Prueba pericial del derecho extranjero ante los tribunales alemanes: una aproximación práctica

Expert evidence on foreign law before German courts: a practical approach

ROSA MIQUEL SALA

wissenschaftliche Mitarbeiterin,

Universität Bayreuth

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2019.006

Bitácora Millennium, Nº 10 (julio-diciembre 2019)

Zaragoza, diciembre 2019

Abstract

De acuerdo con el § 293 del Código procesal civil alemán, la iniciativa en la determinación del contenido del derecho extranjero corresponde al órgano jurisdiccional, que por regla general encarga un dictamen pericial. Este trabajo expone desde un punto de vista práctico el tratamiento procesal del derecho extranjero en Alemania así como las alternativas propuestas por la Corte Federal Suprema en los supuestos de indeterminabilidad, finalizando con una somera comparación con las soluciones adoptadas por el derecho español.

According to § 293 of the German Civil Procedure Code, the initiative to ascertain the content of the foreign law rests with the court. In most cases, an expert report is commissioned. This paper outlines the procedural treatment of foreign law in Germany from a practical point of view as well as the alternatives proposed by the Federal Supreme Court when its content cannot be determined. Finally, a brief comparison with the solutions adopted by Spanish law is drawn.

Palabras clave: prueba del derecho extranjero, Alemania, dictamen pericial

Key words: *evidence on foreign law, Germany, expert opinion*

Sumario

I. Introducción

II. Iniciativa en la determinación del contenido del derecho extranjero

III. El perito

1. Formación

2. Cometido

3. Régimen jurídico (§ 402 y ss. ZPO)

IV. Momento de la prueba del derecho extranjero

V. Algunos problemas recurrentes

1. La concreción del Auto de prueba

2. La fijación de los hechos

3. La determinación del ordenamiento jurídico aplicable: especial referencia al derecho interregional y a la calificación

4. Valoración del dictamen, dictámenes adicionales, publicación de la sentencia

VI. Revisión de la aplicación del derecho extranjero por el BGH

VII. Imposible determinación del contenido del derecho extranjero

VIII. Breve cuadro comparativo

Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción

El tratamiento procesal del derecho extranjero en España plantea algunas cuestiones complejas, especialmente en relación con el alcance de la iniciativa judicial en este ámbito y con las consecuencias en caso de falta de alegación o de imposible determinación del contenido del ordenamiento jurídico cuya aplicación viene ordenada por las normas de conflicto, aplicables de oficio (art. 12.6 CC). Muchas de estas cuestiones se generan a raíz contenido del art. 281.2 LEC, puesto que, a pesar de que el derecho extranjero es "derecho",[1] el mismo recibe en dicha norma una consideración procesal peculiar, a caballo entre el derecho y los hechos.[2] Manifestación de ello es que la aplicación de oficio del derecho extranjero está expresamente permitida solo en determinados procedimientos, a pesar de cierta jurisprudencia favorable a la aplicación de oficio de un derecho extranjero que el juez conozca.[3] La atribución a las partes de iniciativa en la prueba del derecho extranjero ha requerido desarrollar soluciones distintas para tres supuestos problemáticos: la diligente actuación de las partes que sin embargo no es suficiente por sí sola para determinar el contenido del derecho extranjero, la indeterminabilidad del contenido del derecho extranjero y por último la falta de alegación del derecho por las partes o su total pasividad a la hora de determinar su contenido, siendo este determinable. Por lo que respecta al primero de los supuestos indicados, especialmente después de la STC 10/2000, de 17 de enero, queda claro que el órgano jurisdiccional debe, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, participar activamente en la prueba del derecho aplicable una vez se ha aportado principio de prueba por las partes.

El debate entorno a las soluciones que merecen los otros dos supuestos se ha visto necesariamente alterado tras la entrada en vigor del art. 33.3 de la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, norma que ordena la aplicación de la *lex fori* como medida excepcional cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero. A la vista del contenido del art. 33.3 LCJIMC, cabría entender que con el mismo queda positivizada la aplicación de la *lex fori* con carácter excepcional en los supuestos de falta de acreditación del

Fecha de recepción del original: 2 de diciembre de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 16 de diciembre de 2019.

[1] STS 3753/2010, de 24 de junio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:3753), FJ 3º; STC 10/2000, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2000:10), FJ 4º, cfr. sin embargo anteriormente por ejemplo STS 1632/2008, de 30 de abril (ECLI: ES:TS:2008:1632), FJ 3º, entre otras muchas.
[2] FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, Derecho internacional privado, 9ª ed, (2016), p. 173.
[3] Cfr. Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982 y STS de 10 de junio de 2005, citadas en FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, Derecho internacional privado, 9ª ed, (2016), p. 184.

derecho extranjero y que por tanto podría descartarse definitivamente la posibilidad de desestimar la demanda si no se alega y prueba el derecho extranjero. Un argumento de peso en contra de esta última solución era y es la imposibilidad de presentar una nueva demanda en base al derecho extranjero, que se derivaría del art. 400 LEC.[4] Por esta razón se consideraba que, al menos *de lege ferenda*, debería permitirse al juez tomar la iniciativa en la prueba del derecho extranjero en supuestos de falta de prueba del derecho extranjero.[5]

No obstante, debe destacarse que el literal del art. 33.3 LCJIMC no se refiere a todos los casos en que no se ha acreditado por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero por las partes (mera indeterminación), sino solo a los supuestos en que la misma no ha sido posible (indeterminabilidad).[6] Por tanto, no parece que esta norma permita en cualquier caso a las partes burlar la consecuencia jurídica prevista con carácter imperativo por la norma de conflicto mediante una actitud pasiva por lo que respecta a la prueba del derecho extranjero, sino que dicha solución debería reservarse primordialmente para los supuestos de total indeterminabilidad del contenido del derecho extranjero. En este sentido, se ha indicado que el art. 33.3 LCJIMC genera la necesidad de probar, en su caso, que las partes no habían podido probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero. Como consecuencia, la aplicación de la *lex fori* en supuestos de mera indeterminación procedería solo si la parte demandada no alegase con éxito que el demandante podía haber probado el contenido del derecho. En caso contrario, se considera que debería resolverse en base al derecho extranjero que probase el demandado o desestimar la demanda e interpretar el art. 400 LEC de modo que no fuera obstáculo para presentar una nueva demanda en base al derecho extranjero.[7] De todos modos, las facultades que la LEC (arts. 416.5, 424 y 429) concede al juez para que advierta a las partes de la necesidad de alegar el derecho extranjero podrían servir para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 12.6 CC en la mayoría de casos en los que las partes no han asumido la iniciativa probatoria.[8]

Teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer de forma sintética, resulta especialmente interesante examinar cómo se determina el contenido del derecho aplicable en un Estado (República Federal Alemana) cuyo ordenamiento jurídico atribuye la iniciativa para la determinación de su contenido al órgano jurisdiccional. Es intención de estas breves líneas abordar este tema desde un punto de vista eminentemente práctico, fruto de la experiencia propia de quien viene redactando

[4] En este sentido FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, Derecho internacional privado, 9ª ed, (2016), p. 179, con ulteriores referencias.
[5] Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Diario La Ley Nº 6287, Sección doctrina, 4 Jul. 2005.
[6] En el mismo sentido, DIAGO DIAGO, AEDIPr 2017, p. 540.
[7] En este sentido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho internacional privado (2016), p. 240.
[8] FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, Derecho internacional privado, 9ª ed, (2016), p. 180.

dictámenes sobre el contenido del derecho español para tribunales alemanes desde hace aproximadamente doce años. Por ello se va a abordar exclusivamente la prueba del derecho español realizada mediante un dictamen oral o escrito por un perito residente en Alemania, sin entrar en el funcionamiento de comisiones rogadas o en la aplicación de los tratados internacionales en vigor en materia de información sobre el derecho extranjero.

