

ANTONIO TAPIA HERMIDA

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid. Letrado (excedente) de la Seguridad Social. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 4 de noviembre de 2004, rec. núm. 2652/2003) *

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del derecho extranjero en un pleito requiere de su prueba, lo cual no se compadece ni con la noción de la prueba ni con la idea de norma jurídica. Se trata de una regulación de nuestro ordenamiento jurídico que siendo criticable desde el punto de vista dogmático resulta absolutamente inadecuada en una época de globalización o universalización en todos los órdenes de la vida.

Esa normativa tan reprochable ha sido objeto de una aplicación e interpretación por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) no menos reprobable, que pone en cuestión, desatiende y vulnera instituciones jurídicas fundamentales. Aquella doctrina legal iniciada por la Sala Primera, de lo Civil, fue objeto de explicable seguidismo por la Sala Cuarta, de lo Social, del mismo Alto Tribunal.

La sentencia de 4 de noviembre de 2004, de la Sala de lo Social del TS, y que es objeto de comentario, cambia aquella jurisprudencia y la sustituye por otra que, lejos de aprovechar los resquicios que deja la Ley para interpretarla conforme a la dogmática jurídica y a los tiempos que nos ha tocado vivir, agudiza los defectos de la norma.

A todo ello se añade que la nueva interpretación jurisprudencial no es pacífica dentro de la propia Sala, poniéndose de manifiesto el parecer discrepante del cambio de rumbo jurisprudencial

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 266, mayo 2005.

en un Voto Particular largo y argumentado, por más que su contenido no pueda compartirse, al que uno de los Magistrados firmantes añade otro, más breve, pero también con una sólida argumentación, por más que tampoco pueda participarse de la misma.

2. LA LEGISLACIÓN APLICABLE

Nuestro ordenamiento jurídico ha venido sosteniendo que la remisión por la norma de conflicto aplicable al derecho extranjero no es suficiente para su aplicación por los Juzgados y Tribunales en una litis concreta, sino que además ha de ser objeto de prueba concreta, como si de un hecho o un novedoso *tertium genus* se tratase, tanto sobre su contenido como acerca de su vigencia.

La aplicación del derecho extranjero hay pues que considerarla desde una doble perspectiva, en primer lugar desde la norma de conflicto española y, en segundo lugar, una vez que se hubiere determinado la procedencia de la aplicación de la ley extranjera, desde la normativa procesal española, sin que se incida por ello en ninguna confusión entre *ius* y *foro* ¹.

2.1. La normativa española de conflicto.

En relación con la norma de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico y la determinación de la Ley aplicable, para las obligaciones contractuales, así como en relación con su aplicación por los Jueces y Tribunales no existe mayor problemática destacable, a los fines del presente comentario. Tampoco existe ninguna cuestión estimable en relación con la aplicación de la norma de conflicto por los órganos judiciales españoles.

Efectivamente según el artículo 12.6 del Código Civil (CC) «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español». Por su parte la norma de conflicto viene constituida por el Convenio de Roma de 19 de julio de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificado por España el 7 de mayo de 1993 ², y que tiene carácter universal y consecuente aplicación preferente incluso si la ley designada por el mismo es la de un Estado no contratante (STS de 29 de septiembre de 1998).

¹ Según el Magistrado don Mariano SAMPEDRO CORRAL, que suscribe el primer voto particular a la sentencia y además formula un segundo voto particular, en este último precisa lo siguiente: «En el fondo de la sentencia puede latir una confusión "entre *ius* y *foro*" de modo que la pacífica competencia –en cuanto no discutida, ni examinada en el caso litigioso– del órgano jurisdiccional español para conocer de la pretensión de despido ejercitada por el trabajador español, contratado en territorio extranjero por empresa mercantil extranjera, que le despidió, cuando prestaba servicios en dicho territorio, se extiende "con carácter imperialista" a lo que prácticamente constituye una derogación judicial de la norma conflictual aplicable, según el derecho interno, que tiene carácter imperativo».

² Instrumento de ratificación de 7 de mayo de 1993 del Convenio de 18 de mayo de 1992 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal. Publicado en el BOE núm. 171 de 19 de julio de 1993.

Aquel Convenio parte de que «los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso», de que «para esta elección, las partes podrán designar la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato» (art. 3.º 1 del Convenio de Roma) y de que en la medida en que la Ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida por las partes «el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (...), si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la Ley de este otro país».

En relación con el contrato de trabajo el referido Convenio de Roma establece que «la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la Ley que sería aplicable, a falta de elección», y que «en defecto de elección el contrato de trabajo se regirá: a) Por la Ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o, b) Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador». En uno y otro supuesto «a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la Ley de este otro país» (art. 6.º del Convenio de Roma).

2.2. La legislación procesal española aplicable.

El núcleo de la problemática de la aplicación del derecho extranjero se encuentra en la normativa procesal española. Se trata de la regulación contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), a cuyo tenor «también será objeto de prueba el derecho extranjero» que «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».

La aplicabilidad del artículo 281.2 de la LEC al proceso laboral es incontrovertible, a tenor de la disposición adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) que declara la supletoriedad de la LEC. Como precisa la sentencia que se comenta conforme en este punto con el parecer expuesto en la sentencia objeto del recurso de casación, «ratificando el criterio de que, con arreglo a lo previsto en el artículo 281.2 de la LEC, el derecho extranjero ha de ser probado respecto de su contenido y vigencia, de forma que al demandante correspondía demostrar que la legislación (extranjero, brasileña concretamente en el caso) le amparaba tanto en su consideración de trabajador por cuenta ajena como respecto a las consecuencias laborales y económicas derivadas de la pretensión de despido».

Aquella regulación jurídico-positiva de la prueba del derecho extranjero plantea el siguiente dilema: «Si se considera que el derecho extranjero debe ser conceptualizado como una cuestión fáctica, serán de aplicación las reglas comunes sobre las cargas procesales de alegación y prueba de los hechos por las partes. Contrariamente, si se considera que debe ser tratado como una cuestión estricta-

tamente jurídica decaerán las citadas cargas compitiendo al juzgador, *ex officio*, tanto su investigación como su aplicación. Si se opta por la consideración de un *tertium genus*, deberá perfilarse cómo deben conjugarse ambos sistemas, precisando hasta dónde alcanzan los respectivos deberes y cargas de Juez y partes en la invocación y acreditación del derecho extranjero»³.

El artículo 281.2 de la LEC no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, no habiendo sido introducido por la Ley 1/2000 (LEC), sino que tiene lejanos precedentes. Deteniéndonos únicamente en el más cercano, su precedente inmediato, ha de recordarse el artículo 12.6, segundo párrafo, del CC (derogado por la LEC⁴) que establecía lo siguiente: «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». Redacción sensiblemente igual a la del actual artículo 281.2 de la LEC, pero entre las que cabe apreciar sutiles diferencias, que propiciaban una interpretación de este último precepto legal más ajustada a esta época de globalización o universalización, que no sólo es económica sino que abarca todos los órdenes de la vida, entre ellos, cómo no, el Derecho.

