



Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*

Alfonso Ortega Giménez

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

Extracto

El derecho extranjero debe alegarse y probarse en lo que a su existencia, vigencia y contenido se refiere, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. La parte que invoque el derecho extranjero debe demostrar el contenido y su vigencia. Así se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018, donde la parte demandada presenta dos informes sobre el derecho extranjero; el tribunal rechaza ambos informes señalando que en ellos no se aprecia ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien, por lo que en virtud de la *lex loci delicti commissi* será de aplicación la ley española, al haberse producido el daño en territorio nacional.

Palabras clave: derecho extranjero; *lex loci delicti commissi*; obligaciones extracontractuales.

Fecha de entrada: 17-12-2019 / Fecha de aceptación: 18-12-2019

Enunciado

Determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras ha sido, es y será un tema de notable interés para el derecho internacional privado. El derecho extranjero tiene que ser introducido a través de los mecanismos previstos para la prueba dentro del proceso. La cuestión de la aplicación del derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema, en su día, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); los artículos 281.2 y 282 dan cuerpo a un sistema de prueba del derecho extranjero de textura abierta. El artículo 281.2 obliga a alegar y probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación; y, hoy, con los artículos 33 y 34 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional (LCJI).

La Audiencia Provincial de Baleares, en el caso que nos ocupa, es un vademécum de criterios ius internacional privatistas para la determinación de la competencia judicial internacional con el fin de conocer de una reclamación de responsabilidad civil extracontractual (= *forum damni*), recurriendo a la *lex fori regit processum* y determinando la ley procesal aplicable al supuesto; aplicación del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero; y determinación de la ley aplicable al supuesto concreto (= *lex loci delicti commissi*).

La parte actora (Telefónica de España, SAU) se alza contra la resolución de instancia que desestima su pretensión de condena a las demandadas (Victorious Shipping Company, NV y asegurado en Kuiper Verzekeringen, BV) al abono de 376.367,86 euros. La pretensión se fundamenta en que en fecha de 16 de junio de 2013 el buque Dwinger, propiedad de Victorious Shipping Company, NV y asegurado en Kuiper Verzekeringen, BV, hallándose fondeado en cala Jondal, se enganchó con un cable submarino de fibra óptica propiedad de la actora que enlazaba las islas de Ibiza y Formentera, privando a estas del servicio de datos (ADSL y 3G) prestado por la actora. El coste de la reparación de los daños y el lucro cesante derivado del siniestro asciende a la cantidad que reclama. La resolución de primera instancia desestima la demanda por no estimar acreditado que los daños en el cable submarino fueran causados por el buque Dwinger, y que este fuera propiedad de la code demandada Victorious Shipping Company, NV. Frente a esta resolución la parte demandante interpone el recurso ante la instancia superior.

La naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (= Reglamento «Roma II»), conforme a sus artículos 1 a 3; lo que, a su vez, determina, de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la ley española al haberse producido el daño en territorio nacional.

Partiendo de la normativa aplicable y del nuevo examen de la prueba practicada, debe considerarse que fue el buque Dwinger el que dañó el cable submarino. Así se recoge en las pruebas realizadas, como que la nave se hallara localizada y fondeada en el lugar que coincide con la localización del cable submarino y que coincide con el diario de navegación del buque incorporado a las actuaciones (38º, 51,733 N); por los informes de los peritos se descarta que el daño fuese producido por otras embarcaciones debido a sus características. El propio capitán de la nave, reconoció ante Capitanía Marítima que, hallándose fondeada, no pudo abandonar el lugar por no poder subir el ancla al haberse enganchado, viéndose obligado a pernoctar para el día siguiente recabar la ayuda de un buzo, quien señaló que el ancla se hallaba enganchada a un cable submarino, lo que se aprecia en las fotografías que tomó. La parte demandada incorpora dos informes sin añadir ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien en los términos de los artículos 33 y 34 de la LCJL, limitándose a señalar que la información que ofrece el registro es de acceso público. En cuanto al segundo de los informes relativo a la legitimación de la demandada, conforme a los artículos 4 y 15 del Reglamento «Roma II», tratándose de obligación no contractual, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos se rige por la ley del lugar en que se produjo el daño, por lo que un informe sobre la legitimación pasiva, conforme al derecho de Curazao y los Países Bajos resulta impertinente conforme a los artículos 281 y 282 de la LEC, por lo que no queda suficientemente justificado el derecho extranjero. Partiendo de las anteriores consideraciones, debe apreciarse la legitimación pasiva de la entidad demandada.