II. Iniciativa en la determinación del contenido del derecho extranjero

La norma alemana funcionalmente equivalente al art. 281.2 LEC es el § 293 ZPO (*Zivilprozessordnung*, Código Procesal Civil alemán). Según esta norma, el derecho vigente en otro Estado, la costumbre y los estatutos (de corporaciones u otras entidades) deben ser probados solo en tanto sean desconocidos por el tribunal. En la averiguación de estas normas jurídicas el tribunal no está limitado por las pruebas aportadas por las partes, sino que está legitimado para utilizar otras fuentes de conocimiento y para ordenar lo necesario a fin de poderlas utilizar. El derecho extranjero debe considerarse "derecho". Por tanto, a pesar de que con respecto al mismo no rija el principio *iura novit curia*, el juez tiene que determinar de oficio su contenido.[9] Su aplicabilidad al litigio no depende de que sea alegado con mayor o menor detalle por las partes ni está atribuida la carga de la prueba del derecho extranjero a quien lo alegue. La necesidad de practicar prueba en relación con el derecho extranjero no se considera ni siquiera el principal mecanismo para determinar su contenido, sino que supone simplemente para el juez la posibilidad de recurrir a una ayuda externa cuando no puede determinar por sí mismo el contenido del derecho extranjero.[10]

La legislación procesal alemana, por tanto, no se cierra a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente investigue por su cuenta el contenido del derecho extranjero, como si se estuviese documentando para resolver el caso de acuerdo con la *lex fori*, si cuenta con los conocimientos lingüísticos y jurídicos suficientes para resolver de forma autónoma el concreto litigio que se le ha presentado. Un juez alemán puede tener conocimientos de un determinado derecho extranjero, por ejemplo, si cursó una titulación binacional en Derecho, si realizó una estancia Erasmus, si ha completado un *Master of Laws* o si los cursos obligatorios de introducción a un derecho extranjero o de un lenguaje jurídico extranjero a cursar durante los estudios de Derecho en Alemania[11] versaron precisamente sobre ese ordenamiento. La pesquisa del propio órgano jurisdiccional será normalmente

[9] Cfr. por ejemplo BGH, NZI 2013, p. 763.
[10] PRÜTTING, § 293 ZPO, en Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar ZPO, Tomo 1, (2016), Rn. 11-14.
[11] En Baviera, por ejemplo, de acuerdo con el § 24.2 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (BayJAPO), de 13 de octubre de 2003.

suficiente para resolver cuestiones básicas que no requieran recurso a doctrina y jurisprudencia, como por ejemplo los requisitos para adquirir la capacidad jurídica o el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca. Teniendo en cuenta que en Alemania se publican compilaciones internacionales de derecho de familia y de sucesiones en fascículos regularmente actualizados[12] así como una compilación de dictámenes aplicando derecho extranjero[13], es posible que un órgano jurisdiccional que desconozca incluso el idioma pueda obtener como mínimo informaciones básicas sobre el derecho extranjero que le sirvan para resolver cuestiones de carácter secundario o para mejor redactar el Auto de prueba (*Beweisbeschluss*) destinado al perito.

A pesar de que el recurso al dictamen pericial es concebido en la ZPO meramente como un auxilio para el juez y de que el encargo de un dictamen pericial tiene como consecuencia una ralentización importante del proceso y un aumento importante de los costes asociados al mismo, se observa en la práctica que los órganos jurisdiccionales prefieren en muchos casos no arriesgarse a resolver en base a sus propias averiguaciones sobre el derecho extranjero y optan por confirmar las mismas antes de dictar sentencia. Además, los abogados de las partes acostumbran a pedir al órgano jurisdiccional un dictamen pericial; ya sea porque han investigado por su cuenta el contenido del derecho extranjero y han observado que les beneficia o porque simplemente quieren retrasar la conclusión del proceso.

La iniciativa judicial prevista en el § 293 ZPO no impide desde luego que las partes encarguen y aporten un dictamen privado. En este caso posteriormente asumirá el coste la parte perdedora, de acuerdo con la norma general sobre atribución de costas procesales establecida en el § 91 ZPO. [14] Especialmente en casos económicamente relevantes, el examen diligente de las expectativas de éxito de una posible demanda judicial requerirá averiguaciones previas de la asistencia letrada. En la práctica, es relativamente frecuente que los despachos especializados en el tráfico jurídico hispano-alemán cuenten con contactos duraderos –algunas veces iniciados en la Asociación Hispano-Alemana de Juristas– con despachos españoles a los que realizan consultas por escrito sobre el caso antes de iniciar el proceso y a quienes encargan a veces las necesarias consultas registrales sobre la titularidad o las cargas del objeto litigioso. También es relativamente frecuente que se consulte a algún notario. Teniendo en cuenta lo observado hasta la fecha, los dictámenes o consultas que se obtienen por esta vía acostumbran a ser bastante someros, sin

[12] BERGMANN/FERID/HENRICH, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Verlag für Standesamtswesen, Fráncfort del Meno/Berlín, 2019; FERID/FIRSCHING/DÖRNER/HAUSMANN (Hrsg.), Internationales Erbrecht, 111ª ed., C.H.BECK., Múnich, 2019.
[13] En la que por cierto solo pueden publicar los catedráticos, cfr. https://www.iprax.de/en/ipg/
[14] PRÜTTING, § 293 ZPO, en Rauscher/Krüger (coords.), Münchener Kommentar ZPO, Tomo 1, (2016), Rn. 6; MANKOWKSI, MDR 2001, p. 194.

citas de jurisprudencia o doctrina, y normalmente es necesario traducirlos al alemán para poderlos aportar a la causa.

