

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Derecho extranjero y recurso de casación (STS, Sala Primera, de 4 de julio de 2006): el Tribunal Supremo cruza el Rubicón

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia (España)

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO

La STS de 4 de julio de 2006 es una sentencia histórica. En ella, la Sala Primera del TS (Ponente: Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) abordó un caso relativo a un «contrato de agencia marítima» firmado en Alemania en abril de 1987 entre una empresa sometida al Derecho de la República Democrática Alemana (DDR), y que posteriormente se reconvirtió al Derecho de la Alemania unificada en 1990, y una empresa española. La cláusula 14 de dicho contrato, celebrado por tiempo indefinido, afirmaba con meridiana claridad que las partes elegían, como Derecho aplicable a dicho contrato, el Derecho alemán por elección expresa de las partes (= «*The proper law applicable is that of the German Democratic Republic*»). La compañía alemana consideró que la empresa española había incurrido en incumplimiento de contrato y le reclamó sustanciosas cantidades ante los tribunales españoles. La empresa española formuló reconvencción, pues sostuvo que la compañía alemana había incurrido en ciertos incumplimientos parciales y solicitó una indemnización por los daños y perjuicios. La sentencia dictada en primera instancia y también la dictada en apelación estimaron la reconvencción y condenaron a la compañía alemana. Ésta recurrió en casación ante el TS. Varias son las cuestiones jurídicas que suscita esta histórica sentencia. Las más relevantes, que serán aquí sucintamente comentadas, son las que conciernen a los aspectos de Derecho internacional privado (DIPr.) y en particular, las que afectan a la

posibilidad de recurrir en casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero regulador del fondo del litigio (para España, *vid.* A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 267-315; en general, *vid.* el completo panorama que ofrece M. Jänterä-Jareborg, «Foreign law in national courts: a comparative perspective», *RCADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385).

II. EL ART. 10.5 CC Y LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

El contrato de agencia marítima que vinculaba a las partes se firmó en 1987. En tal fecha, la norma de conflicto que resultaba aplicable para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales, era el artículo 10.5 CC. Pues bien, dicho precepto indica que la Ley aplicable a los contratos internacionales será, en primer lugar, «*la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate*». En el presente supuesto, ninguna duda surge: la aplicación al contrato de la Ley de la DDR fue acordada por las partes de modo expreso (= cláusula 14 del contrato: «*The proper law applicable is that of the German Democratic Republic*»). Dicha elección cumplía con las exigencias recogidas en el art. 10.5 CC para surtir plenos efectos jurídicos: *a)* La Ley elegida era la Ley «de un Estado», ya que en el momento de la elección, la DDR era un Estado con un ordenamiento jurídico propio (= *Deutsche Demokratische Republik*); *b)* La elección se había realizado de forma «expresa», pues constaba en el texto del mismo contrato; *c)* La Ley elegida presentaba una evidente vinculación con el negocio en cuestión, ya que una de las empresas contratantes ostentaba la nacionalidad de dicho país y, además, el contrato se había firmado en la ciudad de Rostock, próspera población báltica que perteneció al territorio de la DDR. En consecuencia, el TS declara, y las partes así lo asumen, que con arreglo al artículo 10.5 CC, el contrato se regía exclusivamente por el Derecho de la DDR.

III. SUCESIÓN DE ESTADOS, UNIFICACIÓN ALEMANA Y CONFLICTO DE LEYES

El contrato que vinculaba a las partes se prolongó durante un arco temporal muy amplio. Por ello, el contrato estaba en pleno vigor cuando, el 3 de octubre de 1990, la DDR dejó de existir en virtud del llamado «Tratado de Unificación» (*Einigungsvertrag*). Este Tratado consagró la reunificación alemana (*Deutsche Wiedervereinigung*) tras largos años de división de este país como consecuencia de la división de Alemania que tuvo lugar tras la derrota del Tercer Reich en la Segunda Guerra Mundial el 8 de mayo de 1945. En suma: la DDR dejó de existir el 3 de octubre de 1990, y, sin embargo, el artículo 10.5 CC indicaba que dicho contrato estaba sometido al Derecho de la DDR, ya que a tal Derecho se habían sometido libremente las partes en el contrato. Un Ordenamiento Jurídico que tras esa fecha, ya no existía.

El TS indica que «*teniendo en cuenta, sin embargo, que al desaparecer la DDR, es el derecho de la República Federal de Alemania el que debe ser aplicado*». El problema presenta implicaciones mucho más complejas de lo que parece, pues se trata de determinar la Ley aplicable al contrato en el caso

de que las partes hayan elegido la Ley de un Estado que «ha dejado de existir». Para resolver la cuestión, es preciso tener presentes varios datos previos.

