Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero y la carga de su prueba. La preocupante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024

The consequences of the lack of proof of foreign law and the burden of proof. The disturbing judgment of the Supreme Court of October 30, 2024

ALFONSO YBARRA BORES

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

(Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2024.006

Bitácora Millennium, Nº 20 (julio-diciembre 2024)

Zaragoza, diciembre 2024

Abstract

En el presente trabajo se aborda la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024 en relación a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero. La solución que introdujo el artículo 33.3 de la Ley 29/2015 por desgracia en la práctica no cambió mucho la postura de nuestros tribunales, basada en la clásica doctrina de aplicación sustitutoria del Derecho español. Por primera vez el Tribunal Supremo se pronuncia ahora sobre el fondo de esta cuestión. Sin embargo, la solución dada, siendo en principio acertada, creemos que no acierta en relación al resultado final sobre la cuestión de la carga de la prueba del Derecho extranjero.

This paper addresses the recent judgment of the Supreme Court of October 30, 2024, in relation to the consequences of the lack of proof of foreign law. The solution introduced by article 33.3 of Law 29/2015, unfortunately, in practice did not change much the position of our courts, based on the classic doctrine of the substitute application of Spanish Law. For the first time, the Supreme Court is now ruling on the merits of this issue. However, the solution given, being correct in principle, we believe is not correct regarding the final result on the issue of the burden of proof of foreign law.

Palabras clave: Prueba del Derecho extranjero, artículo 33.3 Ley 29/2015, falta de prueba del Derecho extranjero, carga de la prueba del Derecho extranjero

Key words: *Proof of foreign law, article 33.3 Law 29/2015, lack of proof of foreign law, burden of proof of foreign law*

Sumario

I. Introducción: las posibles soluciones ante la falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero

II. La solución del artículo 33.3 de la Ley 29/2015 ante la falta de prueba del Derecho extranjero

III. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior al artículo 33.3 de la Ley 29/2015

IV. La importancia de los antecedentes procesales previos a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024

V. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024 sobre las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero

1. La posición en torno a la falta de prueba del Derecho extranjero

2. Las posiciones de las partes en el proceso en relación al Derecho extranjero

3. El erróneo criterio del Tribunal Supremo en torno a la carga de la prueba del Derecho extranjero

VI. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción: las posibles soluciones ante la falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero

El artículo 33, apartado 3º, de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil estableció que, "con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español". En relación a este precepto debe señalarse que los supuestos en los cuales no se acredite el Derecho extranjero suelen derivar, por un lado, de casos que implican actitudes poco diligentes de las partes, en los que, de una manera torticera no se alega la aplicación del Derecho extranjero cuando éste es claramente aplicable; y, de otro, de aquellos supuestos en los que, aun invocándose el Derecho extranjero, la parte obligada no realiza una actividad probatoria mínimamente diligente. Estos dos supuestos, bien individualizados, bien separadamente, son aquellos que sin duda más frecuentemente acontecen en la práctica, como veremos que sucede en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024. Efectivamente, la parte demandada se limitó a invocar la aplicación del Derecho inglés, y no hizo por probarlo.

Pues bien, ante la falta de prueba del Derecho extranjero declarado aplicable por la correspondiente norma de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado, tradicionalmente se barajaron tres posibles soluciones[1]: a) bien la aplicación de oficio por parte del juez del Derecho extranjero, tesis que no resulta aceptable en nuestro sistema[2]; b) bien la aplicación sustitutiva del Derecho material español como *lex fori*, tratándose de una tesis clásica avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[3]; c) bien la tesis de la desestimación de la demanda, que quizás se trata de

Fecha de recepción del original: 16 de diciembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 23 de diciembre de 2024.

[1] Puede verse un detenido estudio en torno a las posibles soluciones que se han planteado ante la falta de prueba del Derecho extranjero en CARRASCOSA GONZÁLEZ J., "Falta de prueba del Derecho extranjero", *La Ley Digital*, 15139/2018, de 23 de enero de 2019, pp. 3-13.

