

**PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO
Y CONSECUENCIAS DE SU FALTA DE PRUEBA:
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL
DE 30 DE OCTUBRE DE 2024**

*PROOF OF FOREIGN LAW AND CONSEQUENCES
FOLLOWING THE ABSENCE OF PROOF: THE RULING
OF THE SPANISH SUPREME COURT OF 30 OCTOBER 2024*

NOTA INTRODUCTORIA
INTRODUCTORY NOTE

Miguel GARDENES SANTIAGO*

Queda fuera de toda duda que la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo el 30 de octubre de 2024, bajo la ponencia de la Magistrada Parra Lucán, constituye una aportación de gran trascendencia sobre el régimen legal de la prueba del Derecho extranjero y las consecuencias de su falta de prueba. Partiendo de las bases normativas, de la jurisprudencia constitucional y de la interpretación judicial existente hasta ahora, lleva a cabo un balance y revisión de la doctrina jurisprudencial que conduce a un importante cambio: la carga de probar el Derecho extranjero aplicable al caso según la norma de conflicto de leyes corresponderá en primer término, ya no a la parte a quien interese su aplicación —como tradicionalmente venía entendiéndose—, sino al demandante, por su deber de construir correctamente la fundamentación jurídica de su pretensión. Semejante doctrina ha sido objeto de aprobación por algunos autores, y al mismo tiempo criticada por otros. Buena prueba de ello son las dos contribuciones a este foro, ambas de gran interés, pero realmente contrapuestas en su valoración de la sentencia.

El juicio positivo de la resolución objeto de análisis se aprecia claramente en la contribución del profesor Carrascosa González. A su juicio, el Tribunal Supremo pone orden en una cuestión sobre la que la jurisprudencia se habría mostrado fluctuante, y su resolución permitiría devolver a la norma de conflicto de leyes su carácter imperativo y la función reguladora que le corres-

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista y coordinador de la Sección “Foro” del área de Derecho Internacional Privado (miquel.gardenes@uab.cat – <https://orcid.org/0000-0002-3949-8745>).

ponde. Ante la falta de prueba del Derecho extranjero por las partes, no cabría aplicar sin más el Derecho español. Es decir, uno de los aspectos que el profesor Carrascosa considera particularmente digno de elogio es que el Tribunal Supremo “pone en su sitio” al artículo 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, por cuanto subrayaría el carácter verdaderamente excepcional de la aplicación subsidiaria del Derecho material español cuando no resulte posible la prueba del Derecho extranjero. De las premisas anteriores se deduciría el tercer elemento que el trabajo aquí presentado destaca, que es que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero por parte del demandante debe ser la desestimación de la demanda, dado que si el actor la hubiera fundamentado en el Derecho material español cuando el Derecho aplicable al caso fuera un Derecho extranjero, entonces tal demanda adolecería de una fundamentación jurídica incorrecta. Por todo ello, estima que la resolución del TS es perfectamente acertada y conforme con las exigencias del derecho a la debida tutela judicial. Adicionalmente, destaca que la doctrina sentada por la sentencia de 2024 debe acompañarse con la que el mismo Tribunal proclamó en la sentencia de 3 de abril de 2018, que destacaría por recordar a los jueces españoles la posibilidad que tienen de conocer y aplicar el Derecho extranjero, al menos en algunos casos, a partir de la información fácilmente extraíble de determinadas *webs* oficiales.

La valoración del profesor Rodríguez Benot es completamente distinta. Sus críticas a la sentencia objeto de análisis son de distinto tipo: en primer lugar, entiende que el TS hubiera tenido que aplicar la solución especial, en cuanto a la aplicación del Derecho extranjero, que deriva del artículo 67.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en vez de la norma general del precitado artículo 33.3 de la LCJIMC. Es más, contrariamente a lo que afirma la sentencia, niega que el primero de los artículos citados pueda interpretarse de la misma manera que el segundo. También es objeto de crítica la nueva regla de carga de la prueba que se desprende de la sentencia: ya no corresponderá, como tradicionalmente se interpretaba, a la parte interesada en la aplicación del Derecho extranjero, sino primordialmente al demandante. El aspecto más criticable de la nueva regla sería, a su juicio, que permite que el demandado pueda oponerse a la pretensión del actor simplemente alegando que el Derecho del foro invocado por este último no es el aplicable al caso, sin tener que probar el contenido del Derecho extranjero que el demandado entendiera aplicable. Aparte de las anteriores, plantea otro tipo de críticas, ya no basadas en la nueva doctrina que dicta el TS, sino en la solución al caso concreto, habida cuenta de que se trataba de un supuesto limítrofe entre la anterior y la nueva regla de carga de la prueba, y de que cuando se suscitó el litigio aún no se habían dictado las sentencias del TJUE de 1 de septiembre de 2023. En su opinión, el demandante habría basado “fundadamente” su pretensión sobre la base del Derecho español, que razonablemente habría podido creer aplicable a la luz del *statu quo* jurisprudencial existente en el momento en que interpuso la demanda, y luego cuan-