1.º La reunificación alemana es un caso muy complejo de «sucesión de Estados». No se trata de una auténtica «unificación de Estados», ni de una «separación de parte de un Estado», ni de una «sucesión parcial de Estados», ni tampoco de una «disolución de Estados». Tampoco nació un «nuevo sujeto de Derecho Internacional». Y tampoco se trató de un «resurgimiento» de la vieja Alemania anterior a 1945, ya que la RFA firmó diversos Tratados internacionales con Polonia y la URSS en cuya virtud las fronteras permanentes de la Alemania reunificada quedaban fijadas en la línea Oder-Neisse. Por tanto, el territorio de la RFA al que ahora se adherían los *Länder* de la ex-DDR, no se correspondía de ningún modo con el territorio de la Alemania anterior a 1945. Territorios que antes de 1945 eran alemanes, como Prusia Oriental, Silesia, Pomerania Oriental, Danzig y sobre todo, la Prusia Oriental, etc., no volvieron a Alemania en 1990 y siguen perteneciendo hoy día a Polonia, Rusia y otros Estados (Tratado entre Alemania y Polonia de 14 de noviembre de 1990 por el que se definen las fronteras permanentes de Alemania en la línea Oder-Neisse).

2.º La reunificación alemana se trató, en realidad, de una «unificación atípica de Estados». En efecto, no «desaparecieron» los dos Estados implicados, sino sólo uno (= la DDR), y los cinco *Bundesländer* que habían sido instaurados en la DDR (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia), optaron por «integrarse» en la RFA a través de un procedimiento previsto en la Constitución de la RFA. Ello evitó tener que elaborar una nueva Constitución para la Alemania reunificada.

3.º Existen ciertos instrumentos legales de Derecho Internacional Público que regulan los efectos jurídicos de la Sucesión de Estados en los aspectos de Derecho Público, diplomático, archivos, etc. (*vid.* Convenio de Viena sobre la sucesión en materia de tratados de 23 agosto de 1978 y Convenio de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 8 de abril de 1983). Ninguno de estos instrumentos legales está en vigor para España y ninguno de ellos se ocupa del problema específico que se suscita cuando la norma de conflicto remite la regulación de una cuestión jurídica en favor de la Ley de un Estado «que ha dejado de existir». Por tanto, *Habemus Lacunam Legis*. Y ante la laguna, varias soluciones son posibles.

a) Primera solución. Consiste en aplicar el Derecho de la DDR aunque se tratara del Derecho de un país ya inexistente desde el 3 octubre 1990. A favor de esta opción está la salvaguarda de la voluntad de las partes (= que eligieron el «Derecho de la DDR» para regular su contrato). Debe también admitirse que se trata de una solución que fue mantenida en el primer tercio del siglo xx para abordar el problema, relativamente similar a la presente cuestión, de la aplicación en los Estados occidentales del Derecho de la URSS cuando la Rusia zarista dejó de existir como tal (= problema de la posible aplicación de Leyes de «Estados no reconocidos»). En efecto, los Estados Occidentales no reconocían la existencia del nuevo Estado soviético y de sus satélites (M. Ferid, *Internationales Privatrecht*, 3.ª ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 160). Y ello contagió las cuestiones de DIPr. En un primer momento, los tribunales de Inglaterra, Francia, Egipto y Bélgica se negaron a aplicar estas Leyes de un Estado no reconocido oficialmente y aplicaron el Derecho zarista (P. Lepaulle, *Le droit international privé. Ses bases, ses nor-*

mes et ses méthodes, Paris, 1948, pp. 196-197; J. Maury, «Règles générales des conflits de lois», *RCADI*, 1936, vol. 57, pp. 397-400; G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 83-85; A. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, pp. 98-100; F. Reu, *Anwendung fremden Rechts. Eine Einführung*, Berlin, 1938, p. 27). Con ello, tales tribunales occidentales perseguían dos fines. En primer lugar, reafirmar el «no reconocimiento» del nuevo Estado por parte de los Estados occidentales. En segundo lugar, beneficiar a los sujetos que habían tenido que huir del nuevo Estado. Pero la solución es negativa y no se sostiene. Rompe la «armonía internacional de soluciones» y aplica un «Derecho inexistente» y no en vigor. En tal sentido, en España, puede verse el Auto JPI Madrid, 7 de febrero de 1951. Por otra parte, esta solución, conocida como la «petrificación» del Derecho del Estado inexistente (*Versteinerung*) fue abandonada progresiva pero definitivamente por la jurisprudencia comparada. Efectivamente, en un segundo momento, los tribunales de los países occidentales comenzaron a aplicar las Leyes de la Unión Soviética y otros países socialistas. Utilizaron este argumento: tales Leyes, de hecho, se aplicaban en tales países, y no debía influir en ello el hecho de que dichos Estados o Gobiernos hubieran sido oficialmente reconocidos por los países occidentales, pues se trata de un mero «hecho político» y no «jurídico». Esta postura es correcta: el «no reconocimiento» de un Estado o Gobierno extranjero produce de efectos en el área, exclusivamente, del Derecho Internacional Público (J. Verhoeven, «Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation», *RCADI*, vol.192, 1985, pp. 13 ss.; W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin-New York, 1981, pp. 284-287). En efecto, el reconocimiento de un Gobierno y/o de un Estado es un «acto político», y no un «acto jurídico». Por ello, la Ley extranjera reclamada por la norma de conflicto española será aplicable aunque se trate de la Ley de un Estado o Gobierno no reconocido por España, siempre que la Ley extranjera se aplique, de hecho, en el país extranjero de que se trate (C. Engel, «Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das IPR», *Festschrift Rothoeft*, 1994, pp. 87-96). Es el conocido como *Criterion of Effectiveness*, que ha seguido el TS español (STS de 30 de enero de 1960) y también la jurisprudencia de otros países (J. D. González Campos, «Nota a STS de (S3) 30 de junio de 1965», *REDI*, 1967, pp. 489-495; E. Pecourt García, «Nota a STS de 30 enero 1960», *REDI*, 1965, vol. XVI, pp. 609-611).