3. LA NECESIDAD DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO, EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*, LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y LAS LAGUNAS DE LA LEY

Constituyen aspectos íntimamente relacionados y que ponen de manifiesto la inadecuada regulación legal, que se corresponde con una época histórica, en la que la globalización o universalización tenía otro sentido y otras consecuencias socioeconómicas (el paradigma de lo «global» ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí en distintas acepciones⁵).

3.1. Consideraciones generales.

La Sala *a quo* no se plantea la cuestión de la necesidad de la prueba del derecho extranjero, sino que, sumándose a la línea jurisprudencial mayoritaria, concluye que el artículo 281.2 de la LEC impone la necesidad de su prueba.

Esta posición de la sentencia objeto de comentario, exigiendo la prueba del derecho extranjero, se alinea, como se acaba de indicar, con la jurisprudencia más tradicional y no se compece ni

³ ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 27.

⁴ Disposición derogatoria única.2.1.º.

⁵ Precisa LÓPEZ CACHERO, M., en contestación a discurso de PRIETO PÉREZ, E., de ingreso en la Real Academia de Doctores *La era de las finanzas*, Madrid 2002, pág. 59.

con la jurisprudencia más consecuente con los tiempos que vivimos, en torno a la cuestión de la prueba del derecho extranjero, ni con las legislaciones más significativas de nuestra civilización occidental, que han influido de manera determinante en nuestro derecho y de los que incluso hemos importado buena parte de nuestras normas jurídicas.

Efectivamente la línea jurisprudencial mayoritaria viene exigiendo, desde la STS, Sala Primera, de 1 de febrero de 1934, la necesidad de la prueba, en su acepción estricta, del derecho extranjero para su aplicabilidad para la resolución del caso concreto que se estuviera juzgando (SSTS, Sala Primera, de 9 de enero de 1936, 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982, 15 de marzo de 1984, 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 17 de marzo y 13 de abril de 1992, 28 de enero de 1994, 5 de junio de 2000, 22 de mayo de 2001, 5 de marzo de 2002, etc.), línea jurisprudencial que ha sido seguida por la jurisprudencia laboral (SSTS, Sala Cuarta, de 19 de febrero de 1990, 22 y 25 de mayo de 2001, y la sentencia objeto de comentario de 4 de noviembre de 2004)⁶, por más que alguna resolución jurisdiccional aislada haya considerado que el término «acreditar» que utilizaba el artículo 12.6 del CC en su contenido derogado suponía que no era necesario que el derecho extranjero fuera objeto de una prueba ajustada a las reglas establecidas al respecto, sino que podía ser objeto de acreditación por otros medios, esto es admitiese «libertad de medios (de prueba) y libertad de valoración o apreciación» (STS, Sala Primera, de 3 de marzo de 1997).

Una línea jurisprudencial distinta, minoritaria (SSTS, Sala Primera, de 17 de marzo de 1992), que hemos calificado como ajustada a la época de globalización o universalización que nos ha tocado vivir, ha venido interpretando el precedente artículo 12.6 del CC, en la parte derogada y sustituida por el artículo 281.2 de la LEC, en el sentido de que no se podía aplicar al derecho extranjero las exigencias de prueba en los mismos términos que respecto de los hechos, y en base al principio

⁶ En el segundo voto particular a la sentencia objeto de comentario, formulado por el Magistrado Don Mariano SAMPEDRO CORRAL, se precisa que «también puede ser objeto de prueba (...) el derecho extranjero (arts. 1.º 3 del CC y 281.2 de la LEC) pero que la prueba pueda tener como objeto las normas (...) del derecho extranjero no implica la desvirtuación de los principios de alegación y prueba de parte sobre los hechos, sino la confirmación de los mismos a salvo de ciertas matizaciones, como las que hacen referencia a la aplicación del derecho extranjero. Al efecto, el artículo 12 b) apartado segundo del CC, derogado expresamente por la Disposición derogatoria única.2.1.º de la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero, establecía que "la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española", añadiendo que "para su aplicación el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios dictando al efecto las providencias oportunas". Esta disposición ha sido sustituida por la contenida en el artículo 281.2 de la LEC 1/2000, en forma diferente y más matizada, al preceptuar, tras una primera afirmación expresiva de que "también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero", que 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 "de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". El principio dispositivo de aportación de parte admite ciertas matizaciones, tanto en el CC como en la vigente y supletoria LEC, pero ninguna de ellas tiene el alcance que reconoce la sentencia mayoritaria, y antes al contrario, a la luz del artículo 12.1 del CC, que se encuentra vigente, expresivo de que "la calificación para determinar la norma de conflicto se hará siempre con arreglo a la ley española", parece que infringe dicho precepto la decisión judicial que abandona su rectoría, que tiene carácter imperativo, para condicionar su aplicación a lo que resulte acreditado en la fase probatoria del proceso. Si se entiende que el juzgador debió extremar la actividad tendente a averiguar de oficio el contenido y vigencia del derecho extranjero, la solución correcta sería declarar la nulidad de actuaciones con retroacción de los autos a la fase probatoria o a la de diligencia para mejor proveer (art. 88.1 de la LPL) –diligencia final en la LEC–, a fin de que se proceda a averiguar la existencia de la ley extranjera, que ha de aplicarse imperativamente, pero no a partir de dicha falta de probanza aplicar el derecho interno».

iura novit curia consideraba que el derecho extranjero, hubiera sido alegado o no por las partes (es de recordarse que la parte derogada del art. 12.6 del CC exigía, por el contrario de lo que sucede con el actual art. 281.2 de la LEC, la alegación por la parte del derecho extranjero, además de su prueba).

La anomalía dogmática y arcaísmo jurídico que supone el contenido del artículo 281.2 de la LEC se pone singularmente de manifiesto cuando se compara con las regulaciones en la materia de los ordenamientos jurídicos que no son más próximos. Así en el derecho francés el NCPC en absoluto hace referencia a la prueba del derecho extranjero, únicamente los hechos han de ser objeto de prueba (art. 6.º del NCPC), no obstante la doctrina en aquel país ha llevado a cabo una cuestionable deriva hacia el tratamiento del derecho extranjero como si de un hecho a probar se tratara, con posturas encontradas, que han tenido reflejo en diferentes resoluciones judiciales⁷. Por el contrario en el derecho italiano la cuestión del derecho extranjero se regula por la Ley de 31 de mayo de 1995, según la cual la ley extranjera debe ser aplicada *ex officio* por el Juez. En el derecho alemán la ZPO establece, en su parágrafo 293, una regulación que si bien puede, en buena medida, compararse con la del artículo 281.2 de la LEC, no obstante la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia alemanas han obtenido del mismo unas consecuencias diferentes a las logradas por la jurisprudencia española, estableciendo que el Juez ha de aplicar de oficio no sólo la ley extranjera pertinente al caso según la norma alemana de conflicto, sino que, atendiendo al principio de aplicación íntegro del derecho extranjero, incluso, ha de tomar en consideración las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales existentes en torno a la norma a aplicar.