[2] Ello en cuanto que no respeta el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 282 LEC, además de que tampoco cuenta con el apoyo favorable de la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 - ECLI:ES:TS:2005:3760-).

[3] No obstante, conviene señalar que también encontramos alguna sentencia del Tribunal Supremo en sentido contrario. Así, la sentencia de 18 de octubre de 2010, que en un supuesto de aplicación del Derecho argentino estableció que cuando la demanda o reconvención no va acompañada de la correspondiente prueba del Derecho extranjero procede su desestimación "por cuanto se trata de un hecho constitutivo" (ECLI:ES:TS:2010:5162).

la solución, al menos desde un punto de vista dogmático, más apropiada[4], y que fue defendida en su día por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo[5].

Lo cierto es que, tratándose de una cuestión que no encontraba regulación en el marco del artículo 281.2 LEC, y solamente eran colmadas sus soluciones a base de resoluciones del Tribunal Supremo, mayoritariamente favorables a la aplicación sustitutoria del Derecho español, no será hasta la llegada del artículo 33.3 en la Ley 29/2012, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil[6], cuando por fin contemos en nuestros sistema de Derecho internacional privado con una norma regule expresamente la materia.

II. La solución del artículo 33.3 de la Ley 29/2015 ante la falta de prueba del Derecho extranjero

Con la situación planteada en los términos expuestos, nos encontramos con el citado artículo 33.3 de la Ley 29/2015[7] y, aunque a nuestro entender su contenido no es todo lo claro que hubiera sido deseable, pues pudiera parecer en principio que nuestro legislador se decantó, aunque con matices, por la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho español, cuando ello no es así.

La norma resulta ambigua, y presenta además varias lagunas[8]. Así, no se prevé qué sucede en los casos en los que no haya sido probado el Derecho extranjero por las partes -por ejemplo, por falta de diligencia en la actividad probatoria- y el juez no

[4] En relación al ajuste constitucional de esta tesis consistente en la desestimación de la demanda en casos de ausencia de prueba del Derecho extranjero, *vid*. MASEDA RODRÍGUEZ J., "La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional", *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 430-444.

[5] Fue la tesis defendida entre los años 2001 y 2004 (STS de 22 de mayo de 2001, entre otras), hasta que la misma fue finalmente rechazada mediante sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7119), dictada en unificación de doctrina, en una a nuestro entender errónea resolución consecuencia de una sesgada lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

[6] *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

[7] El apartado tercero fue considerado por la doctrina más autorizada como el "plato fuerte" del artículo 33 de la Ley 29/2015, y realmente no les falta razón (DIAGO DIAGO P., "La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, p. 545).

[8] Efectivamente, son diversas las cuestiones que quedan fuera del ámbito del artículo 33.3: el objeto de la prueba, el momento procesal oportuno para la aportación del Derecho extranjero, los medios de prueba utilizables, las cuestiones relativas a la carga de la prueba, las consecuencias que se derivan de la falta de prueba cuando existió la posibilidad de llevarla a cabo o los supuestos de prueba parcial del Derecho extranjero (PALAO MORENO G., "Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero", en AAVV, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, p. 392).

estime que concurra la nota de excepcionalidad exigida, casos que continuarán huérfanos de regulación legal. En otras palabras, el artículo 33.3 parece que sólo ofrece soluciones para los supuestos en los que realmente resulte materialmente imposible para las partes la prueba del Derecho extranjero.

En tales casos, el artículo 33.3 de la Ley 29/2015 optó como solución por acudir directamente a la aplicación sustitutiva del Derecho español. Pero como se ha indicado, es una solución prevista sólo para supuestos que han de ser considerados como excepcionales, que entendemos que en la práctica deben acontecer en escasas ocasiones[9], no existiendo apenas casos en la jurisprudencia en los que la prueba del Derecho extranjero -incluso con la colaboración del tribunal- resulte materialmente imposible[10]. Por ello realmente el artículo 33.3 podría ser considerado en teoría como una norma carente de sentido desde un punto de vista de la práctica. Además, su propia redacción crea una evidente inseguridad jurídica: así, se prevé que en el caso excepcional de que no se pueda acreditar el Derecho extranjero "podrá" aplicarse el Derecho español; parece pues evidente que en tales casos el juez no está imposibilitado para adoptar otras soluciones, esto es, ni siquiera en tales casos calificados como excepcionales tendría el juez la obligación de aplicar el Derecho español.