do en el transcurso del *iter* judicial del caso se declaró aplicable el Derecho inglés, no se proporcionó al actor la posibilidad de aportar prueba sobre el mismo. Ciertamente, lo que esta atinada observación revela es una falta de adaptación de nuestras normas procesales civiles a las peculiaridades probatorias que plantea el Derecho extranjero (y que, una vez más, lo distinguen de los “hechos”), por lo que sería aconsejable una reforma que, en casos de este tipo, permitiera la prueba del Derecho extranjero en segunda instancia o en casación, aun cuando no hubiera sido objeto de alegación en primera instancia (en este sentido, R. Arenas García, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero, *AEDIPr*, tomo XXIV, 2024, pp. 347-348). Así las cosas, el profesor Rodríguez Benot se plantea si, en atención al mencionado carácter “limítrofe” del caso comentado, no hubiera sido oportuno que el TS se hubiera abstenido de asumir la instancia y en vez de ello hubiera ordenado retrotraer las actuaciones hasta el inicio del procedimiento, para dar a las partes la ocasión de alegar y probar el Derecho inglés aplicable, aunque esta solución tampoco estaría exenta de posibles objeciones, como él mismo indica.

En conclusión, las excelentes contribuciones aquí presentadas abordan muy oportunamente distintos problemas teóricos y prácticos que inciden en la prueba y aplicación del Derecho extranjero. Son problemas que no son nuevos, y la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad jurídica y la aplicación de oficio de la norma de conflicto, por un lado, y, por otro, las exigencias de la tutela judicial —en los distintos y variados casos que puedan presentarse— resulta una tarea difícil. A mi modo de ver, el nudo gordiano estaría en la interpretación, más o menos extensa, de la “excepcionalidad” a la que alude el artículo 33.3 LCJIMC. A este respecto, cabe destacar que, en su fundamento jurídico octavo y tras reprochar al demandante que no hubiera probado que, conforme al Derecho inglés aplicable, los contratos litigiosos fueran nulos, añade “ni ha hecho mención a la imposibilidad de prueba de tal derecho”. En mi opinión, esta salvedad que introduce la sentencia es muy relevante, por cuanto proporciona a su nueva doctrina sobre carga de la prueba un elemento de flexibilidad que, a mi juicio, es del todo necesario, y que debiera permitir tener en cuenta aquellos supuestos —que pueden ser de diverso tipo— en que la prueba del Derecho extranjero no sea posible o bien resulte en una carga absolutamente desproporcionada en atención a las circunstancias del caso concreto. Ahora bien, y a este respecto no creo que la doctrina del TS merezca crítica, en tales supuestos excepcionales lo mínimo que debiera exigirse es que el litigante afectado por las circunstancias que justificaran dicha excepcionalidad deba alegarlas y acreditarlas. Intuyo que esta “válvula de seguridad” que el TS incorpora a su sentencia pueda ser un elemento muy relevante si en algún momento se llega a poner en duda la compatibilidad de la doctrina establecida por la sentencia aquí tratada con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. A este respecto, cabe añadir que, tal como nos indica el profesor Rodríguez Benot, en su momento

los demandantes en la instancia plantearon un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que, de haberse admitido, hubiera permitido contrastar la doctrina del TS con el mentado derecho a la tutela judicial. Sin embargo, al menos de momento, esto no ocurrirá, dado que en septiembre de 2025 el Tribunal Constitucional ha rechazado la admisión a trámite de dicho recurso.