III. El perito

1. Formación

Se espera del perito que cuente con fundados conocimientos sobre el ordenamiento jurídico objeto del dictamen. Por tanto, lo ideal sería que hubiese cursado estudios de Derecho en el Estado en cuestión y que contase con cierta experiencia en la práctica jurídica. En determinados casos, además, debería recurrirse a un especialista, por ejemplo en Derecho deportivo, Derecho de la navegación, en derechos de aprovechamiento por turno o en contratos bancarios. En la práctica, sin embargo, este ideal deviene irrealizable en muchos casos debido a dos obstáculos: la barrera lingüística (sobre todo teniendo en cuenta que se espera que el perito examine detenidamente el expediente judicial) y el hecho de que tanto el órgano jurisdiccional como las partes utilizan los esquemas dogmáticos que conocen, es decir, los del derecho alemán, a la hora de identificar y formular las cuestiones que determinan el objeto del dictamen.[15] Como resultado, el recurso a un jurista español resulta aconsejable si este cuenta con conocimientos suficientes del alemán jurídico, de modo que pueda redactar el dictamen de su puño y letra y de forma comprensible para el órgano jurisdiccional y para las partes, y si es capaz, como mínimo, de examinar también el contenido de las normas de la *lex fori* para mejor identificar las motivaciones que explican la inclusión de determinadas cuestiones en el Auto de prueba y situarlas en el contexto del litigio.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no debe extrañar que los órganos jurisdiccionales alemanes confíen habitualmente en catedráticos de Derecho international privado y Derecho comparado o en los expertos del Max Planck Institut para derecho extranjero e internacional de Hamburgo para encargar dictámenes sobre derecho extranjero. El Max Planck Institut de Hamburgo, de sobra conocido por los internacionalprivatistas, cuenta con una surtida biblioteca y con departamentos especializados en el derecho de distintas zonas geográficas. La calidad de los dictámenes elaborados por los peritos de este instituto está fuera de toda duda, a pesar de una famosa (y discutible[16]) sentencia del BGH en relación con un dictamen sobre hipoteca naval venezolana.[17] Debe tenerse en cuenta que hoy en día es posible acceder de forma mucho más fácil a la doctrina científica y a la juriprudencia de países extranjeros y que incluso, de ser necesario, sería posible pedir el envío de

[15] BACH/GRUBER, p. 106.
[16] Cfr. con argumentos certeros SAMTLEBEN, NJW 1992, p. 3057-3062.
[17] NJW-RR 1991, p. 1211.

literatura o incluso una opinión informal sobre un caso confuso a uno de los muchos profesores españoles que han realizado estancias de investigación en el Instituto. Sin embargo, teniendo en cuenta la cantidad de tiempo que debe invertirse para redactar debidamente este tipo de dictámenes, no es raro que los catedráticos o expertos consultados respondan a la consulta del órgano jurisdiccional previa al envío del Auto de prueba que no pueden hacerse cargo del dictamen debido a su actual carga de trabajo o incluso adjuntando un cálculo aproximado de las horas que deberían invertir y de los elevados costes hipotéticos del dictamen a la vista de los aranceles legalmente establecidos. Un retraso adicional del proceso debido a la búsqueda de un perito puede evitarse a veces si el juez pide una recomendación a las partes y si como mínimo uno de los abogados que intervienen cuenta ya con experiencia en casos similares.

2. Cometido

El perito está obligado a facilitar las informaciones suficientes para garantizar que el órgano jurisdiccional alemán pueda decidir exactamente del mismo modo que un órgano jurisdiccional extranjero.[18] Ello le obliga en primer lugar a determinar la "realidad jurídica". Como consecuencia, por regla general no cumplirá con sus funciones si simplemente se dedica a identificar y a facilitar una traducción propia o ajena de las normas aplicables al caso, examinando su vigencia temporal[19] y añadiendo algunes lugares comunes sobre su contenido sacados de los manuales universitarios de uso corriente (el llamado "dictamen de manual").[20] El perito debe ir más allá y responder cómo se resuelve el caso de acuerdo con el ordenamiento jurídico en cuestión, lo que requiere, en su caso, examinar adicionalmente la jurisprudencia, la práctica administrativa y la doctrina científica. Es evidente que al llevar a cabo esta tarea el perito va a encontrarse con supuestos en los que existe una norma que requiere interpretación y en que la jurisprudencia y la doctrina son contradictorias o directamente inexistentes. Lo segundo es especialmente habitual en el supuesto que aquí se trata, y ello se debe a dos motivos: en primer lugar, como ya se ha indicado, tanto el juez como los abogados piensan en "categorías alemanas" y tienden a indagar en aquellas cuestiones cuya respuesta sería necesaria para resolver el caso de acuerdo con el derecho alemán o a preguntar directamente si existe en España una norma equivalente a otra que ellos conocen. En segundo lugar, no es extraño que ocupen a la justicia alemana asuntos que en España no llegarían a los tribunales.

[18] SAMTLEBEN, NJW 1992, 3060; HEIL/DÜBBERS, ZRP 2001, p. 212. Lo mismo debe procurarse en España, cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho internacional privado (2016), p. 241.
[19] BACHER, § 293 ZPO en Vorwerk/Wolf (coords.), BeckOK ZPO (2019), Rn. 18.1.
[20] SAMTLEBEN, NJW 1992, 3057.

Así por ejemplo, hace algunos años un órgano jurisdiccional inquiría, a petición de las partes, si de acuerdo con el derecho español el nudo propietario está obligado a instalar contadores de agua y de electricidad en la finca usufructuada.

En otro dictamen se preguntaba si en el derecho español existe una norma equivalente al § 259.2 BGB, de modo que el demandado (comerciante) estaría obligado a prestar una declaración jurada sobre la veracidad de sus informaciones contables. Ante la ardua tarea de probar la inexistencia de una norma como la citada en el ordenamiento jurídico español, se consideró necesario reproducir el contenido de las normas del Código de comercio sobre los deberes contables del comerciante, especialmente el art. 37 Ccom, así como informar del resultado negativo de una consulta en las bases de datos de jurisprudencia. Igualmente infructuosa es desde luego la búsqueda, en cualquiera de los derechos civiles españoles, de una institución idéntica al *Versorgungsausgleich* o compensación de las expectativas de pensión en caso de divorcio (§ 1587 BGB).

En supuestos de jurisprudencia contradictoria de Audiencia Provinciales, que podrían incluso determinar la existencia de interés casacional, el perito tiene a veces la suerte de identificar claramente una postura mayoritaria. Incluso en este caso, es necesario dejar constancia de las sentencias que defienden la opinión minoritaria, así como de los argumentos a favor y en contra de ambos criterios jurisprudenciales en la doctrina científica. El recurso a la doctrina es especialmente necesario cuando el número de sentencias que resuelven en un sentido o en otro es similar, de modo que el perito y posteriormente el órgano jurisdiccional no tienen otro remedio que tomar partido. En este caso es necesario que la argumentación del perito sea clara y coherente, pero dejando claro al órgano jurisdiccional y a las partes que el perito simplemente está apuntando cuál es, según su criterio y en base a eventuales argumentos expuestos por la doctrina, la postura jurisprudencial que debería prevalecer y que el órgano jurisprudencial podría perfectamente llegar a otra conclusión al valorar las fuentes que se aportan.