3.2. La aplicación del principio *iura novit curia*.

En una primera lectura del artículo 281.2 de la LEC se saca la impresión de que nuestro ordenamiento jurídico no exige la alegación del derecho extranjero, como de ninguna otra norma al ser de plena aplicación al caso el principio *iura novit curia*, pero sí que mediante aquel precepto legal impone la necesidad de la prueba del «contenido» y de la «vigencia» del derecho extranjero cuando se alegue en un proceso y se pretenda la resolución de la litis en base al mismo. Esto es descubierto por el juzgador, en aplicación debida *ex officio* de las reglas de conflicto, que el derecho aplicable es extranjero, entonces abruptamente se produce la negación del principio *iura novit curia*, hasta ese momento plenamente vigente, y se traslada a las partes la necesidad de la prueba de su «contenido y vigencia».

Aquí late una contradicción o incoherencia esencial del ordenamiento jurídico, que ha sido el origen de la no irreprochable jurisprudencia general y laboral o social, de la que decir, en su descargo, que el Juez es «*la bouche qui prononce les paroles de la Loi*». Muy al contrario, constatada por el Juez o Tribunal la existencia de contradicción, incoherencia o de cualquier otra irracionalidad

⁷ En este sentido pueden citarse las sentencias (*Court Cassation*) de 12 de mayo de 1959, 2 de marzo de 1960 y 9 de marzo de 1983.

normativa, su deber es procurar una interpretación de los textos legales que la resuelva y acomode aquellas normas a una consideración también ajustada a la racionalidad (a las reglas de la lógica) de la totalidad del ordenamiento jurídico ⁸.

Nuestra legislación ordinaria y nuestra Constitución, así como la jurisprudencia constitucional ordenan al Juez actuar de esa manera. En el plano legislativo ordinario el artículo 218 de la LEC establece que las sentencias «se motivarán ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón» ⁹. La Constitución en su artículo 120.3 exige la motivación de las sentencias y en Tribunal Constitucional (TC) en sus SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, y 29/2005, de 14 de febrero, ha «unido a la coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable» ¹⁰, de tal manera que una sentencia que incurriera en tales desafueros sería contraria a la tutela judicial efectiva, violentando el artículo 24.1 del texto constitucional.

Según una generalizada creencia, en nuestro ordenamiento «no cabe pues duda de que existe una auténtica obligación legal de que sea probado el contenido y la vigencia del derecho extranjero aplicable» ¹¹ y únicamente existen posibles dudas «en determinar si esa obligación legal de que la vigencia y contenido del derecho extranjero queden probados para admitir, o no, excepciones, y, en particular, si lo son, o no, la eventual admisión por las partes, la notoriedad y/o ciencia privada del Juez» ¹².

No obstante caben otras interpretaciones. Efectivamente según el artículo 281.2 de la LEC «también» será objeto de prueba el derecho extranjero, el cual «deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia», precisando el precepto que el órgano judicial *a quo* puede valerse «de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

Aquel contenido puede interpretarse en el sentido de que mediante el adverbio «también» no quiere trasladarse a ese párrafo una relación de igualdad sino de semejanza respecto de apartado número 1, inmediatamente anterior, del mismo precepto legal, y según el cual «la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso».

Ha de repararse en que en este precepto no se trata de la obligación de probar, que se establece en otros preceptos legales, y que sin duda alguna impera en nuestro ordenamiento procesal civil (en sentido amplio, incluyendo el laboral) regido por el principio de «justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados suje-

⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El Derecho, la Ley y el Juez*, Civitas, Madrid 1997, especialmente págs. 45-48.

⁹ El texto íntegro del apartado 2 del artículo 218 de la LEC es el siguiente: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

¹⁰ Jurisprudencia destacable en este aspecto, por más que en otros sea merecedora de crítica desfavorable. Me remito a mi trabajo «La formación del Juez», en *Estudios acerca de la Justicia en España*, T. I, RAJL, Madrid 2004, págs. 55-84.

¹¹ ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *op. cit.*, pág. 56.

¹² Véase nota anterior.

tos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional»¹³.

Es en el artículo 216 de la LEC donde se establece el «principio de justicia rogada», según el cual «los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

Precisándose, más adelante, en el artículo 218 de la LEC que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, que en ellas se harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Pero el principio dispositivo no alcanza al derecho aplicable, de tal manera que, como se indica en el mentado precepto legal, el juzgador, sin apartarse de la causa de pedir «acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer», resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

En la misma norma, como ya se ha indicado, se manifiesta que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a «la aplicación e interpretación del derecho», y que aquella «motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Puede pues concluirse que en nuestro ordenamiento jurídico no se impone la prueba del derecho, sino que el artículo 281.2 de la LEC simplemente establece la facultad de aportar prueba sobre el contenido y la vigencia del derecho extranjero para las partes¹⁴, pero que para el juzgador rige, sin fisuras, la obligación de conocer o averiguar todo el Derecho aplicable al caso, incluido el derecho extranjero, sea o no alegado por las partes en el proceso, *iura novit curia*.

Si bien se repara en la redacción del artículo 281.2 de la LEC, resulta que el juzgador «puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios» para la «aplicación» del derecho extranjero. Cuando respecto de un órgano judicial se utiliza el término «puede», en el ejercicio de la jurisdicción en absoluto se le está atribuyendo una facultad discrecional, sino que de ordinario ha de considerarse equivalente a «debe»¹⁵. Se utiliza el término «puede» porque existen otras alternativas para que el Juez considere acreditado el contenido y la vigencia del derecho extranjero aplicable, distintas de sus propias averiguaciones o bagaje de conocimientos.

¹³ Exposición de motivos de la LEC, apdo. VI.

¹⁴ Sobre el derecho a la prueba de la ley extranjera STC de 17 de enero de 2000. Vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *op. cit.*, pág. 71.

¹⁵ Sobre la interpretación es pertinente a este comentario el trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *La interpretación según el título preliminar del Código Civil*, RAJL, Madrid 1996; Sobre la *interpretatio legis* y la *interpretatio iuris* vid. CLEMENTE DE DIEGO, F., *La Interpretación y sus orientaciones actuales*, RAJL, Madrid 1942.

No obstante diferente es el criterio de la Sala, manifestado en la sentencia objeto de comentario. En ella indica que si bien «pudo también el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) o el propio Juzgado de lo Social en su día antes de resolver sobre las pretensiones planteadas utilizar las facultades de averiguación que en este punto y de forma potestativa le confiere el número segundo del artículo 281 de la LEC», resulta que la «naturaleza potestativa de la utilización de tales facultades de indagación determina que (...) no pueda entenderse que se haya producido la infracción del referido precepto, aunque se recuerde de esta forma la existencia de tal posibilidad como alternativa querida por el Legislador para resolver estos casos».

