rechazar la aplicación de un derecho distinto al de su fuero, aplicando la ley y sistema español con absoluto desprecio de la norma del convenio. En algunas ocasiones, se ha utilizado el Convenio de La Haya para establecer la jurisdicción competente. Ejemplo de ello son la SAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 16 de junio de 2005 y el Auto 413/2007 de la AP de Madrid (rec. núm. 569/2007, Sección 21.ª) de 18 de diciembre de 2007.

En el primer caso, se trata de un accidente en Marruecos, en el que fallece la ocupante de un vehículo con matrícula española. El actor, marido de la fallecida, ejerció en España la acción directa contra la entidad aseguradora. La entidad aseguradora, que había sido condenada en primera instancia, argumenta en su recurso de apelación que para determinar la competencia judicial debe acudir al Convenio de La Haya. Para la audiencia provincial, el vehículo en el que ocurrió el accidente estaba matriculado en España, y la víctima, la esposa del actor, tenía en España su residencia a la vista de la documentación aportada, por lo que la jurisdicción española puede entrar a conocer de la reclamación planteada por el actor.

En el segundo caso, el AAP de Madrid (sección 21.ª) de 18 de diciembre de 2007, los hechos son similares al comentado anteriormente. Se trata de un accidente ocurrido en Marruecos, en que las víctimas del accidente tenían residencia en España y los vehículos intervinientes estaban también matriculados en España. En este caso, cambia el razonamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, en el siguiente sentido:

La jurisdicción española es la competente para resolver el litigio habido entre las partes al estar matriculados en España los dos vehículos que intervinieron en el accidente ocurrido en Rabat –Marruecos– de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo competente para resolver los tribunales civiles.

Otro de los problemas que se plantean en la práctica, tal vez el principal, es la litispendencia. Pensemos que en este tipo de accidentes es frecuente que se sigan actuaciones penales, que pueden haber concluido o no cuando se interpone la demanda en otro país, en las que se puede haber entrado también en la determinación de las responsabilidades civiles, bien en estos procedimientos penales, bien demandando por la vía civil en el país de ocurrencia.

En este sentido el Tribunal Supremo, en STS núm. 722/2009 de 23 marzo de 2010 (NCJ052666), defiende, con buen criterio, la aplicación del derecho extranjero, en este caso suizo, al asunto analizado. Se trataba de un accidente ocurrido en España, en el que el único vehículo implicado estaba matriculado en Suiza y el tomador del seguro era residente de este país. El Alto Tribunal considera de aplicación el artículo 4 del Convenio de la Haya, que establece la aplicación del derecho suizo. En este sentido, es relevante la argumentación de la sala, al indicar:

Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado.

Por otro lado, el Auto 202/2019 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de julio de 2019, estimó un recurso de apelación interpuesto y declaró la competencia de este último para resolver de un litigio derivado de un accidente de tráfico ocurrido en Francia, siendo los reclamantes extranjeros residentes en España con vehículo matriculado en este país, frente a la una compañía aseguradora española representante en España de la compañía aseguradora del vehículo francés responsable del daño reclamado.

En el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017) que estamos analizando, el tribunal, tras examinar la prueba practicada, confirma lo establecido por el juzgado de primera instancia, por lo que señala que tomando en consideración que el accidente de tráfico ha ocurrido en el extranjero, resulta aplicable al presente supuesto el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación.

#### 4. ¿Cuál es la competencia judicial internacional en el caso de accidentes de circulación por carretera?

Tanto el Reglamento Bruselas I bis como el Convenio de Lugano o la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) contienen reglas de competencia judicial internacional especial en materia de contratos de seguro. El Reglamento Bruselas I bis, en su sección cuarta, establece los foros de protección en materia de seguros. Estos foros de protección se establecen en atención a la parte más débil en una relación jurídica. En términos de competencia judicial internacional, la protección de la parte más débil se consigue restringiendo el juego de la autonomía de la voluntad de las partes, por un lado, y designando como tribunales competentes los tribunales del lugar de residencia habitual de aquella parte, por otro.

Para aplicar los foros en materia de seguros (= arts. 10 a 16), el demandado, sea el asegurador, sea el asegurado, deberá tener su domicilio en la UE. Si el asegurador es la parte demandada, el asegurado podrá plantear su demanda (= arts. 11 y 12):

- a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su domicilio (= art. 11.1.b determina la competencia judicial internacional y territorial). Este *forum actoris* es subsidiario en relación con el foro del domicilio del asegurador; frente al foro previsto por el artículo 7.5 del reglamento es alternativo.
- b) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el asegurador tenga su domicilio (= arts. 11.1.a y 7.5.B. I bis).
- c) Ante los órganos jurisdiccionales del lugar en que se haya producido el hecho dañoso.
- d) Si el asegurador no está domiciliado en un Estado miembro, pero tiene una sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se le considerará, para los litigios relativos a esa explotación, domiciliado en el Estado miembro donde se encuentra la sucursal.
- e) Si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozca de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

Sin embargo, si el asegurador es la parte demandante, rige la regla general del domicilio del demandado o el foro de su sucursal (= art. 14.1), salvo que su pretensión se formule por vía reconvenional (= art. 14.2). Las mismas consideraciones valen, *mutatis mutandis*, en el ámbito de aplicación del Convenio de Lugano.