b) Segunda solución. Consiste en estimar que la cláusula de elección de Ley había devenido inválida. Pero esta solución traiciona la voluntad de las partes, que pudiendo haber derogado tal cláusula del contrato, en ningún momento lo hicieron.

c) Tercera solución. Consiste en aplicar el Derecho del Estado que ha sustituido al antiguo Estado ya desaparecido. Ello conduciría a aplicar el Derecho de la RFA y no el de la DDR. Esta solución es la más correcta. Varios argumentos lo demuestran. Primer argumento: Se trata de una solución construida sobre el «principio de efectividad» (*Criterion of Effectiveness*). Es decir, no se deben aplicar en España las normas, ya no en vigor, de un Estado inexistente, sino las normas jurídicas del Estado hoy existente y que se aplican, *de facto*, en dicho país. Tal criterio refuerza la voluntad de las partes. Así es, porque puede afirmarse que los contratantes presumieron que, tras la desaparición de la DDR como Estado, el Derecho de la RFA se aplicaba en lugar del Derecho de la DDR, pues el Derecho de la RFA es el Derecho de un país

existente que había ocupado el lugar de la DDR. Segundo argumento: El artículo 10.5 CC arranca del presupuesto de que la Ley que debe regir un contrato debe ser la «Ley de un Estado» y la DDR ya no es un «Estado» a partir del 3 de octubre de 1990. A partir de esa fecha, tal Derecho ya no puede regir un contrato internacional. Tercer argumento: Las partes no habrían elegido el Derecho de la DDR para regular su contrato si la DDR hubiera sido un Estado «inexistente» en el momento de celebrarse el contrato. En tal caso, dicha elección habría sido inválida en el marco del artículo 10.5 CC. Por ello, empecinarse en la aplicación de tal normativa no tiene sentido alguno. Cuarto argumento: Las partes han asumido, de modo tácito, que el Derecho por ellas designado en el contrato para regirlo, pasaba a ser el Derecho de la RFA, dado que está probado que, en este caso, la empresa alemana contratante cambió sus estatutos sociales para adaptarse a la legislación de la RFA. En el contexto del artículo 10.5 CC, las partes disponen del derecho subjetivo a «cambiar la elección del Derecho aplicable» designado en su contrato y si no lo hicieron fue porque consideraron que la referencia al Derecho de la DDR debía entenderse hecha en favor del Derecho de la RFA una vez que la DDR dejó de existir como Estado. Quinto argumento: En todo caso, ambas partes aceptaron durante el proceso judicial seguido en España, que el Derecho de la RFA era el Derecho aplicable al contrato, lo que conduce a que, en sintonía con el artículo 10.5 CC, deba considerarse que el Derecho elegido por las partes era, a efectos del proceso que se seguía en España, el Derecho de la RFA.

IV. ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO AL PROCESO SEGUIDO EN ESPAÑA

Fijado por el TS que, con arreglo al artículo 10.5 CC y a la cláusula 14 del contrato que vinculaba a las partes, el Derecho de la RFA era el Ordenamiento Jurídico rector del contrato de «agencia marítima», afronta inmediatamente el TS un problema clásico de los conflictos de Leyes: la «alegación del Derecho extranjero». Pues bien, «alegar» significa «aportar al proceso». En el proceso declarativo y en el juicio ordinario civil, los «hechos procesales» deben alegarse al proceso. Lo dice el art. 399 LEC. Si las partes no alegan determinados hechos, el tribunal no los considera ni los puede considerar a la hora de decidir el resultado del litigio. El «hecho» que no «está en el proceso», no existe para el juez en su «mundo procesal» y son irrelevantes para el desarrollo del proceso y para la solución del litigio (*quod non est in actis non est in mundo*). Llegados a este punto es preciso viajar en el tiempo y dejar clara cuál era la posición tradicional del TS en la materia y cuál es la postura ahora adoptada por el TS en esta STS de 4 de julio de 2006.