La referencia en la ley a «cuantos medios de prueba estime necesarios» ha de interpretarse en el mismo sentido de estar obligado el Juez a utilizar todos los medios de prueba que le puedan llevar al conocimiento del contenido y validez del derecho extranjero, incluyendo la actividad probatoria de las partes, sin que eso suponga que si las partes no desarrollan esa actividad pueda el Juez desatenderse de aplicar la ley extranjera, pues permaneciendo inalterado el principio *iura novit curia* el juzgador habrá de averiguar, por cualquier otro medio el «contenido y vigencia» de aquella ley extranjera. Por ejemplo cuando aquél goce de una absoluta y general notoriedad, posibilidad discutible, existiendo doctrinalmente posturas encontradas, siendo la más razonable la que entiende que «aunque es ciertamente difícil que la existencia, vigencia y contenido de una norma extranjera gocen de notoriedad absoluta y general, ello no es imposible»¹⁶.

Sería una incongruencia que imponiéndose al Juez la obligación de, *ex officio*, las reglas de conflicto (art. 12.6 del CC), determinada la ley aplicable, se produjera una auténtica transmutación de los principios ordenadores de nuestro ordenamiento y, en general, de todos los ordenamientos correspondientes a nuestra civilización occidental, decayendo la idea misma de justicia. La imperatividad de la norma de conflicto «llama» a la aplicación necesaria por el Juez, *ex officio*, de la norma extranjera.

La doctrina mayoritaria hoy en día se suma a la posición que considera que tratar procesalmente el derecho extranjero como un hecho no es acertado, ha de ser tratado como una norma jurídica más y, consecuentemente, ha de ser averiguado por el Juez, *iura novit curia*. La aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto no puede quedar al albur de que las partes propongan o dejen de proponer prueba al respecto, pues eso equivaldría, en definitiva, a dejar la aplicación del derecho extranjero a la libre disposición de las partes «El juzgador –con independencia de la actividad que realicen o dejen de realizar las partes– tiene el deber de averiguar el derecho extranjero cuya imperativa aplicación reclama la norma de conflicto española (...) la aplicación de la norma jurídica extranjera no está sujeta a carga procesal alguna, ni en cuanto a su alegación –es aplicable de oficio, como cualquier norma jurídica– ni en cuanto a su prueba, correspondiendo al Juez, *ex officio*, su averiguación, investigación y/o comprobación»¹⁷.

¹⁶ ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *op. cit.*, pág. 57.

¹⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *op. cit.*, págs. 65-67.

3.3. La aplicación subsidiaria de la *lex fori*.

La STS, Sala Cuarta, de 4 de noviembre de 2004, objeto de comentario, partiendo de la necesidad de la prueba del derecho extranjero, en una interpretación inadecuada del artículo 281.2 de la LEC, llega a la necesaria aplicación del derecho español en el supuesto de que no se pruebe por la parte el derecho extranjero alegado. Semejante conclusión obedece a un no irreprochable razonamiento, que, si bien en algún momento parece apoyarse en la necesidad de resolver que imperativamente se exige a Jueces y Tribunales, no lo manifiesta expresamente. Indica que, en tal supuesto, no es posible absolver, apartándose de su jurisprudencia anterior, razonando por qué lo hace, pero no llega a equiparar absolución con conculcación el deber de resolver. Por el contrario los votos particulares defienden la procedencia de la doctrina jurisprudencial anterior.

3.3.1. El fundamento de la nueva jurisprudencia, que aplica la lex fori. El respeto al derecho a la tutela judicial efectiva.

Aquella sentencia analiza una determinada jurisprudencia constitucional, y llega a la conclusión de que la doctrina jurisprudencial anterior sostenida por la propia Sala no es conforme con la Constitución en la interpretación de la misma dada por el TC y que, por ello debe ser sustituida por otra acorde con la misma. Efectivamente, la sentencia que se comenta indica lo siguiente:

«La doctrina del TC –máximo intérprete de la Constitución Española y del alcance de los derechos fundamentales (arts. 53.2 y 161 de la Constitución Española)– se muestra abiertamente opuesta a la que el Pleno de esta Sala adoptó en la sentencia antes citada de 22 de mayo de 2001, y ante tal situación procede rectificar la referida doctrina y ajustarla a los razonamientos del TC antes recogidos y a los que nos debemos remitir. Por ello, si la sentencia recurrida ante la ausencia de prueba del derecho extranjero desestimó la demanda de despido, infringió el artículo 24 de la Constitución Española al no aplicar supletoriamente la legislación laboral española, ante la falta de prueba sobre la realidad y vigencia del derecho inglés, para resolver el caso controvertido.»

Basándose en la STC 33/2002, de 11 de febrero ¹⁸, la misma resolución jurisprudencia concluye lo siguiente:

¹⁸ Que analiza plausiblemente, indicando que en la misma el TC «ha venido a decidir un caso en el que se debatía el mismo problema jurídico y en una situación de hecho prácticamente idéntica a la que en el presente recurso se ha de resolver ahora. Una trabajadora inglesa, contratada en Inglaterra, fue despedida y accionó en Madrid frente a esa decisión extintiva ante el Juzgado de lo Social, que, una vez afirmada su propia competencia, ante la falta de prueba del derecho extranjero por la demandante, desestimó la demanda de despido. Esa decisión fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid a la hora de resolver el recurso de suplicación que frente a aquélla se interpuso. Por su parte, la Sala de lo Social del TS inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante por falta de identidad entre la sentencia recurrida y la que se ofreció como contradictoria. El TC en la referida sentencia estima que tales decisiones judiciales de instancia y suplicación son contrarias al artículo 24 de la Constitución Española, derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el

«No se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que –como aquí ocurre– la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso ha de aplicarse subsidiariamente la *lex fori*, la legislación laboral española. Ésta es la verdadera razón de decidir de la sentencia constitucional, al margen de las argumentaciones complementarias que en la sentencia se formulan sobre la circunstancia concreta de que en este supuesto no debía hacerse recaer sobre la demandante los efectos desestimatorios de su pretensión por no acreditar la existencia y alcance de una norma extranjera, cuya aplicación ni siquiera invocó, sino que tales efectos adversos deberán recaer sobre la parte que invocó tal aplicabilidad, la empresa demandada. No obstante, el problema, como se ha dicho, no se resuelve por el TC aplicando los principios de la carga de la prueba y sus consecuencias sobre la pretensión, sino que la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva se aprecia al no haber suplido la Sala de lo Social del TSJ la realidad de la falta de prueba del derecho extranjero con el derecho español para resolver la controversia ¹⁹.»

fondo de la pretensión articulada. El TC razona al respecto afirmando que "... ante la falta de prueba del derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente artículo 12.6 del CC (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de Sentencia (en el caso del TSJ). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)».