El Reglamento Bruselas I bis reduce el alcance de los acuerdos de elección de foro en este ámbito, pues, en términos generales, estos solo prevalecerán respecto de los foros descritos cuando sean posteriores al nacimiento del litigio, o cuando permitan al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados. Señala el artículo 11.1 que:

El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado:

- a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio.
- b) En otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante.
- c) Si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

En los seguros de responsabilidad civil, ante el tribunal que conociere de la acción de la persona dañada contra el asegurado, si la ley (procesal) de este tribunal permitiese esa «llamada al tercero» o *litis denuntiatio* (= art. 13.1). El objeto de esta regla es permitir la acu-



mulación de procesos conexos y ahorrar al asegurado la carga de iniciar un nuevo procedimiento contra el asegurador.

Por lo tanto, a nivel europeo, queda reconocido el derecho a la persona perjudicada de un accidente en otro Estado, al ejercicio de la acción directa en su país de residencia, contra la entidad aseguradora responsable, es decir, el perjudicado domiciliado en un Estado miembro puede entablar ante el tribunal del lugar de su domicilio una acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible y el asegurador esté domiciliado en un Estado miembro.

Entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tal interpretación también se ve respaldada por el considerando decimotercero del Reglamento Bruselas I bis, que se refiere a que resulta oportuno proteger a la parte débil. En este sentido, considera el tribunal que, si no se permite al perjudicado plantear la demanda ante los tribunales del lugar de su domicilio, se le estaría privando de la protección que el reglamento concede al resto de partes débiles. En los supuestos en los que el demandado no tenga su domicilio en la UE, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en esta materia queda regulada en el artículo 22.1 bis de la LOPJ, el cual señala:

La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del artículo 22 quinquies solo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieron ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro.

Y en el artículo 22 quinquies letra e) cuando dice:

Asimismo, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes: e) En materia de seguros, cuando el asegurado, tomador o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en España; también podrá el asegurador ser demandado ante los Tribunales españoles si el hecho dañoso se produjere en territorio español y se tratara de un contrato de seguro de responsabilidad o de seguro relativo a inmuebles, o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Tribunales españoles fueran competentes para conocer de la acción entablada por el perjudicado contra el asegurado

cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.

## 5. ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?

El artículo 281 de la LEC exige la prueba del Derecho extranjero porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la ley extranjera, solo está obligado a conocer las normas ju-

rídicas españolas escritas. Es por esta razón que cada vez que tenga que aplicarse un derecho extranjero, este deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque. Para clarificar la situación actual sobre la prueba del derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 de la LEC:

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.
2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.
3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.
4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Este artículo nos posiciona la prueba del derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que «el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». En este precepto se diferencia entre la «prueba del contenido y vigencia» del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la «aplicación» del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes. En este sentido resulta significativa la SAP de Asturias 56/2012, de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 473/2011). Dado que debe alegar y probar el derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si esta ostenta la posición de demandante o de demandado.

Con la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI) se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI señala expresamente lo siguiente:

1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.
2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.
4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de derecho internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional, de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el derecho extranjero, y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJL clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio; así lo señala la STS de 10 de junio de 2005 (rec. núm. 4787/1998 [NCJ042844]). Por otro lado, no será necesario probar el derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

Así ocurre en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), cuando el tribunal señala que, en el caso de autos, de la documental obrante, resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; por lo que sí resulta aplicable, al supuesto de autos, la legislación marroquí.

## 6. ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?

Debemos recordar que el derecho extranjero es un «hecho procesal» con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes. El artículo 33.1 de la LCJL determina que la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte; existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación do-

cumental cuando lo establezca la ley. El propio artículo 281.2 de la LEC dice: «Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley». El artículo 281.2 de la LEC constituye una norma meramente potestativa de modo que, si bien permite al juzgador averiguar por todos los medios que estime necesarios el derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del derecho extranjero es una regulación «de líneas generales». Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de «textura abierta» en relación con la prueba del derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del derecho extranjero. Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el derecho extranjero, como puede ser la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (instrumento de adhesión de España del 10 de diciembre de 1987); el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero de 7 de junio de 1968 (instrumento de adhesión de España de 2 de octubre de 1973); protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre Derecho Extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como México, Marruecos, República Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.