1.º La posición tradicional del TS en la materia era muy clara. Desde el siglo XIX hasta fechas muy recientes, el TS sostuvo lo siguiente en relación con la alegación del Derecho extranjero:

- a) El Derecho extranjero debe ser alegado siempre por las partes interesadas;
- b) La falta de alegación del Derecho extranjero por las partes conduce necesariamente a la «no aplicación» del Derecho extranjero al supuesto;

- c) El momento procesal oportuno para la alegación del Derecho extranjero es la primera instancia y no la apelación ni la casación;
- d) El Derecho extranjero debe alegarse en las fases del proceso aptas para la aportación al proceso de «elementos de hecho»: hoy, en la demanda y contestación a la demanda.

Esta línea jurisprudencial del TS es una consecuencia de la ecuación «Derecho extranjero = hecho procesal», tan querida por el TS durante más de cien años. Para comprender a predilección del TS por esta tesis, resulta necesario sumergirse en un *flashback* en el tiempo y remontarse a los primeros años de actuación del TS en relación con el DIPr. y con la aplicación del Derecho extranjero. Antes de la promulgación del Código Civil de 1889, ya la Sala Primera del TS español había elaborado unas reglas sobre la aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Pues bien, dichas reglas están basadas en la Ley XV, Título XIV de la Partida III del Rey Alfonso X el Sabio, que luego recogió la Novísima Recopilación de 1805 (Ley I, Título XIV, Libro XI), como ha puesto de relieve el muy profundo y documentado estudio de P. P. Miralles Sangro (*Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 33). En el citado texto de las Partidas se afirma que, en los litigios que debían decidirse con arreglo a un Derecho extranjero, las partes debían alegar y probar tal Derecho extranjero (*[los jueces] bien pueden recibir la prueba, o la ley o el fuero de aquella tierra que alegaron antel e déjese por ella averiguar e delibrar el pleyto*). Se trata, pues, de reglas de origen medieval en las que el TS se apoyó en su primera sentencia relativa a la aplicación del Derecho extranjero en España: la STS de 21 de junio de 1864, *caso del Duque de Cadaval*. Estas reglas arrancan, en todo caso, de la antes mencionada ecuación «Derecho extranjero = hecho procesal». Es decir, el Derecho extranjero no puede tratarse procesalmente, en España, como «Derecho», sino como un mero «hecho procesal». Tratar al Derecho extranjero como «Derecho» supondría un atentado contra la Soberanía española, ya que llevaría a aceptar en España, sin más, «mandatos de Soberanos extranjeros». Por ello, para el TS, el Derecho extranjero se comportaba como un «hecho procesal» en los litigios seguidos ante tribunales españoles. Como tal, el Derecho extranjero debe alegarse y probarse siempre a instancia de parte. Un ligero repaso por algunas sentencias del TS así lo demuestra: STS de 21 de junio de 1864 (*«la infracción de leyes extranjeras, que en nada afecta a la integridad de nuestro derecho ni á la uniformidad de nuestra jurisprudencia, por mas que dichas leyes puedan ser alegadas como medio de prueba ante los Tribunales españoles...»*); STS de 13 de enero de 1885 (*«la existencia de tales ó cuales leyes extranjeras es una cuestión de hecho sometida á prueba»*), STS de 20 de marzo de 1877, STS de 26 de mayo de 1887 (*«considerando que la personalidad de los demandantes para entablar y sostener este litigio en la representación que ostentan está demostrada con arreglo á la legislación inglesa, siendo ésta una cuestión de hecho, según lo ha declarado también este Tribunal Supremo...»*); STS de 7 de noviembre de 1896 (*«considerando que, según jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal, invocada en el motivo undécimo del recurso, para que una ley extranjera sea aplicable en España, es preciso que en el caso concreto de que se trate se haya practicado prueba sobre ella y pueda ser estimada como un hecho...»*); STS de 19 de noviembre de 1904 (*«no cabe alegar supuestas infracciones de la misma ley francesa, por no hallarse atribuida á este Supremo la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, que es forzoso aceptar como cuestiones de hecho...»*); STS de 1 de febrero de