¹⁹ La otra jurisprudencia constitucional que analiza la sentencia objeto de comentario, y que sirve, en alguna manera para fundamentar su fallo, se recoge en la misma sentencia en los siguientes términos:

«El TC ha abordado recientemente en tres ocasiones el problema de fondo que hoy aquí se suscita. La primera de ellas dio lugar a la STC 10/2000, de 17 de enero, la segunda a la STC 155/2001, de 2 de julio y la tercera a la STC 33/2002, de 11 de febrero. En la primera –única anterior a la SSTS, Sala 4.ª, de 22 y 25 de mayo de 2001 (...)- el TC, dejando claramente sentado que se trataba de un supuesto de características muy específicas y singular, viene a otorgar amparo a la recurrente, de nacionalidad armenia, que pretendía la aplicación del derecho de su país en el pleito de separación matrimonial que mantenía en España frente a su esposo, de la misma nacionalidad. Partiendo de la aplicabilidad, admitida por todos, del derecho armenio, el Juzgado de 1.ª instancia desestimó la demanda de separación al no considerar suficientemente acreditado dicho derecho extranjero aplicable como consecuencia de la falta de fiabilidad de la traducción privada del mismo. La Audiencia Provincial (AP) en fase de apelación había acordado tramitar a petición de la recurrente dos comisiones rogatorias para que quedara constancia procesal fehaciente de la existencia y vigencia del derecho extranjero aplicable, pero a la vista de la tardanza y las dificultades surgidas en su tramitación, no esperó a que se cumplimentase debidamente dicho trámite y dictó sentencia, desestimando la pretensión de la actora por no haber acreditado el derecho extranjero aplicable al caso. El TC otorga el amparo en este caso, porque la actuación de la Audiencia no sólo frustró la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo, sino que, además, le había causado indefensión (art. 24.1 de la Constitución Española), pues de esa ausencia de prueba del derecho extranjero se dedujo la desestimación de la demanda. Se achaca entonces a la AP la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, teniendo en cuenta esa específica actuación procesal de no concluir las diligencias de averiguación o constatación acordadas. Todas estas circunstancias llevan al TC a precisar que en supuestos como el presente "y teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo

Ciertamente el criterio de la aplicación subsidiaria de la ley nacional (*lex fori*) es dominante en la jurisprudencia, tanto española (SSTS, Sala Primera, de 21 de junio de 1986, 7 de septiembre de 1990, 5 de junio de 2000, 22 de mayo de 2001, etc.) como extranjera. No obstante semejante posición no es de recibo, pues implica bien la infracción del mandato contenido en el artículo 12.6 del CC, que ordena al juzgador aplicar *ex officio* aquella norma de conflicto, o bien simplemente se trata de una incoherencia, pues una vez conocida la norma aplicable simplemente se desconoce el mandato de aquella norma y se considera que se trata de una especie de «beneficio» del que pueden disponer libremente las partes.

Como, acertadamente, se precisa en el segundo voto particular a la sentencia, «la aplicación de la norma conflictual no depende del resultado de la prueba tendente a acreditar su contenido y significación, ni, consecuentemente, puede estar mediatizada por la doctrina de la carga

de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios". No hay, sin embargo, en esta sentencia doctrina constitucional alguna que determine la necesidad de aplicar la *lex fori* en caso de ausencia de prueba del derecho extranjero, cuando la norma de conflicto exige su aplicación. Por esa razón nuestra sentencia de 22 de mayo de 2001 antes citada (...), dice en un inciso final que la doctrina de la STC 10/2000 no contradice la que se contiene en ella, sino que la corrobora. La segunda STC de las antes enunciadas es la 155/2001. Resulta conveniente decir que en ésta se viene a otorgar amparo a las mismas trabajadoras que se vieron afectadas (reclamando otros períodos de diferencias) por la sentencia invocada como contradictoria en este recurso, la STS de 16 de marzo de 1999 (...). Se trata, como se dijo al describir antes su contenido a efectos de saber si es contradictoria con la sentencia recurrida, de dos trabajadoras de nacionalidad española que habían sido contratadas en Pekín para prestar servicios en la Oficina Comercial de España que el Ministerio de Economía y Hacienda tenía en dicha ciudad que reclamaban las diferencias retributivas producidas, en su opinión, porque la retribución pasó a abonárseles unilateralmente en dólares cuando se había pactado el pago en marcos. El Juzgado entendió que no se había acreditado la existencia y vigencia del derecho chino, aplicables al caso, pero estimó las demandas aplicando supletoriamente el derecho español. Sin embargo la Sala de lo Social al resolver el recurso de suplicación planteado por la Administración, partiendo de la aplicabilidad del derecho chino, la ausencia de su prueba y vigencia determinaba la desestimación de la demanda, no la aplicación del derecho interno. En sede constitucional el TC afirma en la sentencia que comentamos que "la cuestión que se suscita desde la perspectiva constitucional que nos es propia consiste en determinar, *ex art.* 24.1 de la Constitución Española, si la Sentencia dictada en suplicación carece o no de suficiente motivación al haberse limitado a declarar la aplicabilidad del derecho chino y la exigencia de su prueba por la parte actora, pero sin llegar a razonar, fundamentar o justificar en modo alguno el porqué de su decisión revocatoria de la Sentencia de instancia (que, reconociendo tales circunstancias, aplicó subsidiariamente la legislación laboral española con base en la propia doctrina del TS)". Y de ello se extrae la conclusión de que "el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la *ratio decidendi* de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez *a quo*, sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de la deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el TS de deberse estar, en defecto de prueba del derecho extranjero invocado en el proceso, al derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la Constitución Española que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige". En esta STC (...), ya se dice de forma clara que es más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva aplicar el derecho español ante la falta de prueba del derecho extranjero y se actúa en consecuencia otorgando el amparo a las mismas personas que lo habían obtenido en nuestra sentencia de 16 de marzo de 1999, sentencia que fue aportada por las demandantes al recurso de amparo una vez iniciada su tramitación y unida a las actuaciones, tal y como consta en el decimosexto de los antecedentes de hecho.»

de la prueba (...) aun dando beligerancia a la influencia de la prueba practicada en el proceso, sobre la aplicación o no de la norma conflictual (...) la no acreditación del derecho extranjero no autoriza la conclusión de la aplicación de la norma interna»²⁰.

Con menor fortuna y obviando la vigencia del principio *iura novit curia*, continúa aquel voto particular argumentando que «el principio dispositivo de aportación de parte admite ciertas matizaciones, tanto en el CC como en la vigente y supletoria LEC, pero ninguna de ellas tiene el alcance que reconoce la sentencia mayoritaria, y antes al contrario, a la luz del artículo 12.1 del CC, que se encuentra vigente, expresivo de que "la calificación para determinar la norma de conflicto se hará siempre con arreglo a la ley española", parece que infringe dicho precepto la decisión judicial que abandona su rectoría, que tiene carácter imperativo, para condicionar su aplicación a lo que resulte acreditado en la fase probatoria del proceso. Si se entiende que el juzgador debió extremar la actividad tendente a averiguar de oficio el contenido y vigencia del derecho extranjero, la solución correcta sería declarar la nulidad de actuaciones con retroacción de los autos a la fase probatoria o a la de diligencia para mejor proveer (art. 88.1 de la LPL) –diligencia final en la LEC–, a fin de que se proceda a averiguar la existencia de la ley extranjera, que ha de aplicarse imperativamente, pero no a partir de dicha falta de probanza aplicar el derecho interno».