De lo expuesto cabe concluir que la norma contenida en el artículo 33.3, a pesar de lo que pudiera resultar de una primera lectura, resulta de compleja aplicación. Es evidente que no es una norma que establezca en nuestro sistema abiertamente la solución de la aplicación de la *lex fori* para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero, sino que su aplicación va a quedar condicionada al cumplimiento de una serie de circunstancias, en particular, a la consideración por parte del órgano judicial del hecho de encontrarnos ante un supuesto considerado como excepcional.

[9] La propia Exposición de Motivos de la Ley 29/2015 viene a señalar, *sensu contrario,* que las situaciones "normales" deben ser aquellas en las que las partes consigan probar el Derecho extranjero (DIAGO DIAGO P., "La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *cit.*, p. 538). GARAU SOBRINO F. opina acertadamente que la aplicación del Derecho español debe ser entendida como un mecanismo 'excepcional', un último recurso ("Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre 2020, p. 23).

[10] En este sentido, 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 en relación a la prueba del Derecho extranjero, sino que dicha solución debería reservarse para supuestos de "total indeterminabilidad del contenido del Derecho extranjero" (MIQUEL SALA R., "Prueba pericial del Derecho extranjero ante los tribunales alemanes: una aproximación práctica", *Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 10, p. 3).

Pero en los supuestos de falta de prueba del Derecho extranjero por una situación de mera pasividad de la parte que debe acreditarlo (como acontece en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo que abordamos), la opción de aplicar automáticamente el Derecho español conllevaría a nuestro entender un flagrante incumplimiento del mandato imperativo del artículo 12.6 del Código Civil, por lo que creemos que, en tal caso, no se debería descartar como una posible solución la desestimación de la demanda[11]. En definitiva, la desestimación de la demanda en casos flagrantes como estos constituye una respuesta plenamente fundada y motivada, pues toda demanda cuyo fundamento jurídico sea irreal, inexistente o incorrecto, debe ser desestimada, debiendo el tribunal, eso sí, fundamentar o justificar debidamente dicha decisión desestimatoria de las pretensiones[12].

Desgraciadamente, hasta la fecha la labor de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre la aplicación del artículo 33.3 no ha sido lo clarificadora que cabría esperar, habiendo aportado más bien poco en aras a despejar las dudas que ya se desprendían de la literalidad del precepto. En general, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, los tribunales han continuado aplicando sustitutoriamente, y de una manera automática, el Derecho español siguiendo la tradicional doctrina decimonónica de nuestro Tribunal Supremo. Es decir, actuando en no pocas ocasiones como si ni siquiera existiera el artículo 33.3[13].

III. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior al artículo 33.3 de la Ley 29/2015

Desde la entrada en vigor la Ley 29/2015 contamos con varias sentencias del Tribunal Supremo que, directa o indirectamente han abordado la cuestión regulada en su artículo 33.3, si bien, hasta la sentencia objeto del presente comentario no

[11] El problema que pudiera plantearse es que el artículo 400 LEC podría impedir la interposición de una nueva demanda, pudiéndose ver afectado el principio general de tutela judicial efectiva (DIAGO DIAGO P., "La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *cit.*, pp. 551-552). Siendo el tema discutible, a nuestro entender dicho problema podría solventarse teniendo en cuenta que en este caso la demanda se desestimaría por falta de presupuesto, y, además, no se entraría a resolver en cuanto al fondo del asunto, al margen de que pudiera contemplarse la posibilidad de presentar una nueva demanda si la fundamentación fuese diferente (por ejemplo, planteándola de manera correcta en cuanto a la cuestión de la alegación y prueba del Derecho aplicable).

[12] CARRASCOSA GONZÁLEZ J., "Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: Ethos, Pathos y Logos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre 2021), Vol. 13, núm. 2, p. 687.