Igualmente es posible que el perito constate que una o varias de las normas aplicables al caso puede ser inconstitucional. En este caso, parece que debería indicar este punto al órgano jurisdiccional, que debe tener en cuenta la jurisprudencia constitucional. Ahora bien, ante la imposibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional –aunque el art. 35 LOTC no excluye literalmente a los órganos jurisdiccionales extranjeros– el órgano jurisdiccional alemán deberá aplicar las normas del derecho español mientras no se declaren inconstitucionales.[21]

[21] KROPHOLLER, Internationales Privatrecht (2006), p. 214.

Una duda de constitucionalidad se planteó en el contexto de la aplicación del Reglamento de competición de una Federación deportiva española en una competición no federada. Es relativamente habitual que los Reglamentos de competición de Federaciones Deportivas españolas contengan una presunción de veracidad con respecto a lo plasmado en las actas arbitrales, de modo que el deportista se ve obligado a probar que no ha cometido la infracción que se le imputa. Esta excepción al *principio in dubio pro reo* ha hecho planear dudas sobre la constitucionalidad de normas de este tipo, dudas que podrían desaparecer si se considera que existe una relación de especial sujeción de los deportistas federados con su federación,[22] pero que podrían continuar vigentes si el Reglamento se aplica a un deportista no federado, al menos en España.

La necesidad de resolver el caso implicará asimismo a veces la necesidad de recurrir a una *analogia legis* o incluso a una *analogia iuris*. También cuando se decide en base a la buena fe o a otro principio general del derecho es necesario argumentar de forma transparente para que quede claro cómo se ha llegado al resultado en cuestión y también dejar claros aquellos puntos en los que sería posible que el tribunal llegase a un resultado alternativo.

Por ejemplo, cuando es necesario pronunciarse sobre si una cláusula predispuesta es abusiva.

Ya se ha apuntado que la competencia lingüística es una de las cualidades que debe poseer un perito destinado a determinar el contenido del derecho extranjero. La tarea del perito consiste no solamente en indagar la realidad jurídica, sino también en plasmarla de forma inequívoca. Si la exactitud y la eficiencia a la hora de expresarse es necesaria para todo jurista, a la hora de redactar un dictamen sobre un determinado derecho en una lengua extranjera deben extremarse las precauciones para evitar malentendidos. Por ejemplo, no es lo mismo que los efectos de un contrato de tracto sucesivo terminen por resolución (*Rücktritt*) que por desistimiento con plazo de preaviso (*Kündigung*), y este último supuesto debe diferenciarse del ejercicio del derecho de desistimiento de los consumidores, por ejemplo en los contratos a distancia (*Widerruf*). El uso de los conceptos jurídicos correctos requiere de cierto conocimiento del derecho alemán y a veces del auxilio

[22] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (3. Senat) de 1 de junio de 2000 (RJ 2000/7058), FJ 4º; también DEL VALLE DE JOZ, Principio de legalidad en materia sancionadora deportiva: eficacia y requisitos de publicidad de los reglamentos disciplinarios federativos, Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento Nr. 28/2010 (BIB 2010/86), p. 4; PALOMAR OLMEDA, Elementos para el debate sobre el marco sancionador general de la actividad deportiva, Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento Nr. 37/2010 (BIB 2013/32), p. 4 ss.

de diccionarios jurídicos.[23] Aunque existen traducciones más o menos actuales o correctas al alemán del Código civil o de otras leyes importantes[24], en muchos casos el perito va a tener que presentar sus propias traducciones de normas jurídicas españolas. Esto presenta normalmente una especial dificultad teniendo en cuenta que por desgracia la técnica legislativa no es siempre óptima y que además es necesario respetar la rígida sintaxis alemana. Lo mismo rige cuando es necesario traducir un fragmento de sentencia. Por último, la claridad del dictamen también está íntimamente relacionada con la estructura de sus epígrafes.

3. Régimen jurídico (§ 402 y ss. ZPO)

El nombramiento del perito puede tener lugar a propuesta del juez o a propuesta de las partes. Aunque no es obligatorio, el juez puede dar audiencia a las partes para que den su conformidad al nombramiento del perito.[25] Previo nombramiento, el órgano jurisdiccional se acostumbra a poner en contacto con el mismo telefónicamente, por correo electrónico o por carta, le describe el caso y le pide que le confirme que el mismo recae dentro del ámbito en el que desempeña sus actividades, así como su disponibilidad para llevarlo a cabo dentro del plazo pactado (§ 407a.1 ZPO).

El estatuto del perito se determina de acuerdo con los §§ 402 y siguientes ZPO. Estos artículos tratan de los peritos judiciales en general y parte de su contenido no es directamente aplicable al presente supuesto. Además se aplican de forma análoga los artículos sobre prueba testifical (§§ 373-401 ZPO). Con la notificación del nombramiento y el envío del expediente judicial, se facilitan por escrito ciertos artículos de la ZPO, entre los que se encuentran los relativos al derecho a no llevar a cabo el dictamen por razones personales o materiales (§ 408.1 en relación con los §§ 383 y 383 ZPO) y los relativos a las causas de abstención y de exclusión legales (§§ 406, 407a.1 ZPO en relación con los §§ 41 y 42 ZPO). El perito debe informar sin dilación al órgano jurisdiccional de la existencia de alguna de estas causas o de lo contrario puede imponérsele una sanción administrativa (§ 407a.2 ZPO). También debe comunicar con el órgano jurisdiccional si observa que los posibles costes van a superar la provisión de costes realizada al efecto o si necesita cualquier aclaración sobre el contenido del dictamen (§ 407a.1 ZPO). El perito no puede transmitir el encargo judicial a otro perito y si ha recurrido a la ayuda de terceras personas debe dar a conocer esta circunstancia al órgano jurisdiccional, a no ser que la ayuda haya

[23] Por ejemplo BECHER, Wörterbuch Recht, Wirtschaft & Politik, en dos tomos, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2017.
[24] Cfr. PEUSTER, Código civil. Spanisch-deutsche Textausgabe, Edition für internationale Wirtschaft, Fráncfort del Meno (2002), y otras traducciones publicadas por la misma editorial.
[25] ZIMMERMANN, § 404 ZPO, en Rauscher/Krüger (coords.), Münchener Kommentar ZPO, Tomo 2, (2016), Rn. 4.

sido requerida para tareas de menor importancia (§ 407a.3 ZPO). En cualquier caso, el perito debe informar a sus ayudantes de sus deberes de confidencialidad y debe pedirles que le notifiquen cualquier circunstancia que pueda hacer dudar de su objetividad.