3.3.2. Argumentos contrarios a la aplicación de la *lex fori* y la cuestión de la violación del artículo 24 de la Constitución.

La sentencia contiene dos votos particulares que abogan por el mantenimiento de la anterior doctrina legal, según la cual procedía la absolucón en la instancia (sin entrar en el fondo del asunto) si no se probaba el derecho extranjero aplicable. La sentencia objeto de comentario también recoge el contenido esencial de la anterior jurisprudencia, aunque sólo para rechazarla.

La sentencia de la Sala Cuarta de lo Social, del TS de 19 de febrero de 1990, sostenía que la «falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa».

Esa doctrina legal fue reiterada en las sentencias de la misma Sala de 22 (dictada en Sala General) y 25 de mayo de 2001, y es asumida por tres de los Magistrados de aquella Sala. En la indicada jurisprudencia y posición de voto particular aludido, se insiste en que la ausencia de prueba del derecho extranjero ha de conducir a la desestimación de la pretensión.

²⁰ Formulado por el magistrado Don Mariano SAMPEDRO CORRAL, en el que se precisa que «el derecho procesal laboral –como ámbito jurídico en el que se actúa un derecho subjetivo de naturaleza privada– está regido por el principio dispositivo; principio que, a su vez, implica el principio de libre aportación de los hechos por las partes –el juzgador no puede introducir hechos en el proceso– (STS 7 de diciembre de 1988) y de su prueba por quien los alegó, con el efecto negativo de que la parte que alega los hechos y no los prueba debe soportar las consecuencias inherentes a la no probanza (arts. 1.214 del CC, hoy derogado, y 217.2 de la vigente LEC)».

Añadiéndose que en tales casos «no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa», que «por ello, no puede decirse que el derecho nacional se aplica si no se prueba el derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida».

En el indicado voto particular ²¹ (primero de los dos efectuados a la sentencia comentada) precisan los Magistrados firmantes «que siendo aplicable el derecho extranjero (...), la falta de constancia o de prueba del contenido del mismo ha de determinar necesariamente el decaimiento de la acción ejercitada, al carecer ésta del apoyo jurídico necesario para que pueda prosperar. La relación jurídica de autos se rige por el derecho (extranjero), por lo que el derecho español no puede servir de sustento a la pretensión de autos, que es claramente extraña al mismo; y ello aunque el demandante alegue la aplicación del derecho español, dado que, una vez que se llega a la conclusión de que este derecho no rige la referida relación laboral, esa alegación del actor carece por completo de eficacia y trascendencia, pues el fundamento de toda pretensión procesal es algo objetivo, que existe con base en la propia naturaleza de la misma y de la relación jurídica discutida».

Sin que tal fundamento y naturaleza «puedan ser alterados por la voluntad, la conveniencia o el capricho del actor», continúa aquel voto particular precisando que el actor «está obligado a demostrar la certeza y realidad de todos los elementos que constituyen la base de su pretensión (salvo la vigencia y contenido del derecho patrio, al que alcanza de lleno el principio *iura novit curia*), de modo tal que si no logra demostrar dicha realidad y certeza de alguno de esos elementos, su pretensión no puede prosperar por faltar un punto de apoyo esencial de la misma».

Según la doctrina de las sentencias de la Sala de lo Social, de 19 de febrero de 1990, 22 y 25 de mayo de 2001, y el contenido del voto particular tantas veces referido «las reglas de la carga de la prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de hechos que de normas que han de ser imperativamente aplicadas. En efecto, aquí no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el derecho nacional se aplica si no se prueba el derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida (...), tiene obligación de acreditar el derecho extranjero quien ha de fundar su demanda en él por ser el Derecho necesariamente aplicable».

De tal modo que «concluido que la norma contenida del párrafo 1.º del artículo 12.6 del CC es imperativa y establece con claridad que los órganos judiciales españoles tienen que aplicar de ofi-

²¹ Formulado por el Magistrado D. Luis GIL SUÁREZ, y al que se adhirieron los Magistrados D. Mariano SAMPEDRO CORRAL y D. Manuel IGLESIAS CABERO.

cio las normas de conflicto del derecho español, entonces "esta conclusión imperativa no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría en disponible algo que no lo es y favorecería además las conductas estratégicas, como la presentación de demandas fundadas en un Derecho notoriamente inaplicable con la expectativa de que la inhibición probatoria del demandante y el eventual fracaso de la prueba por el demandado pudieran llevar a la aplicación de un Derecho que resulta más conveniente para los intereses del primero".

Insisten los Magistrados discrepantes del parecer mayoritario, y firmantes del voto particular, en que, y como precisa la jurisprudencia que se arrumba mediante la sentencia objeto de comentario, la tesis del recurso al derecho nacional por falta de prueba del extranjero conduce además a la inseguridad jurídica, pues se desconoce cuál es el Derecho aplicable al ser éste un mero resultado de la prueba que ha de realizarse en el proceso, y las consecuencias que pueden resultar contrarias a la propia lógica de las reglas de conflicto cuando como consecuencia del resultado, siempre contingente, de la prueba pudiera resultar aplicable un Derecho que esté completamente al margen de los elementos de conexión que pondera la norma de conflicto para establecer la regla sustantiva que ha de ser aplicada».

Conclusión, afirman, «que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la parte ha tenido oportunidad a lo largo del proceso de probar el Derecho aplicable y las dificultades que esta prueba pudiera plantear no justifican en ningún caso la exclusión del Derecho aplicable según la norma de conflicto.

Rebaten aquellos Magistrados el apoyo del parecer mayoritario en la doctrina constitucional que alega la sentencia de la que discrepan, analizando cada una de las resoluciones de la justicia constitucional en ella referidas, concluyendo que no es materia de interpretación constitucional, sino de mera legalidad ordinaria, dilucidar si la falta de prueba del derecho extranjero aplicable al caso determina la desestimación de la demanda o produce la consecuencia de tener que solucionar la controversia mediante la aplicación del derecho español», apuntillando que, en tal caso, «no tratándose de materia de interpretación constitucional, el criterio que con respecto a tal cuestión mantiene el TC tampoco vincula a los Tribunales ordinarios».