[13] Un profundo estudio sobre la jurisprudencia española posterior a la aplicación del artículo 33.3 puede verse en YBARRA BORES A., "La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en material civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2022), Vol. 14, núm. 1, pp. 541-556.

contamos con una resolución que contenga una completa interpretación de fondo sobre tal precepto.

La más destacable sentencia, por no decir la única, ha sido sin duda la sentencia de 3 de abril de 2018[14]. En dicha resolución se abordaron los posibles efectos ante la falta de prueba del Derecho colombiano a un supuesto de liquidación de un régimen económico matrimonial. En el caso no se discutió por las partes que *ex* artículo 9.2 CC, resultaba indudable la aplicación de la Ley colombiana a los efectos patrimoniales del matrimonio. Pero a pesar de ello, la sentencia entonces recurrida había aplicado el Derecho español porque se consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de un premio de lotería -aspecto clave del origen de dicho litigio-, no procedía la aplicación del artículo 1782 CC colombiano, que atribuye al donatario los bienes que adquiera por donación, sino que se entendió que procedía aplicar el Derecho español, que por el contrario atribuye carácter ganancial a los premios obtenidos en el juego.

Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que este razonamiento para acabar aplicando el Derecho español no era correcto. En efecto, las partes en el caso no habían discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del Derecho colombiano que cada una de ellas había alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del Derecho español. Y a ello habría que añadir que la aplicación que del Derecho extranjero debía hacer el tribunal español venía facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes podía llevarse a cabo[15], sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (en referencia a los arts. 281.2, 282 LEC y art. 33 LCJIMC).

Y por tal motivo el Tribunal Supremo realmente no se planteó un problema relativo a la prueba del Derecho extranjero, ni la oportunidad de que el tribunal supliese su prueba. Además, añadió el Tribunal que, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso conforme al Derecho extranjero no daba lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y, por el contrario, la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 LCJIMC debe hacerse solo con carácter

[14] ECLI: ES:TS:2018:1228. Un comentario puede verse en GONZÁLEZ GRANDA P., "Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)", *Diario La Ley*, 11 de diciembre de 2020, Especial La Ley Probática, núm. 2 (octubre-diciembre 2020), pp. 11-13.

[15] Refiere el propio Tribunal Supremo que se podría realizar mediante una simple consulta de la página Web oficial del Gobierno colombiano o de la página Web del Consejo General del Poder Judicial. Esta afirmación viene a validar la reciente tendencia apuntada a la consideración de las páginas Webs oficiales como válido medio de prueba del Derecho extranjero (F.D. 4, 1).

"excepcional", resultaba a todas luces incorrecta, pues ello sólo procedería cuando no hubiera podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Esta última afirmación, que es dictada *obiter dicta* -y en un recurso donde realmente, como hemos indicado, no se planteaba la cuestión de la prueba del Derecho extranjero-, viene sin duda a resultar la más relevante de la resolución del Tribunal Supremo, máxime teniendo en cuenta que el entrecomillado de la excepcionalidad es cosecha del propio Tribunal.

Y ello no significa otra cosa, sino que la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero, no debe ser la norma general, sino que realmente debe tratarse como algo excepcional, esto es, lo normal debería ser la aplicación del Derecho extranjero. Por lo tanto, se trata de una característica básica del artículo 33.3 resaltada, aunque sea a modo de *obiter dicta*, pero con relevante énfasis, por el propio Tribunal Supremo.

Pues bien, aparte de en esta sentencia de 3 de abril de 2018, que abordó tangencialmente la cuestión, no ha habido otro pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo posterior a la entrada en vigor de la Ley 29/2015 donde se haya abordado como cuestión de fondo las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero. Y esto no ha sucedido hasta la sentencia que motiva el presente trabajo, la sentencia de 30 de octubre de 2024, que consideramos de gran trascendencia por la doctrina que contiene sobre este aspecto, y sobre a cual vamos a detenernos a continuación.