Normalmente se informa también del plazo para presentar el dictamen (§ 411.1 ZPO). Es frecuente, sin embargo, que el perito deba pedir un plazo adicional, que normalmente se concede. De superarlo, el órgano jurisdiccional procede a fijar un plazo perentorio cuyo incumplimiento supondrá la imposición de una sanción administrativa que asciende a un máximo de 3.000 €. La posible responsabilidad del perito por la presentación de un dictamen incorrecto se determina de acuerdo con el § 839a BGB. Como se ha indicado, una actuación diligente del perito requiere transparencia, especialmente a la hora de exponer los argumentos que conducen a las respectivas conclusiones y dejando constancia, en su caso, de la posibilidad de que el órgano jurisdiccional llegue a un resultado distinto como consecuencia de su propia valoración del dictamen. En caso de que el órgano jurisdiccional o las partes considerasen que las informaciones del perito son insuficientes, podrían solicitar dictámenes adicionales. En algún caso, para ganar tiempo, es posible que se cite el perito para que explique oralmente el contenido de algún punto del dictamen sobre el que se presenten dudas.

La experiencia indica que en algún caso la citación adicional del perito es simplemente una táctica dilatoria, pero la misma puede ser realmente necesaria en supuestos en que la solución no es clara, por ejemplo por la existencia de jurisprudencia contradictoria o por la necesidad de aplicar principios generales del Derecho.

IV. Momento de la prueba del derecho extranjero

Tras la recepción de la demanda, el órgano jurisdiccional civil competente puede decidirse por un procedimiento rápido con una primera vista oral (*früher erster Termin*, § 275 ZPO) que puede ir acompañada o no de un posterior procedimiento escrito, o por un procedimiento escrito previo a la vista principal (*schriftliches Vorverfahren*, § 276 ZPO). Cuando existe la necesidad de determinar el contenido del derecho extranjero, se optará normalmente por el procedimimiento escrito previo. Durante el mismo, las partes intercambian escritos en los que realizan alegaciones sobre los hechos y sobre el derecho aplicable que el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta para redactar acto seguido el Auto de prueba.

V. Algunos problemas recurrentes

1. La concreción del Auto de prueba

De acuerdo con el § 404a.1 ZPO, el tribunal debe dirigir la actividad del perito y puede darle órdenes sobre la forma y el alcance de su actividad. En principio, los Autos de prueba no tienen por qué ser excesivamente detallados. En ocasiones, el órgano jurisdiccional pregunta el perito simplemente "cuál es la situación jurídica", o le pide que determine "si el contrato es válido" o "si están fundamentadas las pretensiones de la parte demandante". Este tipo de formulaciones generales se produce en litigios que a juicio del órgano jurisdiccional no presentan mucha dificultad y en los que las partes no han requerido que se examinen cuestiones jurídicas concretas. No obstante, en muchos casos el órgano jurisdiccional redacta su Auto de prueba en base a las afirmaciones o conjeturas que sobre el derecho extranjero han realizado previamente las partes en sus intercambios de alegaciones por escrito o a las averiguaciones que él ha realizado previamente de forma autónoma.

No es raro que un abogado base sus alegaciones en el derecho alemán y luego pida que se demuestre con un dictamen pericial que el derecho español tiene el mismo contenido o llega al mismo resultado.

El Auto de prueba se emite cuando el intercambio de alegaciones ya está llegado a su fin y el órgano jurisdiccional tiene una idea más o menos clara de cuáles son los hechos jurídicamente relevantes que han resultado probados y cuáles las cuestiones claves que deben solucionarse en base al derecho extranjero. En este caso, sin duda para evitar que pueda reprochársele una averiguación superficial del contenido del derecho extranjero, el órgano jurisdiccional remite al perito un amplio listado de cuestiones que contempla todas las dudas del órgano jurisdiccional y de las partes, incluso aquellas que, como se ha visto, pretenden que se afirme la existencia o inexistencia de una norma análoga a otra existente en derecho alemán.[26] Por desgracia, sin embargo, no es infrecuente que el órgano jurisdiccional no pregunte sobre la prescripción de las pretensiones ejercitadas o sobre un posible retraso desleal en el ejercicio de los derechos (*Verwirkung*). Debe considerarse que esta laguna del Auto de prueba no debería ser subsanada sin más por el perito, puesto que, al fin y al cabo, es tarea de la asistencia letrada de las partes alegar cautelarmente prescripción o retraso desleal en el ejercicio de los derechos aun cuando no haya podido indagar por su cuenta el contenido de las normas españolas sobre esta materia.

[26] Cfr. reconociendo la relevancia de la intervención de las partes BACHER, § 293 ZPO en Vorwerk/Wolf (coords.), BeckOK ZPO (2019), Rn. 19-20; BACH/GRUBER, p. 105.

Son frecuentes las preguntas sobre una posible suspensión (*Hemmung*) de la prescripción (§ 204 BGB), casi desconocida en derecho español.[27] Es necesario hacer entonces referencia a los supuestos de interrupción de la prescripción.

En otros casos, resulta aconsejable que el perito aborde otras cuestiones de carácter meramente incidental y secundario no citadas en el Auto de prueba, siempre que del contenido del dictamen se derive claramente su relevancia para poder resolver el supuesto planteado.

Como ya se ha avanzado, también la estructura del dictamen es un factor importante que repercute en su claridad. A la vista del contenido del Auto de prueba, el perito tendrá que determinar si lo más razonable es resolver punto por punto las cuestiones planteadas, a veces repetitivas, o si es más recomendable adoptar una estructura distinta, en base a la organización de las propias normas aplicables al caso.

Por ejemplo, recientemente se inquiría si determinadas cláusulas habían quedado incorporadas a un contrato con consumidores y acto seguido si dichas cláusulas podían considerarse condiciones generales de la contratación. Se optó por afirmar la aplicabilidad al contrato litigioso del TRLGDCU y de la LCGC y de realizar acto seguido el control de incorporación y el control de contenido de las cláusulas citadas aplicando ambas leyes.

2. La fijación de los hechos

Además de determinar cuál es el contenido del dictamen, de acuerdo con el § 404a.3 ZPO si los hechos aún son disputados el tribunal determina qué hechos debe tener en cuenta el perito para elaborar su dictamen. En la práctica, sin embargo, lo habitual es que el Auto de prueba no contenga una relación de hechos probados. Es entonces tarea del perito examinar detenidamente el expediente judicial e identificar los hechos jurídicamente relevantes. A la hora de llevar a cabo esta tarea, al perito no le quedará más remedio que examinar si los hechos han quedado ya probados o si existe algún hecho cuya existencia es objeto de discusión entre las partes. De ser eso así, debe indicarse claramente que el resultado al que se llega depende del resultado de una prueba posterior, muchas veces consistente en tomar declaración a las partes o a testigos clave o en requerir la aportación de documentos. Esta tarea debe realizarse incluso en el caso en que el órgano jurisdiccional haya elaborado diligentemente una breve relación de los hechos que

[27] Cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA, Elementos de Derecho civil. I Parte General, Volumen Tercero. Derecho subjetivo. Negocio jurídico (2005), p. 348.

acompaña al Auto o incluso a la previa petición informal de colaboración, suponiendo que la misma tenga lugar por escrito.