## 7. ¿Qué debemos probar en materia de derecho extranjero?

Otro aspecto que determinar es ¿qué elementos del derecho extranjero en cuestión deben ser probados?, es decir, ¿cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba? En este sentido debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del derecho extranjero. La primera de ellas es la denominada «tesis de la prueba mínima», en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que solo debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar, encontramos la «tesis de la prueba exhaustiva», que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiéndose que no solo debe probarse el «contenido y vigencia» del derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo.

Por lo que respecta a la doctrina y diversas sentencias, como la SAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (rec. núm. 45/2006), SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (rec. núm. 30/2000), STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (rec. núm. 5115/1996), STS 39/1975 de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994 hacen expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el derecho extranjero. Se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:

- a) El contenido literal del derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal derecho, no basta con una «mera cita aislada de disposiciones extranjeras».
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un «reenvío» en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión. Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales.
- c) La vigencia y existencia del derecho extranjero.
- d) La interpretación concreta de las normas del derecho extranjero.
- e) La aplicabilidad del derecho extranjero al caso concreto.

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación «el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria. Cuando el derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del derecho extranjero será recomendable probar no solo la exacta entidad del derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.

No cabe confundir la prueba de «legislación» vigente en un determinado territorio con la prueba «del derecho» aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law*. El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero. De esta última interpretación, sacamos varias ideas:

- a) En principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de derecho interno, sino las normas especiales de derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado.
- b) Debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero.

- c) El Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales.
- d) Se aplicarán las normas de derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

## 8. ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?

En relación con los medios de prueba del derecho extranjero el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de julio de 2006 (rec. núm. 2421/1999), pone de relieve la posibilidad de utilizar «todos los medios de prueba a su alcance», que venimos a enumerar:

- a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: el documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros tribunales, y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan solo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.
- b) Prueba pericial: consiste en un informe elaborado por «expertos en el derecho extranjero» que se quiere probar; así lo establece el artículo 335 de la LEC. Los «expertos» pueden ser tanto del país cuyo derecho se trata de probar como de otra nacionalidad, incluso española. Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no solo la vigencia y contenido del derecho extranjero, sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado «informe de parte», un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto «toma partido» en favor de las pretensiones concretas de la parte; así lo señala la SAP Tarragona de 13 de abril de 2011 (rec. núm. 34/2011).
- c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de internet; obviamente, no prueban la vigencia o contenido del derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como «medios de acreditación del derecho extranjero». Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el derecho extranjero «con certeza».

Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del derecho extranjero. El artículo 33.2 de la LCJI determina que los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las leyes de la «sana crítica». Este precepto destaca un avance respecto a la línea dura que representa la jurisprudencia, por lo que el juez será libre de verificar la acreditación del derecho extranjero, sin que exija todos los medios que pide el Tribunal Supremo, aunque puede darse el caso de que el juez pida aún más pruebas al no quedar convencido.

En el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), respecto a la documental obrante en el proceso, resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; en consecuencia, resulta aplicable, al supuesto de autos, la legislación marroquí, quedando acreditado dicha ley. En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, al eludir la razón decisoria o *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida. Por todo ello, el tribunal señala que no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación con la admisión del recurso interpuesto.

## 9. ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el derecho extranjero. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que han sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del derecho extranjero a la tesis de la desestimación de la demanda. Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el derecho material español cuando no se haya podido acreditar el derecho extranjero. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende que se aplique el derecho material español por falta de alegación y prueba del derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE. De esta forma, consagra al derecho extranjero como un «hecho procesal», por lo que si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho, así lo señala la SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (rec. núm. 321/2016). Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del derecho extranjero en el siglo XIX, así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo. Ha llegado también al Tribunal Constitucional, que considera que es la solución que más respeta los preceptos constitucionales y es la

más seguida por los tribunales inferiores. Pero debemos decir en contra de esta tesis, y en contraposición con la tesis de la desestimación de la demanda, que la presente teoría: 1) vulnera el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas; 2) comporta inseguridad jurídica porque no se sabe, en un principio, qué derecho se va a aplicar; y 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el Derecho aplicable.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 157, de 2 de julio).
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (BOE núm. 250, de 17 de octubre).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero).
- Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional. (BOE núm. 182, de 31 de julio).
- Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. (DOUE núm. 199, de 31 de julio).
- Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre Derecho Extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982).
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ley Aplicable en materia de Accidentes de Circulación por Carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971. (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).
- SSTS 39/1975, de 3 febrero; de 10 de junio de 2005 (rec. núm. 4787/1998 [NCJ042844]), y de 4 de julio de 2006 (rec. núm. 2421/1999).
- STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (rec. núm. 5115/1996).
- SSAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (rec. núm.45/2006); de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (rec. núm. 30/2000); de Tarragona de 13 de abril de 2011 (rec. núm. 34/2011); de Asturias de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 473/2011), y de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (rec. núm. 321/2016).