IV. La importancia de los antecedentes procesales previos a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024 (recurso núm 5161/2022)[16], en lo que respecta a la materia objeto del presente comentario, ha versado precisamente sobre las consecuencias que derivan de falta de prueba del Derecho extranjero declarado aplicable, y ello con los siguientes elementos a tener en cuenta:

Un matrimonio británico, domiciliado en el Reino Unido, presentó demanda ante los tribunales españoles en la que solicitaba que, con fundamento en la Ley española, se declarasen nulos tres contratos de aprovechamiento por turnos firmados en 2013 y 2014 con la sucursal en España de una sociedad inglesa, más la restitución de las cantidades abonadas en virtud de los referidos contratos. La demanda fue íntegramente estimada por el Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Fuengirola y

[16] ECLI:ES:TS:2024:5263.

ratificada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, aplicándose en ambos caso la Ley española.

Tanto el Juzgado de instancia como la Audiencia Provincial estimaron la aplicación al caso de la Ley española como había acontecido ya en otros muchos supuestos idénticos. Como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial "no cabe duda de que los contratos objeto de esta litis están sometidos a la Ley 4/1012, pero no a la inglesa, sobre lo que esta Sala ha resuelto ya en diversas ocasiones, concluyendo que lo aplicable es la Ley española que regula la materia" (FD 1º, núm. 7)[17].

Es decir, quiere dejarse claro, por la trascendencia que tiene en la resolución final del asunto que, hasta la sentencia del Tribunal Supremo que ahora comentamos, había sido pacífica la aplicación del Derecho español en los muchos casos idénticos al ahora sometido a su consideración.

Y, en atención a ello, por considerarlo lo procedente, los demandantes invocaron de una manera motivada en la demanda, la aplicación de la Ley española. Por su parte, la sociedad demandada invocó desde un principio la aplicación del Derecho inglés en cuanto al fondo del caso y, sin embargo, no realizó actividad probatoria alguna que, en su caso, pudiera haber dado lugar a su posible aplicación por un tribunal español -en el caso de lo hubiese considerado aplicable-. Es decir, la parte que invocó la aplicación de un Derecho extranjero no realizó actividad probatoria alguna al respecto.

V. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024 sobre las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero

1. La posición en torno a la falta de prueba del Derecho extranjero

Así las cosas, llegamos a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024, en la cual, en principio, se resuelve el asunto relativo a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero (el Derecho inglés) con gran acierto para

[17] Se hace referencia, entre otras, a la sentencia de la mima Audiencia Provincial de Málaga -Sección 4ª-, de 28 de junio de 2019 (R.A. 626/2018), donde se establecía que "(…) conforme al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, es claro que no puede considerarse como un pacto de libre elección de la ley aplicable, según lo establecido en el art. 3.1 del mismo, puesto que se trata de una cláusula predispuesta en un condicionado general, cuya propia redacción literal indica que se trata de una imposición del predisponente y no de un acuerdo libremente pactado de sumisión a la ley inglesa (...), lo que excluiría la invocación a favor del propio predisponente y no de los consumidores de otros preceptos del referido Reglamento, como es el caso del art. 6.1, tendente a dar amparo a los contratos de consumo (…)".

los que desde hace años defendemos la posición en torno a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho, y ello conforme al artículo 33.3 de la Ley 29/2015.

Efectivamente, la sentencia en cuestión sienta un importante precedente en relación a los efectos que proceden ante la ausencia de una debida prueba del Derecho extranjero, esto es, incluida la posibilidad de la desestimación de la demanda ante la carencia de prueba del tal Derecho, descartándose en todo caso la aplicación automática y subsidiaria del Derecho español, algo que acontece a diario en la práctica de nuestros tribunales menores[18].

Sin embargo, hay un aspecto de la sentencia del Tribunal Supremo que, a nuestro entender no cabe deducirlo del artículo 33.3 de la Ley 29/2015 y del artículo 281.2 LEC, dando lugar a nuestro entender a una vulneración de la tutela judicial de los demandantes, a quienes el resultado final de la sentencia les va a generar una clara situación de indefensión.