3. La determinación del ordenamiento jurídico aplicable: especial referencia al derecho interregional y a la calificación

Aunque el Auto de prueba no contiene una obligación del perito en este sentido, es habitual que después de reproducir las preguntas formuladas y antes de pasar a resolver el caso de acuerdo con el derecho español se incluya una toma de posición sobre la competencia internacional del órgano jurisdiccional así como sobre las cuestiones de derecho aplicable. Esto último es especialmente necesario teniendo en cuenta que en Alemania el Derecho internacional privado no es parte obligatoria de los estudios universitarios de Derecho. Como en España, la resolución de litigios con elemento de extranjería, aunque cada vez más usual, no es tarea rutinaria para jueces ni abogados. En especial, la ignorancia sobre las normas conducentes a la determinación del derecho aplicable hace necesario que el perito examine los requisitos para una eventual elección del derecho y que confirme qué cuestiones deben resolverse de acuerdo con el derecho español por recaer, por ejemplo, en el estatuto contractual, y qué cuestiones están sometidas al derecho alemán, por ejemplo, porque recaen dentro del estatuto del poder de representación o del estatuto personal de las partes. Naturalmente, ello requiere la inclusión de citas de jurisprudencia y doctrina europeas y/o alemanas. Además, no debe olvidarse la posibilidad de que algunas cuestiones queden sometidas al derecho de un tercer Estado.

Por ejemplo, si fuera necesario preguntarse sobre las consecuencias de la posible nulidad de un antiguo contrato sometido al derecho de la Isla de Man y por el que se adquieren derechos de aprovechamiento por turno de carácter obligacional sobre un apartamento turístico situado en España sobre la validez de los derechos reales de aprovechamiento por turno de igual duración sobre el mismo apartamento y las mismas semanas que fueron atribuidos a los demandantes como consecuencia de la adaptación del régimen preexistente a la Ley 42/1998.

Naturalmente, será necesario determinar si el derecho español aplicable es derecho común, foral o especial. Una vez se hayan aplicado, de ser ello necesario, las normas de derecho interregional, deberá determinarse, en su caso, si debe recurrirse al Código civil como norma supletoria a falta de regulación específica en el respectivo ordenamiento foral o especial. A la vista de las preferencias vacacionales de los alemanes, está claro que la necesidad de determinar el contenido de determinados derechos forales se presenta muy frecuentemente. Desgraciadamente, en estos casos la literatura actualizada brilla por su ausencia en las bibliotecas alemanas. Por otro lado, como ya se ha dicho, las dudas de

constitucionalidad –aquí por ejemplo en relación con el art. 149.1.8 CE– no pueden conducir a la inaplicación de una norma por los órganos jurisdiccionales alemanes a falta de una declaración expresa en este sentido por parte del Tribunal Constitucional.

Si bien el perito tiene la obligación de dejar al órgano jurisdiccional en condiciones de resolver el caso como lo haría un juez español, la obligación de determinar el contenido del derecho español se limita a las cuestiones derecho material, puesto que las cuestiones procesales se resuelven en base a la *lex fori*.[28] Por tanto, parece que el perito no estaría obligado a facilitar informaciones sobre el contenido del derecho procesal civil español y que en principio resultaría de dudosa correción la petición de examinar lo que dicen las normas procesales y materiales del derecho español sobre una determinada cuestión. De todos modos, estas peticiones están pensando en supuestos en que hay una divergencia de la *lex fori* y de la *lex causae* a la hora de calificar como material o como procesal una misma cuestión. De acuerdo con la doctrina alemana, la calificación de una cuestión como procesal o material se lleva a cabo desde el punto de vista del derecho alemán.[29]

4. Valoración del dictamen, dictámenes adicionales, publicación de la sentencia

Una vez terminado el dictamen, el mismo se envía de vuelta por triplicado o por quintuplicado, acompañado del expediente judicial. Acto seguido, el órgano jurisdiccional concede a las partes la posibilidad de pronunciarse por escrito sobre el contenido del mismo. Algunas veces la parte que resultaría perdedora ataca la valoración de la prueba realizada por el perito, que de todos modos no resulta vinculante para el juez. Sin embargo, la mayoría de las veces si las partes se pronuncian sobre el dictamen es porque han identificado nuevas cuestiones relevantes sobre el derecho español, por lo que piden dictámenes complementarios (§ 411.4 ZPO).

Por ejemplo, en un primer momento se preguntó sobre la validez de un contrato privado sobre un inmueble que solamente le correspondía por mitad al vendedor, sin que tuviese poder de representación para poder enajenar la otra cuota que figuraba a nombre de su esposa. Tras afirmar, en la línea del Tribunal Supremo[30] la validez de la venta de cosa parcialmente ajena con imposibilidad de adquirir la propiedad total debido a la falta de capacidad de disposición del vendedor, la parte compradora (demandada) instó un segundo dictamen para determinar si había adquirido la

[28] DOEHNER, Art. 18 Rom I-VO, en Hüßtege/Mansel (coords.), NK-BGB, Tomo 6 (2014), Rn. 1; KROPHOLLER, Internationales Privatrecht (2006), p. 595 s.
[29] RAUSCHER, Einl., en Rauscher/Krüger (coords.), MünchKommZPO, Tomo 1 (2016), Rn. 28.
[30] SSTS de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012/5589) y de 15 de enero de 2013 (RJ 2013/2276).

propiedad de la mitad que podía transmitirse con el contrato. Se da la circunstancia de que antes del contrato de compraventa la compradora había estado habitando la casa por cortos periodos vacacionales debido a su relación de amistad con el vendedor y su esposa y afirmaba que había adquirido la propiedad porque constaba inscrita en el Catastro (no en el Registro de la Propiedad) como titular del inmueble. Para determinar la concurrencia de los requisitos de una tradición *solus consensus* fue necesario acudir al art. 531-4 e) del Código civil de Cataluña. En el contrato privado no se mencionaba que la compradora tuviera el inmueble en su poder por otro título. La elevación del contrato a escritura pública no se había llegado a producir por muerte del vendedor.

En otro caso se preguntaba por la validez de una donación de un bien inmueble disimulada bajo un contrato de compraventa. Una vez se hubo afirmado la nulidad de la donación en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo,[31] se preguntó en otro dictamen si este resultado variaría de haber desconocido una parte contractual que la simulación se realizó con la finalidad de realizar un fraude tributario. Finalmente, se preguntó si la donación era nula o simplemente anulable al alegarse a posteriori el art. 1301.4 CC.