El contenido de la jurisprudencia doctrinal contenida en las sentencias de la Sala Cuarta de 19 de febrero de 1990 y 22 y 25 de mayo de 2001, sustituida por la contenida en la resolución judicial que se comenta, y sostenido, empero, por los Magistrados discrepantes, firmantes del primer voto particular, puede sintetizarse en los siguientes términos:

- a) «Toda relación jurídica, salvo supuestos excepcionales que no hacen al caso, se rige por la normativa propia de un solo ordenamiento jurídico nacional. Por ello, en los casos en que se presentan o pueden presentarse interferencias o conexiones entre diferentes ordenamientos de tal clase, las correspondientes normas de conflicto determinan cuál es la legislación nacional aplicable a la relación jurídica de que se trate (...). Por consiguiente, no cabe duda de que la ley nacional que los Tribunales de Justicia han de aplicar al caso debatido es necesariamente

la que resulte de los mandatos contenidos en estas normas de conflicto, las cuales son de carácter imperativo; no siendo posible, a tal objeto, aplicar otros criterios no establecidos en tales mandatos y menos aún eludir la aplicación de la ley extranjera que éstos impongan y resolver el asunto conforme a la ley nacional basándose en la sola razón de que el contenido y vigencia de esa ley extranjera no fue demostrado en el juicio correspondiente. Este último criterio infringe frontalmente las referidas normas de conflicto».

b) «La posición, según la que, aunque la norma de conflicto imponga con toda evidencia la aplicación de la norma extranjera, los Tribunales españoles tienen que resolver el proceso conforme a la ley española, si el contenido y vigencia de aquella no resultó demostrado en el pleito, no sólo supone vulnerar las normas de conflicto mencionadas, sino que introduce un amplísimo margen de inseguridad en las relaciones jurídicas que de un modo u otro puedan verse inmersas en tal clase de situaciones, habida cuenta de que:

- i) Antes de que la relación jurídica de que se trate haya dado lugar al planteamiento de ninguna demanda judicial ni a la tramitación de ningún proceso, los sujetos que en dicha relación intervienen no pueden saber a ciencia cierta si la legislación nacional por la que ésta se viene rigiendo es la que en definitiva resultará aplicable en cada reclamación judicial que sobre ella pueda suscitarse, pues todo dependerá del resultado de la prueba practicada en cada proceso futuro.
- ii) Una vez que se haya iniciado un pleito referente a esa relación jurídica, la aplicación en él de una u otra legislación nacional dependerá no de una pauta o criterio objetivo y seguro, sino del resultado de la prueba en el pleito, que es siempre algo aleatorio y contingente.
- iii) Incluso, si son varias las contiendas judiciales que se plantean con respecto a esa relación jurídica, cabe la posibilidad de que el resultado y valoración de la prueba sean diferentes en cada uno de esos litigios, lo que conduciría al absurdo de tener que aplicar distintas legislaciones nacionales, según cada caso, a una misma relación jurídica».

Inconsecuencias e inseguridades debidas a que en primer lugar al olvido de los «mandatos de las normas de conflicto, cuya observancia es de obligado cumplimiento en estos casos, y las vulnera; y en segundo lugar, sustituye tales normas de conflicto por la aplicación de un criterio que, por un lado, es eventual e inseguro, y por otro es manifiestamente ajeno y extraño a la naturaleza del vínculo discutido y al alcance y ámbito de vigencia de los ordenamientos jurídicos nacionales».

La aplicación del derecho español, precisa aquella, ya superada, doctrina jurisprudencial, pero que sigue siendo el criterio de los Magistrados firmantes del primer voto particular, «propicia, de forma nada desdeñable, el empleo por alguno de los interesados de conductas estratégicas e incluso fraudulentas, pues le da la oportunidad de alegar la aplicación de la legislación que le sea más favorable en la controversia planteada, aunque sepa perfectamente que tal legislación no es aplicable; alegación». Actitud «especialmente frecuente en relación con la aplicación del Derecho del Trabajo español, dado el carácter marcadamente protector y beneficioso para los trabajadores que el mismo ostenta».

4. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y LA PROHIBICIÓN DE *NON LIQUET*

Según la sentencia que se comenta sólo si el demandante solicita en su demanda la aplicación del derecho español soporta la carga de la prueba, pero no está obligado a demostrar en el juicio la realidad y vigencia del derecho extranjero, cuando no lo hace, por cuanto entonces dicha carga recae sobre el demandado, al ser éste quien insta la aplicación de ese derecho extranjero.

Los Magistrados discrepantes argumentan que debe rechazarse tal posición porque «la obligación de demostrar el contenido del derecho extranjero no se tiene que unir a la concreta solicitud de que tal derecho se aplique a ese caso, sino que está vinculada claramente con la pretensión ejercitada en la demanda». Y si esta pretensión se basa en una relación jurídica regida por el derecho extranjero «es indiscutible que ese derecho extranjero es fundamento ineludible de esa pretensión, lo quiera o no lo quiera el demandante»; y por ello «es totalmente irrelevante que diga en su demanda que su reclamación se apoya en el derecho español».

Esa conclusión no se contrapone, a juicio de aquellos Magistrados, «de ningún modo», a lo que prescribe el artículo 217 de la LEC, pues es obvio que dicho precepto «liga la carga de la prueba no con las alegaciones concretas de aplicaciones normativas o de hechos, sino con la pretensión ejercitada, pues con toda claridad habla del "efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención", efecto jurídico que se producirá "según las normas jurídicas a ellos aplicables"».

Tampoco desvirtúa aquella conclusión, afirman los mismos Magistrados, el artículo 281.2 de la LEC «que no dice nada respecto a quién tiene que demostrar el contenido del derecho extranjero». Así pues, concluyen:

«Si la relación jurídica debatida se rige por el derecho extranjero, este derecho es uno de los elementos básicos en que se asienta la pretensión del demandante, y por ende es dicho demandante quien está obligado a demostrar el contenido y vigencia de ese derecho extranjero. Por consiguiente, si esta demostración no se realiza, la acción ejercitada en la demanda no puede prosperar, debiendo ser desestimada. Desestimación esta que alcanza por completo al fondo del asunto debatido, como es obvio que acontece en los casos en que no se logra probar los hechos en que se apoya la demanda o cuando quiebra alguno de los elementos nucleares de la pretensión ejercitada en la misma. Las razones determinantes de esa desestimación son manifiestas y claras, no alcanzándose a comprender que en ocasiones se afirme que tal desestimación carece de motivación suficiente.»

A tenor de aquella posición, «si la demanda funda su pretensión en la aplicación del derecho español, y resulta que éste es inaplicable a la relación jurídica discutida, pues se rige por el derecho extranjero, quiebra y se desmorona totalmente el fundamento de tal demanda, debiendo ser rechazada, sin necesidad de más razones ni argumentos». En tal caso «también se trataría de un rechazo

o desestimación que afecta al fondo de pretensión ejercitada y que está adecuadamente fundado, pues necesariamente se ha de rechazar una demanda cuando se pone de manifiesto que el fundamento esencial en que la misma se basa es inexistente o irreal».

Según los Magistrados discrepantes y firmantes del primer voto particular, «el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, que desestime la pretensión ejercitada en el supuesto de que no se pruebe por la parte el derecho extranjero alegado y pertinente al caso, resultante de la aplicación (incluso *ex officio*), de la norma de conflicto española, no violenta el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no resulta explicable que, en aras a una pretendida violación del derecho a la tutela judicial efectiva, se acuda a la aplicación, a la relación jurídica combatida de unos preceptos legales (los del derecho español) que nada tienen que ver con ella y que en ningún momento han regulado ni regulan tal relación».

Por contra, según aquellos Magistrados discrepantes, «sí que quebranta los derechos fundamentales de la contraparte, toda vez que dicha contraparte se encuentra con que los Tribunales resuelven la controversia planteada aplicando, sin verdadera justificación razonable, una normativa completamente ajena y extraña a esa relación jurídica de que se trata».