2. Las posiciones de las partes en el proceso en relación al Derecho extranjero

Debe destacarse como hecho trascendental a los efectos de entender lo que exponemos que, como se ha resaltado en el relato fáctico, los demandantes nunca invocaron ni pretendieron la aplicación del Derecho inglés. Esto es, no nos encontramos ante el típico asunto en el que el demandante fundamenta su pretensión sagazmente en la aplicación de la Ley española con un fin fraudulento o torticero, y ello a fin de evitar la aplicación de la Ley extranjera que pudiera proceder, en este caso la inglesa. Al contrario, los demandantes sostuvieron en todo momento, de manera motivada y atendiendo a los muchos antecedentes habidos en asuntos idénticos, incluso con la misma sociedad demandada, la aplicación de la Ley española conforme a sólidos y pacíficos criterios jurídicos[19].

[18] A tal efecto establece el Tribunal Supremo que, a la vista del artículo 33.3 de la Ley 29/2015 "la aplicación subsidiaria del Derecho español procede, de manera excepcional, cuando no pueda probarse el Derecho extranjero aplicable" (F.D. 8º). El Tribunal Supremo también hace un recorrido sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en los casos en los que el Derecho extranjero no ha sido probado para justificar que la excepcionalidad contemplada en el reiterado artículo 33.3 no debe implicar una vulneración de la tutela judicial efectiva en casos donde se acuerde la desestimación motivada de la demanda.

[19] El carácter imperativo de la Ley 4/2012 —así como el de la anterior normativa Ley 42/1998—, y de conformidad con innumerables resoluciones de los Juzgados de primera Instancia y de Audiencias Provinciales (en particular de Málaga y Tenerife) desde el año 2015, resoluciones que habían venido declarando de una manera firme y continua la aplicación de la Ley española a este tipo de contratos de aprovechamiento por turnos suscritos por consumidores británicos que contratan con una sucursal en España de una sociedad inglesa. De hecho, en anteriores casos y con identidad de razón, el mismo Tribunal Supremo expresamente había descartado la aplicación de la Ley inglesa a favor de la

La indefensión que a nuestro parecer genera a los demandantes la sentencia que comentamos, estriba en que ellos sostuvieron motivadamente desde un inicio la aplicación de la Ley española. Sin embargo, no ha sido sino hasta la resolución del propio Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024 en donde, por primera vez, se ha declarado como algo novedoso la aplicación al caso del Derecho inglés, el invocado precisamente por la parte demandada.

3. El erróneo criterio del Tribunal Supremo en torno a la carga de la prueba del Derecho extranjero

En este escenario, y con independencia de que no compartamos la solución adoptada por el Tribunal Supremo para declarar aplicable el Derecho inglés -la cual por razón del objeto del presente comentario no entramos a valorar-, la situación de indefensión de los demandantes a la que nos referimos se debe a que la parte que ha venido sosteniendo sus pretensiones en el Derecho inglés desde la contestación a la demanda, no lo ha probado en momento alguno, y es que ni siquiera hizo por probarlo. Sin embargo, se atribuye a los demandantes la carga de su prueba, y ello además en un momento procesal en el que ya resultaba materialmente imposible.

Por lo tanto, es en principio plausible la solución del Tribunal Supremo sobre que, a tenor del artículo 33.3 de la Ley 29/2015, la falta de la prueba voluntaria del Derecho extranjero no debe conllevar la aplicación automática del Derecho español, y de que puede resultar procedente en tales casos la desestimación de la pretensión de quien se basa en un Derecho extranjero y no lo prueba. Sin embargo la proyección de esta solución en la resolución del presente caso es sorprendente por ser doblemente incongruente: por un lado, la pretensión desestimada es la basada en el Derecho español motivadamente defendida y con antecedentes jurídicos que la amparaban y, por otro, la pretensión que resulta vencedora es la basada en la aplicación del Derecho inglés, sin haberse realizado actividad probatoria alguna sobre el mismo por la parte obligada a ello, esto es, la parte demandada que lo invocaba.