Frecuentemente, la Sentencia dictada tras la recepción del dictamen reproduce bastantes fragmentos del mismo. En algún caso la sentencia dictada en primera instancia se recurre alegando que no se habían recabado suficientes informaciones sobre el derecho extranjero, lo que motiva el encargo de un dictamen adicional en segunda instancia. Si el perito lo ha solicitado, recibirá informaciones sobre el resultado del pleito. De lo contrario, en la mayoría de supuestos no será posible acceder al texto de la sentencia en bases de datos[32] ya que en Alemania la publicación de las decisiones judiciales tiene lugar solamente si el órgano jurisdiccional lo considera oportuno atendiendo al especial interés de la decisión.

VI. Revisión de la aplicación del derecho extranjero por el BGH

Hasta el año 2009, el § 545 ZPO limitaba expresamente el acceso a la *Revision* (equivalente a la Casación) a las normas de la República Federal Alemana. Al desaparecer esta mención, algunos autores entendieron que el BGH puede revisar la aplicación del derecho extranjero que haya realizado el órgano jurisdiccional de instancia.[33] Sin embargo, la opinión mayoritaria niega esta posibilidad en base al

[31] Cfr. entre muchas otras SSTS 1394/2007 de 11 de enero de 2007 (RJ 2007/1502), FJ 4°; 40/2007, de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/593); 46/2007, de 31 de enero de 2007 (RJ 2007/1187); 187/2015 de 7 de abril de 2015 (RJ 2015/1510).
[32] Para una excepción v. NJW-RR 2014, p. 920.
[33] HÜBNER, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten (2014), p. 374-382; HÜBNER/HESS, NJW 2009, p. 3132-3135; EICHEL, IPRax 2009, p. 389-393.

contenido de los §§ 560 y 563.4 ZPO y al reciente posicionamiento del BGH en este sentido, también en asuntos de familia.[34] Esta limitación tiene sentido para evitar que finalmente la tarea de determinar el contenido del derecho extranjero se acabe concentrando en el BGH:[35] El BGH controla exclusivamente el uso correcto de la discrecionalidad que el § 293 ZPO concede al órgano jurisdiccional para averiguar el contenido del derecho extranjero. Por ejemplo, en el famoso caso de la hipoteca naval venezolana, el BGH consideró que un órgano jurisdiccional no cumple con el deber de averiguación del contenido del derecho extranjero establecido en el § 293 ZPO encargando un dictamen a un instituto científico familiarizado con el derecho extranjero cuando en el concreto supuesto es decisiva la praxis del derecho extranjero y el perito no dispone de conocimiento especiales sobre la misma, habiéndose de limitar a la valoración de la literatura de que dispone.[36] En la decisión de instancia debe quedar claro qué derecho se ha aplicado,[37] qué normas concretas se aplicaron,[38] que el órgano jurisdiccional recurrió no solo a todas las fuentes del derecho sino también a la jurisprudencia y a la doctrina,[39] que se investigó el contenido del derecho extranjero[40] y cómo se llevó a cabo esta investigación.[41]

No obstante, el BGH puede interpretar directamente normas de derecho extranjero si se constata que el órgano jurisdiccional de instancia no las había tomado en consideración[42] o si el órgano jurisdiccional de instancia no tuvo la oportunidad de aplicar determinada norma extranjera porque la misma entró en vigor después de la vista oral.[43]

VII. Imposible determinación del contenido del derecho extranjero

Teniendo en cuenta el tratamiento procesal del derecho extranjero y las actuales facilidades para acceder la "realidad jurídica" de nuestro entorno, así como el hecho

[34] BGH NJW 2013, p. 3656 Rn. 13 ss.; BGH NJW 2014, p. 1244, Rn. 14; NJW-RR 2017, p. 902, Rn. 13 (en relación con el § 72 FamFG). En el mismo sentido ALTHAMMER, IPRax 2009, p. 389; BALL, § 545 ZPO, en Musielak/Voit, ZPO (2019), Rn. 7; KRÜGER, § 545 ZPO, en Rauscher/Kruger (coords.), Münchener Kommentar ZPO, Tomo 2, (2016), Rn. 11; BACHER, § 545 ZPO, en Vorwerk/Wolf (coords.), BeckOK ZPO, (2019), Rn. 25.
[35] BACH/GRUBER, p. 112.
[36] Cfr. *supra* n. 10.
[37] BGH, Auto de 7 de julio de 1988 NJW 1988, p. 3097.
[38] BGH, Sentencia de 20 de julio de 2012, BeckRS 2012, 17500, Rn. 17.
[39] BGH, Sentencias de 13 de diciembre de 2005, NJW 2006, p. 762, Rn. 33; 14 de enero de 2014, NJW 2014, p. 1244, Rn. 33 y 23 de junio de 2003, NJW 2003, p. 2685.
[40] BGH, Auto de 30 de abril de 2013, NZI 2013, p. 763, Rn. 39; Sentencia de 20 de julio de 2012, NZG 2012, Rn. 33; Auto de 24 de mayo de 2017, NJW-RR 2017, p. 902, Rn. 14.
[41] BGH, Sentencia de 25 de octubre de 2006, NJW-RR 2007, p. 574, Rn. 18.
[42] BGH, Sentencias de 10 de noviembre de 2009, NJW 2010, p. 1070, Rn. 21; 12 de noviembre de 2003, NJW-RR 2004; p. 308, entre otras.
[43] NJW 1962, 961; BGH, Sentencia de 23 de enero de 1996, NJW-RR 1996, p. 732.

de que el órgano jurisdiccional muchas veces propone una transacción si observa que la averiguación del derecho extranjero va a ser costosa y lenta, son extremadamente raros los supuestos en que se constata la imposibilidad de determinar el contenido del derecho extranjero. Ello ocurrió, por ejemplo, ante la imposibilidad de determinar el contenido del derecho cambiario vigente en Afganistán en 1937.[44]

El recurso a la *lex fori* no está fijado legalmente, sino que lo contempla la jurisprudencia.[45] En el caso en que la aplicación del derecho alemán condujera a resultados indeseables, se considera razonable por el BGH la aplicación del derecho "probablemente aplicable" o del derecho "más estrechamente emparentado" con el derecho de contenido indeterminable.[46] Ambas soluciones suponen una excepción al carácter imperativo de las normas de conflicto.[47] Ahora bien, tanto la aplicación del derecho "probablemente aplicable" o del "más estrechamente emparentado" con con el derecho de contenido indeterminable parecen criticables adicionalmente por generar cierta inseguridad jurídica. Resultaría más aconsejable y también preferible al recurso a la *lex fori* la introducción de conexiones subsidiarias, a aplicar en el supuesto de indeterminabilidad del derecho llamado en primer lugar por la norma de conflicto.