1934 («*declarado como ha sido, repetidamente, por este Supremo Tribunal, ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras invocadas por los litigantes del país en que fueron dictadas*»); STS de 9 de enero de 1936, STS de 17 de julio de 1937, STS de 29 de septiembre de 1956, STS de 16 de diciembre de 1960, STS de 30 de junio de 1962, STS de 6 de junio de 1969, STS de 5 de noviembre de 1971 («*la alegación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado...*»); STS de 6 de abril de 1979 («*dado que el Derecho extranjero es una cuestión de hecho...*»); STS de 4 de octubre de 1982 («*la cuestión relativa al derecho extranjero, y concretamente a su vigencia, es cuestión de hecho, y como tal precisa acreditación por la parte que lo alegue...*»); STS de 11 de mayo de 1989 («*como reiteradamente ha declarado esta Sala, la aplicación del derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque (en este caso la parte actora), siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles...*»); STS de 7 de septiembre de 1990 («*sólo cabe añadir la consolidada doctrina de esta Sala, en el sentido de entender, que la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca...*»); STS de 16 de julio de 1991 («*la doctrina de esta Sala, referente a la aplicación del Derecho Extranjero; legislación considerada como cuestión de hecho, y como tal alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales Españoles...*»); STS de 15 de noviembre de 1996 («*el derecho extranjero es cuestión de hecho que ha de alegarse y probarse, de suerte que su aplicación no suscite dudas...*»); STS de 15 de enero de 1999 («*la línea jurisprudencial mantenida en esta materia se refiere a que la utilización del derecho extranjero supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles...*»); STS de 13 de diciembre de 2000 («*así, las sentencias de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997 consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca*»).

Ergo, si las partes no alegaban el Derecho extranjero, éste se evaporaba y desaparecía del proceso judicial seguido en España como si nunca hubiera existido. La remisión que la norma de conflicto española hacía en favor de la aplicación del Derecho extranjero quedaba en nada si las partes no «alegan» el Derecho extranjero y decidían, por el contrario, litigar con arreglo al Derecho sustantivo español.

2.º La actual doctrina del TS sobre la cuestión de la alegación del Derecho extranjero es radicalmente distinta. Supone un giro copernicano respecto de la tesis tradicional. La nueva línea seguida por el TS tesis arranca del art. 399 LEC y del artículo 12.6 CC. El artículo 399 LEC no obliga a las partes a «alegar» o aportar al proceso, las «normas jurídicas aplicables» para resolver el litigio, sean normas jurídicas «españolas» o «extranjeras». Ello es así porque el Derecho extranjero no es un «hecho procesal». Sólo los «hechos procesales» siguen el «principio de la aportación de parte». La aplicación del

Derecho extranjero a un caso concreto no depende ni puede depender de que las partes lo aleguen o no lo aleguen. El Derecho extranjero se aplica a un supuesto porque así lo ordena la norma de conflicto española. Por tanto, ninguna parte tiene que «alegar» el Derecho extranjero al proceso. En efecto, el Derecho extranjero «está ya en el proceso» desde el mismo instante en que la norma de conflicto española ordena aplicar un Ordenamiento Jurídico extranjero. Y eso porque, como expresa el art. 12.6 CC, las normas de conflicto son «imperativas» y en consecuencia, la aplicación del Derecho extranjero designado por dicha norma, no es renunciable por las partes. El Derecho extranjero «está en el proceso» porque así lo indica la norma de conflicto española, que es una norma imperativa. En consecuencia, si una parte o ambas partes no alegan el Derecho extranjero, éste no «desaparece» ni deja de existir en el proceso, porque sigue siendo el Derecho aplicable al caso, lo quieran o no lo quieran las partes, ya que la norma de conflicto española así lo dispone (A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado, volumen I*, 8.^a ed., Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 267-315). Esta nueva perspectiva del TS ha quedado clara en dos pronunciamientos. En primer lugar, la STS de 10 de junio de 2005, cuyo texto es clarísimo y plenamente acertado: *«por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (art. 12.6 CC). Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en la misma designado»*. Y en segundo lugar, esta STS de 4 de julio de 2006, cuyo texto, con una transparencia deslumbrante y una exactitud digna de elogio, afirma: *«De acuerdo con el artículo 12.6, 1 CC, “los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español” y ello es lo que ha ocurrido a lo largo del presente litigio, porque el derecho alemán no se aplica porque lo haya alegado una parte, sino “porque lo exige la norma de conflicto”*. Naturalmente, el hecho de que el Derecho extranjero deba ser probado (= como indica el art. 281.2 LEC) es perfectamente compatible con el hecho de que el Derecho extranjero no deba «alegarse» al proceso como si fuera un mero hecho procesal. El Derecho extranjero no es un «hecho procesal». El Derecho extranjero es «Derecho» y desarrolla una función jurídica: resuelve la controversia. Y si hay que probarlo es porque es «extranjero» y los jueces españoles no están obligados a conocerlo, y no porque no sea «Derecho» y sea un mero «hecho procesal».

V. MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO ALEMÁN

El TS aplica el artículo 12.6.II CC, pues tal precepto estaba vigente en la fecha en la que el litigio se inició. El texto del artículo 12.6.II CC (= «*la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumen-*

tos de averiguación considere necesarios, dictándose al efecto las providencias oportunas»), que data de 1974, es realmente, muy similar al de su sucesor, el artículo 281.2 LEC, hoy vigente (V. Cuartero Rubio, «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, n.14, 2000, pp. 21-71; F. Garau Sobrino, «Der Beweis des ausländischen Rechts in der neuen spanischen Zivilprozessordnung vom 7. januar 2000: Chronik einer Ernüchterung», en J. Basedow y otros, *Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 685-703; Id., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC», *RGD*, n. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366; A. Marín López, «La prueba de la Ley extranjera en la nueva LEC», *AEDIP*, núm.1, 2001, pp. 305-423; J. Maseda Rodríguez, «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Actualidad Civil*, n. 12, 2002, pp. 413-446). Es posible que el artículo 281.2 LEC introduzca algún elemento nuevo a la regulación antes contenida en el artículo 12.6 CC, pero, si existe, se trata de un elemento de liviano peso. El artículo 281.2 LEC indica: «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero [...]. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». La posición tradicional del TS subrayaba que el artículo 12.6 CC conducía a que, en lo relativo a su prueba, el Derecho extranjero debía ser «tratado» como un hecho procesal. Por tanto, el Derecho extranjero debía ser objeto de prueba, ya que el tribunal español no está obligado a conocer el Derecho extranjero, sino sólo el Derecho español. Prueba que compete, en los «supuestos-tipo», a las partes y no al tribunal (L. F. Carrillo Pozo, «El Derecho extranjero en el proceso de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, núm. 62, 2006, pp. 13-58). El artículo 12.6 CC hoy todavía vigente impone al tribunal que aplique imperativamente la norma de conflicto española pero de ningún modo le impone que aplique de oficio el Derecho extranjero designado por dicha norma de conflicto, pues tal función o carga recae sobre las partes (art. 282 LEC) (en contra, erróneamente, P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Nota a STS de 4 de julio de 2006», en *REDI*, 2006, vol. LVIII, pp. 954-959). Porque aplicar imperativamente la norma de conflicto y aplicar de oficio el Derecho extranjero designado por dicha norma son cuestiones bien diferentes, como el mismo TS se ha encargado de dejar claro con una contundencia singular (STS de 11 de mayo de 1989, STS de 7 de septiembre de 1990, STS de 10 de diciembre de 1990, STS de 17 de diciembre de 1991, STS de 13 de abril de 1992, STS de 23 octubre de 1992, STS de 23 de marzo de 1994, STS de 31 de diciembre de 1994, STS de 4 de octubre de 1995, STS de 25 de enero de 1999, STS de 9 de febrero de 1999, STS de 10 de junio de 2005, STS de 27 de diciembre de 2006, STS de 4 de julio de 2007 [Derecho alemán no probado por las partes], entre otras). Y como el Derecho extranjero no tiene por qué ser conocido por el tribunal, deberá ser probado en el proceso. La necesidad de que el Derecho extranjero deba ser probado es una exigencia expresa del art. 281.2 LEC. El TS ya había sostenido, desde antiguo, que el Derecho extranjero debía ser probado (STS de 7 de noviembre de 1896, STS de 9 de enero de 1936, STS de 6 junio de 1969; STS de 12 de noviembre de 1976; STS de 19 de diciembre de 1977; STS de 23 de octubre de 1992, STS de 18 de febrero de 1993, STS de 10 de marzo de 1993). Como antes se ha avanzado, el Derecho extranjero debe probarse porque el tribunal español sólo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas escritas

(art. 1.6 Cc.: *jura novit curia*). Por esa razón, las normas jurídicas españolas escritas no deben probarse. Pero el *jura novit curia* no alcanza al Derecho extranjero (I. Zajtay, «L'application du droit étranger, science et fiction», *RIDC*, 1971, pp. 49-59): el tribunal no está obligado a conocer los Derechos extranjeros, y por ello, las normas jurídicas extranjeras deben ser probadas. Es decir, el Derecho extranjero debe probarse no porque no sea «Derecho», sino porque es «extranjero». Conclusión: el Derecho extranjero se sitúa en un plano de «inferioridad procesal» respecto del Derecho escrito español (F. Mélin, *Droit international privé*, 2.^a ed., Gualino éditeur, Paris, 2005, pp. 45-46; Id., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, PUAM, 2002, *passim*). En efecto, el Derecho escrito español nunca debe ser probado, mientras que el Derecho extranjero sí que debe ser probado.