La solución que mantiene el Tribunal Supremo en este caso supone premiar la carencia de esfuerzo de la parte a quién supuestamente beneficia la aplicación del Derecho extranjero y que no se esfuerza ni siquiera en probarlo, en perjuicio de la otra parte que basa motivadamente su pretensión en el Derecho español. De consolidarse esta doctrina entendemos que a partir de ahora esta regla causará indefensión a los demandantes que motivadamente invoquen la aplicación del Derecho español y, por el contrario, un beneficio inaceptable para los demandados indolentes en probar un Derecho extranjero en el cual basen sus pretensiones. Y ello

Ley española 42/1998 en contratos de la misma sociedad inglesa de similares características a los de autos, (v. gr. en la STS 706/2018, rec. 1674/2016, Sala 1ª -FJ 3º-).

en tanto que el demandado que decida no probar el Derecho extranjero cuya aplicación sostiene tendría el beneficio de que se desestimaría toda demanda en su contra, sin sufrir perjuicio alguno por su propia inactividad. Y por el contrario se impondría al demandante la carga de tener que probar un Derecho extranjero que sostiene de manera motivada que no es de aplicación, lo cual entendemos que es un auténtico sinsentido[20].

Por ello, entendemos que la respuesta dada por el Tribunal Supremo en este caso infringe de una manera evidente la regla de la carga de la prueba en los términos que se contienen en el artículo 217.3 LEC en relación al artículo 281.2 LEC, pues a tenor de dichas disposiciones incumbe al demandado que invoca un Derecho extranjero la carga de probar aquello que impida, extinga o enerve la eficacia jurídica de las pretensiones de la demanda, no encontrándose ello también a cargo del demandante. La doctrina en el ámbito del Derecho internacional privado que ha abordado esta cuestión es clara en el sentido de que lo procedente es que el Derecho extranjero debe ser probado por la parte a la que interesa la aplicación de ese Derecho extranjero, pudiendo ser bien la parte demandante o bien la demandada[21].

VI. Consecuencias

A la vista de lo expuesto, y de las circunstancias del caso abordado y la solución dada por el Tribunal Supremo, podemos extraer las siguientes conclusiones y consecuencias:

Primera.- Con arreglo al artículo 217.3 LEC, si fue el demandado quien invocó el Derecho inglés como ordenamiento aplicable, debería haber sido él quien hubiese tenido que probar su contenido y vigencia, y no el demandante que invocó con

[20] Si nos atenemos a lo resuelto por el Tribunal Supremo, esta regla a efectos prácticos va a trasladar a partir de ahora a todos los demandantes en asuntos de Derecho internacional privado el tener que basar sus pretensiones en todos los posibles Derechos extranjeros que pudiesen ser de aplicación, pues, todo demandado siempre podría alegar la aplicación de un Derecho extranjero sin tener la obligación de probarlo, sabiendo que en tal caso se desestimarán las pretensiones en su contra.

[21] Muy claros son al respecto CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., para quienes "la parte que puede probar el Derecho extranjero puede ser el demandante o el demandado (…). Por ello, y con arreglo al artículo 217.2 y 3 LEC, el demandante debe alegar y probar el Derecho extranjero si fundamenta en él su demanda, y el demandado debe alegar y probar el Derecho extranjero si basa en él su contestación a la demanda o su reconvención". Y, lo que es más relevante en relación al caso del Tribunal Supremo que tratamos, pues es exactamente lo que aconteció, "si el demandante litiga con arreglo al Derecho español y el demandado contesta a la demanda con fundamentos extraídos del Derecho extranjero que considera aplicable, entonces deberá el demandado probar el Derecho extranjero. Si el demandado, en este caso, no prueba el Derecho extranjero, deberá soportar las consecuencias negativas de su falta de prueba" (*Tratado de Derecho internacional privado. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 683-684).

fundamento la aplicación del Derecho español. Y si el demandado, en este caso, no ha probado, ni ha hecho el más mínimo esfuerzo por probar el Derecho inglés, debería ser él quien soportase las consecuencias negativas de su falta de prueba.

Segunda.- Obligar a probar el Derecho inglés a los demandantes, que no lo habían alegado ni, por lo tanto, probado, entendemos que es toda una incongruencia, y puede implicar de cara al futuro una injustificada situación de ventaja para el demandado indolente que alegue un Derecho extranjero y no lo pruebe.