Por otro lado, la codemandada Kuiper Verzekeringen, BV niega su legitimación pasiva, sosteniendo que es mero intermediario, no entidad aseguradora, presentando dos informes de expertos: uno, sobre las actividades a que se dedica la demandada; y otro, sobre si debe responder del siniestro. Al escrito de contestación a la demandada no se incorporó documentación alguna y, ni siquiera, se identificó qué entidad pudiera ser la aseguradora, pese a sostener la codemandada que es una mera intermediaria. Por lo que se considera la legitimación pasiva por la actividad que señala en su página, en la que figura bajo su denominación social «seguros de yates». También resulta de los correos que remitió una vez tuvo conocimiento del siniestro y en los que se identifica como aseguradora del velero, ofreciendo información sobre la responsabilidad contratada y solicitándola sobre los daños que pudiera haber causado el buque.

Considerando los elementos expuestos, no se comparte la apreciación del magistrado de instancia, por lo que la sala estima el recurso de apelación interpuesto por Telefónica de

España, SAU contra la sentencia dictada en fecha en fecha de 12 de junio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ibiza.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?
2. ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?
3. ¿Qué debemos probar en materia de derecho extranjero?
4. ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?
5. ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?
6. ¿Cómo determinar la *lex loci delicti commissi*?

Solución

1. ¿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 jurídicas 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 febrero. 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.

Así ocurre en la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, cuando la parte demandada acompaña dos informes en la contestación a la demanda. En el primero de ellos, Van Traa Aadvocaten, NV se pronuncia sobre la titularidad de la embarcación acompañando el certificado neerlandés de registro. En el segundo informe, los expertos se pronuncian sobre la legitimación pasiva de la demandada.

Con la LCJL 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 LCJL 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 LCJI 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 436/2005, de 10 de junio (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.

En la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, respecto a las pruebas de derecho extranjero aportadas por la parte demandada, señala que los informes sobre el derecho extranjero resultaban innecesarios, ya que el informe que sobre ello se incorpora se fundamenta en los asientos registrales que se acompañan, sin añadir ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien en los términos de los artículos 33 y 34 de la LCJI, limitándose a señalar que la información que ofrece el registro es de acceso público. En cuanto al segundo de los informes relativo a la legitimación de la demandada, conforme a los artículos 4 y 15 del Reglamento «Roma II», tratándose de obligación no contractual, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos se rige por la ley del lugar en que se produjo el daño, por lo que un informe sobre la legitimación pasiva conforme al derecho de Curazao y de los Países Bajos resultaba imperinente conforme a los artículos 281 y 282 de la LEC.

2. ¿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 LCJI 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 documental 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 a 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 permiten al tribunal acreditar el derecho extranjero, como pueden 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 2 de octubre de 1973 de España; el 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 Méjico, Marruecos, República Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.

3. ¿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 los de la SAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (recurso 45/2006); SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (recurso 30/2000); STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (recurso 5115/1996 [NSJ005473]); SSTS de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994 (recurso 2991/1991), que 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»; interpretando este precepto, por lo que:

1. Quien invoca el derecho extranjero deberá «acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso». Pues se razona que «la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca».
2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes en la que razona que: «Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3.^a, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes

y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se "acredita"; b) que en su función de aplicador el juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término "acreditar" no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente "libre", o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable»;

3. 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.
4. 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.