VIII. Breve cuadro comparativo. Conclusiones

A raíz de lo expuesto en las páginas anteriores se ponen de relieve algunas diferencias importantes en el tratamiento procesal del derecho extranjero en España y en Alemania, que se resumen en el presente cuadro comparativo.[48] Del mismo parecen derivarse claramente cuáles son las cuestiones que debería abordar en un futuro el legislador español, que sobre todo debería plantearse seriamente traspasar por entero al órgano jurisdiccional la iniciativa en la determinación del contenido del derecho aplicable.

[44] BGH, Sentencia de 26 de noviembre de 1960, NJW 1961, p. 410.
[45] BGH, Sentencia de 23 de diciembre de 1981, NJW 1982, p. 1215; Auto de 26 de octubre de 1977, BGHZ 69, p. 387.
[46] Sentencia de 23 de diciembre de 1981, NJW 1982, p. 1215; Tribunal Federal Administrativo, Sentencia de 19 de julio de 2012, NJW 2012, p. 3461, Rn. 15.
[47] *Vid*. sobre el carácter imperativo de las normas de conflicto en el ordenamiento jurídico alemán VON HEIN, Einleitung zum internationalen Privatrecht, en Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (coords.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tomo 11 (2018), Rn. 242 s.; cfr. con opinión contraria especialmente FLESSNER, RabelsZ 34 (1970), p. 547-584.
[48] Para la determinación de la situación jurídica en España se ha tomado como principal referencia el epígrafe "Tratamiento procesal del Derecho extranjero" en FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, p. 173-189.

Derecho español	**Derecho alemán**
Naturaleza del derecho extranjero	
"Derecho"; tratamiento procesal a caballo entre el de los hechos y el del derecho del foro; no rige el principio *iura novit curia*.	"Derecho", no rige el principio *iura novit curia*.
Iniciativa en la determinación del contenido del derecho extranjero	
Alegación y prueba del derecho extranjero (contenido y vigencia) por las partes –utilización de todos los medios de averiguación necesarios por parte del tribunal– tutela judicial efectiva, cfr. STC 10/2000, de 7 de enero. **Inciativa judicial permitida solo en determinados procedimientos, por ejemplo los relativos a capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 752.2 LEC), o expedientes de jurisdicción voluntaria (art. 10 LJV). Propuestas flexibilizadoras *de lege ferenda*.** **Principal problema: supuestos de total pasividad de las partes en la prueba del derecho extranjero.**	Determinación de oficio por el órgano jurisdiccional, auxiliado en su caso por peritos; posible colaboración de las partes.
Inconstitucionalidad del derecho extranjero	
Aplicación de la norma susceptible de inconstitucionalidad mientras no se haya declarado inconstitucional en el Estado de origen. **Aplicación de la norma extranjera**	Aplicación de la norma susceptible de inconstitucionalidad mientras no se haya declarado inconstitucional en el Estado de origen.

cuando es posible un control de constitucionalidad por los tribunales ordinarios: diversidad de opiniones.	
Requisitos del perito	
Tradicionalmente, opinión de dos jurisconsultos extranjeros, recientemente se admiten también dictámenes de jurisconsultos españoles.	Normalmente profesores alemanes, puesto que conocen el lenguaje jurídico y la *lex fori,* por lo que pueden eximinar el expediente judicial. Excepcionamente peritos extranjeros. Aplicación de las normas sobre abstención y recusación de jueces y testigos.
Revisión de la aplicación del derecho extranjero	
• **Recurso extraordinario por infracción procesal en caso de negativa del juez a recibir la prueba, frustración de la prueba o aplicación de oficio del derecho extranjero sin que lo hayan propuesto las partes; también por aplicación del derecho extranjero insuficientemente probado o en base a los propios conocimientos.** • **Recurso de casación: por aplicación errónea de la norma de conflicto; aplicación o interpretación errónea de las normas del derecho extranjero (SSTS de 4 de julio de 2006 y de 24 de julio de 2010). Posible ausencia de interés casacional en el último supuesto.**	El derecho extranjero no es susceptible de acceder a la *Revision*; El BGH controla exclusivamente el uso correcto de la discrecionalidad que concede al órgano jurisdiccional el § 293 ZPO para averiguar el contenido del derecho extranjero.
Soluciones residuales ante la indeterminación del contenido del derecho	

extranjero	
• **Aplicación de la *lex fori* en supuestos de indeterminabilidad (art. 33.3º LCJIMC).** • **Indeterminación por conducta pasiva de las partes: ausencia de consenso en la doctrina.**	• Aplicación de la *lex fori* en supuestos de indeterminabilidad (BGH). • Si la aplicación de la *lex fori* conduce a resultados indeseables: aplicación de un derecho "probablemente aplicable" o más estrechamente emparentado" con el derecho de contenido indeterminable (BGH).

Bibliografía

ALTHAMMER, Christoph, Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG, IPRax 2009, p. 381-389.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Aplicación judicial del derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa, Diario La Ley Nº 6287, Sección doctrina, 4 Jul. 2005.

BACH, Ivo/GRUBER, Urs Peter, Austria and Germany, en Esplugues Mota/Iglesias Buhigues/Palao Moreno (coords.), Application of Foreign Law, Sellier, Múnich, 2011.

DIAGO DIAGO, Mª Pilar, La prueba del derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2017, p. 533-560.

EICHEL, Florian, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung von § 545 Abs. 1 ZPO, IPRax 2009, p. 389-393.

FERNÁNDEZ ROZAS, Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, Derecho internacional privado, 9ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016.

FLESSNER, Axel, Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), p. 547-584.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., Derecho internacional privado, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2016.

HÜBNER, Rudolf, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, Möhr Siebeck, Tubinga, 2014.

HÜBNER, Rudolf/HESS, Burkhard, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 ZPO, NJW 2009, p. 3132-3135.

KRAUSE, Wolfram, Ausländisches Recht und deutscher Zivilprozess, Hartung-Gorre Verlag, Constanza, 1990.

KROPHOLLER, Jan, Internationales Privatrecht, 6ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga 2006.

MANKOWSKI, Peter, Privatgutachten über ausländisches Recht - Erstattungsfähigkeit der Kosten, MDR 2001, p. 194-199.

MÜLLER, Dierk (coord.), Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Mohr Siebeck, Tubinga, 1968.

MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang (coords.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 16ª ed., Vahlen, Múnich, 2019.

RAUSCHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tomos 1-2, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2016.

SAMTLEBEN, Jürgen, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW 1992, p. 3057-3062.

SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (coords.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tomo 11, 7ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2018.

SOMMERLAD/SCHREY, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, p. 1377-1383.

VORWERK, Volkert/WOLF Christian, (coords.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 2019.

HEIL, Ulf/DÜBBERS, Robert, Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung - Ein erster Schritt zur Begrenzung der Inländerdiskriminierung auf Grund der E-Commerce-Richtlinie im Wettbewerbsrecht, ZRP 2001, p. 207-213.