Tercera.- Si realmente se considera que era aplicable el Derecho inglés y que éste debería haber sido probado por los demandantes, creemos que, en las circunstancias del caso, como mínimo se debería haber retornado al punto de origen en la instancia/apelación para así permitir que las partes alegasen y probasen el Derecho inglés conforme al que se debe decidir el fondo del asunto según el Tribunal Supremo, mediante una nueva resolución.

Cuarta.- Es posible que, conforme al Derecho inglés, los contratos de aprovechamiento por turno discutidos también hubieran resultado nulos[22], pero con la solución dada por el Tribunal Supremo, sin posibilidad de acreditar tal Derecho, sino simplemente desestimando las pretensiones de los demandantes, se otorga un premio inmerecido a la parte que ha alegado la aplicación de un Derecho extranjero y que no ha hecho por probarlo.

Quinta.- Si el Tribunal Supremo ha considerado aplicable el Derecho inglés, en un asunto donde hasta entonces se declaraba aplicable el español, debería haber anulado la sentencia de primera instancia, haber ordenado retrotraer las actuaciones y permitir que las partes alegasen y probasen el Derecho inglés conforme al que debía decidirse el fondo del asunto. De esta manera se daría la oportunidad de discutir a las partes sobre el Derecho inglés.

Sexta.- En otro caso entendemos que existirá una evidente vulneración de la tutela judicial efectiva por indefensión, dado que a los demandantes no se les ha dado la oportunidad de ser oídos, esto es, de alegar y debatir sobre el Derecho sustantivo que se ha considerado debería haber sido el aplicado al caso[23]. Y ello resulta más

[22] Resulta al menos curioso que a los notarios y registradores la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública les insista en la necesidad de conocer ordenamientos cercanos a los nuestros (por todas, resoluciones de la entonces DGRN de 15 de febrero de 2016, 26 de julio de 2016 y 28 de julio de 2016) y sin embargo los magistrados del Tribunal Supremo, con los medios que tienen a su alcancen, no puedan tener conocimiento del Derecho inglés en un asunto que se aplican normas que derivaron en su día de la trasposición de directivas comunitarias (*vid*. nota 15).

[23] Y no debemos dejar de apuntar la situación que se pudiera plantear si se entendiese que el artículo 400.2 LEC pudiera impedir la interposición de una nueva demanda, lo que evidenciaría más si cabe

preocupante cuando la parte que debería haberlo probado, la demandada, no lo hizo y, sin embargo, su actividad omisiva resulta premiada. Sin duda es un precedente peligroso de cara al futuro, que esperemos sea revisado.

Bibliografía

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Tratado de Derecho internacional privado*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

CARRASCOSA GONZÁLEZ J., "Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: Ethos, Pathos y Logos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre 2021), Vol. 13, núm. 2

CARRASCOSA GONZÁLEZ J., "Falta de prueba del Derecho extranjero", *La Ley Digital*, 15139/2018, de 23 de enero de 2019, pp. 3-13

DIAGO DIAGO P., "La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *AEDIPr*, t. XVII, 2017

GARAU SOBRINO F. "Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre 2020

GONZÁLEZ GRANDA P., "Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)", *Diario La Ley*, 11 de diciembre de 2020, Especial La Ley Probática, núm. 2 (octubre-diciembre 2020)

MASEDA RODRÍGUEZ J., "La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional", *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 430-444

una vulneración de la tutela judicial efectiva (DIAGO DIAGO P., "La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *cit.*, pp. 551-552). Al respecto CARRASCOSA GONZÁLEZ J. califica la cuestión de dudosa, pues el artículo 400 LEC lo que realmente prohíbe es el llamado "goteo de procesos", lo cual no sería el caso ("Falta de prueba del Derecho extranjero", *cit.*, p. 7).

MIQUEL SALA R., "Prueba pericial del Derecho extranjero ante los tribunales alemanes: una aproximación práctica", *Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 10

PALAO MORENO G., "Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero", en AAVV, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017

YBARRA BORES A., "La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en material civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2022), Vol. 14, núm. 1, pp. 541-556