Resultando, añaden, especialmente inadecuado e ilógico hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos casos (nada infrecuentes) «en que el demandante, a sabiendas de que la relación jurídica debatida se rige por el derecho extranjero, insta en su demanda la aplicación del derecho español, por la sola razón de que le es más favorable». Concluyendo lo siguiente:

«Estimar en estos supuestos que la desestimación de la demanda, en razón a la no acreditación del derecho extranjero, infringe el artículo 24 de la Constitución, nos parece incomprensible, máxime cuando la parte demandante conoce que esa legislación extranjera es la que regula la relación jurídica controvertida, y ella ha hecho todo lo posible para impedir su aplicación a la misma.»

Éste es precisamente el aspecto singularmente cuestionable de la doctrina contenida en el voto particular de referencia y que reproduce, sustancialmente, la anterior doctrina de la Sala de lo Social del TS, que, a su vez, recoge la jurisprudencia mayoritaria de la Sala Primera del mismo Alto Tribunal.

5. LA ABSOLUCIÓN EN LA INSTANCIA Y LA PROHIBICIÓN DE *NON LIQUET*

Una reiterada doctrina constitucional ha venido manteniendo que la sentencia absolutoria en la instancia (lo mismo que una resolución judicial que ordene el archivo de la demanda o la inadmisión de un recurso) no violenta necesariamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²². Pero esa jurisprudencia es muy matizada y no abarca en absoluto el supuesto contemplado en la sentencia objeto de comentario.

²² SSTC 69/1984, 100/1986, 1214/1998, 42/1992, etc., más recientemente 154/2004, 203/2004, 252/2004, entre otras muchas.

Efectivamente, la sentencia absolutoria en la instancia, «en la medida en que dicho imprejuzgamiento obedecería a la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable (...) tal solución se reconduce (...) a un *non liquet* y, por ende, debe ser (...), completamente rechazada»²³, suponiendo al propio tiempo una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²⁴.

La absolución en la instancia, esto es, sin entrar en el fondo del asunto, por falta de prueba del derecho extranjero, puede considerarse desde la perspectiva de estarse reconociendo implícitamente la existencia de una laguna legal, y por ello se deja de fallar, incurriendo el juzgador en un *non liquet*.

El deber de fallar de los Jueces y Tribunales tiene como su punto de partida la siguiente apreciación: «El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan de forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir al Juez que se limite a la mera aplicación de esas normas»²⁵.

Semejante afirmación sintetiza una larga y fundamental etapa en la evolución y desarrollo jurídico y político occidental fundamental. Se trata ni más ni menos que de la concepción política liberal de los Estados, a partir de los fenómenos revolucionarios burgueses del s. XVIII, señaladamente de la Revolución Francesa, que exigen la división de poderes como consustancial a los regímenes democráticos. «Tan persistente es esta idea que en los órdenes jurídicos modernos que tienen su origen en la codificación napoleónica se da por supuesto que el Derecho es siempre completo y coherente en el sentido de que proporciona una respuesta y sólo una respuesta a todo problema jurídico»²⁶.

«La legalización del poder incluye, en primer término, a la justicia, en la que se destierra definitivamente su atribución estamental a ciertas castas y también su paternalismo anómico, fundamentado en la superioridad política o moral del Juez o del Rey en nombre del cual actúa, así como su apoyo en antiguas e inextricables reglas en máximas de equidad tradicionales o, en último extremo, en el buen arbitrio del Juez. A partir de ahora la justicia será precisamente la aplicación de la Ley y nada más, a cuyo efecto (novedad absoluta en la historia) se hace obligatoria la motivación de la sentencia, de modo que aparezca, su función de particularización al caso concreto de la Ley aplicable²⁷.»

Nuestro actual ordenamiento jurídico tiene precisamente ese origen, de ahí el rigor de la prohibición que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.º 7 del CC).

²³ ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *op. cit.*, pág. 94.

²⁴ ALONSO-CUEVILLAS SAYOL, J., *op. cit.*, pág. 105.

²⁵ BULYGIN, E., «Creación y aplicación del Derecho», que constituye el capítulo II de AA.VV. *Lagunas en el Derecho*, MARCIAL PONS, Madrid-Barcelona 2005, pág. 31.

²⁶ Véase nota anterior.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pág. 38.

Las consecuencias de ese mandato legal se pueden expresar de la siguiente manera: «1) Los Jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia fueren planteados y, si bien la competencia de un Juez suele ser limitada, se supone que la competencia de todos los Jueces es exhaustiva en el sentido de que para todo problema jurídico siempre ha de haber un Juez competente; 2) Las resoluciones de los Jueces deben ser fundadas en normas jurídicas» y, «3) En el Derecho se encuentra siempre una solución para cualquier problema jurídico planteado al Juez»²⁸.

Pero ese sistema cerrado y pretendidamente completo que pretende «embridar la antigua libertad del Juez y someterle a su función estricta de particularizador de la Ley»²⁹, se muestra insuficiente y erróneo, por cuanto el Juez al aplicar la Ley va a interpretar un texto legal, desentrañando o creando la norma contenida, entrañada en el mismo. Entonces se da un paso más, consistente en exigir al Juez que esa función aplicativa de la Ley se ajuste a «las leyes de la lógica y la razón» (art. 218 de la LEC).

Consecuentemente, la jurisprudencia social sobre la prueba del derecho extranjero, absolviendo en la instancia, en caso de que no se probase la norma extranjera aplicable a la resolución del caso, desatiende el mandato legal contenido en el artículo 1.º 7 del CC, incurriendo en *non liquet*, pero también es cuestionable cuando aplica la *lex fori*, pues no se ajusta al mandato legal de racionalidad estricta en la aplicación de la Ley, antes enunciado.

6. CONCLUSIÓN

La sentencia objeto de comentario no es irreprochable. Ciertamente mejora la jurisprudencia anterior, la cual, mediante la absolución en la instancia para cuando no se probase el derecho extranjero aplicable al caso, incidía en la prohibición que nuestro ordenamiento (en general, todos los ordenamientos continentales), impone a los Jueces de no resolver, *non liquet* (art. 1.º 7 del CC), pero tampoco satisface aquel mandato legal, por cuanto aplica una norma evidentemente o notoriamente inadecuada, no estando al «sistema de fuentes establecido», y se violenta el artículo 12.1 del CC así como el Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, al no aplicar la ley extranjera indicada en la norma de conflicto. Tanto la jurisprudencia anterior como la doctrina establecida en la sentencia objeto de comentario infringen los principios *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, implícitos en las normas citadas y deducibles del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico.

La sentencia objeto de comentario merece también un juicio desfavorable por cuanto no efectúa una interpretación del artículo 281.2 de la LEC ajustada a los tiempos que nos ha tocado vivir, de globalización o universalización, en todos los órdenes, incluido el Derecho, por más que, ante la desafortunada redacción de aquella norma y su anacronismo (que no evidencia la sentencia), su interpretación tuviera que ser correctora.

²⁸ BULYGIN, E., *op. cit.*, pág. 31.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pág. 43.