Debe probarse el Derecho extranjero de un modo exhaustivo. La intención del legislador es que el Derecho extranjero quede exhaustivamente probado, y por tanto, el art. 281.2 LEC expresa de forma incompleta la voluntad del legislador (*Lex minus dixit quam voluit*). Esta segunda tesis es la preferida por el TS (STS 4 julio 2006, STS de 12 enero 1989, STS de 7 septiembre 1990, STS de 16 julio 1991, STS de 25 enero 1999, STS de 11 mayo 1989, STS de 23 octubre 1992, STS de 13 enero 1887, STS de 12 mayo 1887, STS de 10 julio 1900, STS de 12 julio 1904, STS de 19 noviembre 1904, STS de 30 de junio 1962, STS de 12 diciembre 1935; también SAP Toledo 1 septiembre 2006, SAP Madrid 23 noviembre 2000, también SAP Castellón 22 noviembre 2002, SAP Girona 31 marzo 2003). Y es la tesis correcta, por varios motivos: (a) Sólo una prueba exhaustiva del Derecho extranjero garantiza que el tribunal español podrá fallar del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho Estado extranjero (STS 30 junio 1962, STS de 5 noviembre 1971, STS de 15 de noviembre de 1996, SAP Tarragona 13 mayo 2004); (b) La prueba exhaustiva del Derecho extranjero garantiza que dicho ordenamiento no suscite «la menor duda razonable a los tribunales españoles», como indica el TS (STS 11 mayo 1989, STS de 25 enero 1999, STS de 17 julio 2001, SAP Girona 27 mayo 2002). Y así, con un Derecho extranjero perfectamente acreditado, el tribunal español podrá fallar de modo correcto (J. Alonso Cuevillas Sayrol, *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Barcelona, 2004, pp. 44-45).

En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero, el TS, en esta STS de 4 de julio de 2006 se sitúa en una línea extremadamente correcta. El antes vigente art. 12.6.II CC y el ahora vigente artículo 281.2 LEC no especifican «qué concretos medios de prueba» deben emplearse para probar el Derecho extranjero. El artículo 281.2 LEC se refiere a la «prueba» del Derecho extranjero. Sin embargo, el Derecho extranjero, más que «probarlo», hay que «acreditarlo» (STS de 3 de marzo de 1997). La prueba es una actividad diseñada para los «hechos procesales». El Derecho extranjero no es un mero «hecho procesal». Por ello, su «acreditación» no sigue estrictamente las reglas sobre la prueba rigurosa de los hechos procesales (F. Calvo Babío, «Problemas para probar Derecho extranjero en procedimientos judiciales españoles», *Iuris*, n. 93, 2005, pp. 85-61). Los medios de acreditación del Derecho extranjero siguen un «régimen jurídico particular» caracterizado por su flexibilidad y que se concreta en estos datos: 1º *Libertad de medios probatorios*. Existe una plena «libertad de medios probatorios» o «prueba libre» (SAP Huesca, 14 de diciembre de 2005). Ello significa que las partes pueden emplear todo tipo de mecanismos técnicos para acreditar el Derecho extranjero.

La libertad de medios probatorios está justificada porque, de tal modo, se facilita la acreditación del Derecho extranjero y se potencia su correcta aplicación; 2º) *Flexibilización de los medios de prueba*. En el caso de emplearse auténticos medios probatorios, como la prueba pericial o documental, éstos no deben ajustarse «de modo riguroso» a las exigencias que la LEC requiere a tales medios; 3º) *Elenco abierto de medios de acreditación del Derecho extranjero*. No existe una «lista cerrada» de medios apropiados para acreditar el Derecho extranjero. El legislador no ha querido formular esa «lista cerrada», precisamente para facilitar la acreditación del Derecho extranjero. Por tanto, pueden emplearse todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas que, por su propia naturaleza, sean adecuadas para acreditar el contenido del Derecho extranjero, ya sean o no «medios probatorios» de los admitidos en la LEC (art. 299.3 LEC por analogía). Ejemplos: el interrogatorio o dictamen de un «experto en Derecho extranjero» (*Expert Witness*), es apropiado para acreditar el Derecho extranjero, aunque el artículo 299 LEC no lo incluye como «medio de prueba»; 4º) *Mecanismos no apropiados para acreditar el Derecho extranjero*. No todos los medios de prueba previstos en las Leyes procesales españolas para probar «hechos procesales» (art. 299.1 y 2 LEC) son apropiados para acreditar el Derecho extranjero. Para probar el Derecho extranjero sólo pueden utilizarse los medios de prueba que permitan constatar con certeza el contenido del Derecho extranjero. Ejemplo: el «reconocimiento judicial» no es un medio idóneo para probar el Derecho extranjero. El «interrogatorio de las partes» tampoco es apropiado. Sin embargo, los documentos públicos, la declaración de un testigo-perito (art. 370.4 LEC) y el dictamen pericial son medios de prueba idóneos para acreditar el Derecho extranjero; 5º) *Fuerza probatoria de los mecanismos de acreditación del Derecho extranjero*. El objetivo de la acreditación del Derecho extranjero es convencer al tribunal del contenido de tal Derecho extranjero. Una vez conseguido dicho objetivo, el tribunal puede aplicar el Derecho extranjero y dar una solución al litigio. En general, todos los medios de acreditación del Derecho extranjero son de libre apreciación por el tribunal. Es decir, el tribunal valorará la fuerza probatoria de los diferentes medios de prueba con arreglo a las «reglas de la sana crítica» y no está vinculado por las pruebas y datos proporcionados por las partes. Sin embargo, los documentos públicos a través de los que se acredita el Derecho extranjero hacen «prueba plena» de lo contenido en los mismos (arts. 317, 319 y 323 LEC).