4. ¿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 4079/2006, de 4 de julio (NCJ047526), 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 de Tarragona de 13 abril de 2011 (recurso 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 supone 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 la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, la parte demandada Victorious Shipping Company, NV, en su escrito de contestación a la demanda, niega ser la titular de la embarcación sin identificar a quien pudiera serlo, no acompañando documentación alguna y anunciando la incorporación de dictámenes de expertos en derecho neerlandés sobre la titularidad del bien y la identidad de las personas jurídicas.

5. ¿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 ha 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 (recurso 53/2016). 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.

6. ¿Cómo determinar la *lex loci delicti commissi*?

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Baleares opta por la aplicación de la ley del lugar donde se produce el daño (= *lex loci delicti commissi*). Se trata del criterio *lex damni* o *erfolgsort* (= ley del lugar donde se produce el daño derivado del hecho ilícito). El criterio *lex loci delicti commissi* permite una identificación segura y veloz de la ley aplicable, y conduce, en condiciones normales, a la ley del Estado cuya aplicación al caso es la más previsible para las partes implicadas. Ello significa que la *lex loci delicti commissi* suele ser la ley cuya aplicación suscita los costes conflictuales más reducidos para los sujetos implicados en los casos internacionales de obligaciones extracontractuales. Dicha ley sintoniza perfectamente con las expectativas de los sujetos implicados. En efecto, la *lex loci delicti commissi* suele corresponder al país «más estrechamente vinculado» al supuesto. Los costes de información de dicha ley y los costes de adaptación de los particulares al contenido de dicha ley son reducidos para las partes.

Para concretar qué espacios físicos conforman el territorio de un Estado, es preciso consultar los criterios clásicos del derecho internacional público. Es territorio de un Estado la tierra firme del mismo, el mar territorial y el espacio aéreo del Estado en cuestión. Las embajadas y otras delegaciones diplomáticas de países extranjeros gozan, como es sabido, de ciertas «inmunidades legales», pero pertenecen al territorio del Estado donde se hallan situadas.

Así se puede observar en la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, en la que la pretensión se fundamenta en que el buque *Dwinger* se hallaba fondeado en cala Jondal, y que enganchó un cable submarino de fibra óptica propiedad de la actora que enlazaba

las islas de Ibiza y Formentera, privando a estas del servicio de datos (ADSL y 3G) prestado por la demandante. Además, esa localización coincide con la que se refleja en el diario de navegación del buque incorporado a las actuaciones (38º, 51,733 N). Por lo que queda claro que el daño se produce en territorio español.

Además, el Reglamento «Roma II» establece normas de conflicto especiales para determinadas acciones por responsabilidad extracontractuales. Así lo establece la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, señalando en los fundamentos jurídicos que en el procedimiento concurre elemento extranjero por el pabellón del Dwinger y la nacionalidad neerlandesa de las entidades codemandadas, por lo que debe precisarse la normativa aplicable. Comenta que la legislación procesal española es la aplicable al procedimiento en curso conforme al artículo 3 de la LEC y que la naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el Reglamento «Roma II», conforme a sus artículos 1 a 3; lo que, a su vez, determina, de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la ley española al haberse producido el daño en territorio nacional. La ley española, como ley aplicable, se extiende a todo lo señalado en el artículo 15. Partiendo de la normativa aplicable y del nuevo examen de la prueba practicada, el tribunal considera que fue el buque Dwinger el que dañó el cable submarino, por lo que se estima la demanda y se deja sin efecto la anterior resolución, condenando a la parte demandada a pagar la cantidad solicitada por la demandante y al pago de las costas procesales; y todo ello en aplicación de la ley española (= *lex loci delicti commissi*).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).
- Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015).
- Reglamento (CE) n.º 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 de 2007).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).
- 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).
- SSTS de 3 de febrero de 1975, 10 de junio de 2005 (NCJ042844) y 4 de julio de 2006 (NCJ047526).



- STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (recurso 5115/1996 [NSJ005473]).
- SSAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (recurso 45/2006); de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (recurso 30/2000); de Tarragona de 13 abril de 2011 (recurso 34/2011); de Asturias 56/2012, de 10 febrero, y de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (recurso 53/2016).