En el caso objeto de la STS de 4 de julio de 2006 las partes aportaron diversos dictámenes de jurisprudencia alemanes, y el TS entiende que tales materiales eran suficientes para considerar correctamente probado el tenor del Derecho alemán aplicable al contrato. El TS también entiende que «en este punto, el artículo 12, 6.2 CC admite que el Juez utilice sus propios conocimientos...», es decir, admite que la libertad de medios probatorios del Derecho extranjero incluye el empleo del conocimiento privado del Derecho extranjero por parte del juzgador (*private Wissen*). Esta postura del TS hace que deba entenderse superada la línea dura del TS en relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, inaugurada a partir de la STS de 13 de enero de 1885, y a cuyo tenor, el Derecho extranjero debía ser probado a través de documentos públicos y, además, a través de prueba pericial, un informe conjunto, legalizado y traducido, realizado por dos jurisperitos del país extranjero cuya Ley debe probarse (STS de 13 de enero de 1885, STS de 19 de noviembre de 1904, STS de 25 de febrero de 1926, STS de 30 de marzo de 1928, STS de 12 de diciembre de 1935, STS de 6 de diciembre de 1961, STS

de 29 de septiembre de 1961, STS de 30 de junio de 1962, STS de 28 de octubre de 1968, STS de 6 de junio de 1969, STS de 5 de noviembre de 1971, STS de 12 de marzo de 1973, STS de 3 de febrero de 1975, STS de 12 de noviembre de 1976, STS de 27 de abril de 1978, STS de 9 noviembre de 1984, STS de 23 de octubre de 1992, etc.). Resulta muy llamativo que la STS de 4 de julio de 2006 viene a encontrarse, más de cien años después, con la primerísima postura que el TS adoptó en relación con los medios de prueba del Derecho extranjero. En efecto, en un primer momento, el TS adoptó una postura bastante flexible y liberal sobre los medios de prueba del Derecho extranjero (vid. STS de 21 de junio de 1864, STS de 22 de octubre de 1867, STS de 18 de marzo de 1875, STS de 20 de marzo de 1877, etc.). En efecto, admitió el TS incluso el conocimiento privado del juez sobre el Derecho extranjero como «prueba» del mismo. Así puede leerse en la STS de 13 enero 1885: «*Si bien la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido ciertamente que las opiniones de los escritores de derecho son incapaces de constituir doctrina jurídica para los efectos de la casación, no se trata de eso en el caso actual, sino de que la existencia de tales ó cuales leyes extranjeras es una cuestión de hecho sometida á prueba, que los Tribunales aprecian en uso de sus facultades, como lo ha ejecutado la Sala sentenciadora, que aparte del conocimiento que los juzgadores pueden tener de la legislación de otros países, ha tomado en cuenta el certificado de que aparece por afirmación de jurisprudencia norteamericanos...*». Y también, en la STS de 26 de mayo de 1877: «*considerando que la personalidad de los demandantes para entablar y sostener este litigio en la representación que ostentan está demostrada con arreglo á la legislación inglesa, siendo ésta una cuestión de hecho, según lo ha declarado también este Tribunal Supremo, en la cual, aparte del conocimiento que los juzgadores pueden tener de la legislación de otros países, debe tomarse en cuenta el testimonio de los jurisconsultos ingleses presentado en autos*». Las aguas vuelven a su cauce, pues, más de un siglo después.

VI. POSIBILIDAD DE RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN O INCORRECTA APLICACIÓN DE UN DERECHO EXTRANJERO

Cuando un litigio derivado de una situación privada internacional queda sujeto a un Derecho extranjero porque así lo establece una norma de conflicto española, surge la duda de saber si cabe recurrir en casación ante el TS por el hecho de que el tribunal de instancia aplicara incorrectamente tal Derecho extranjero. La LEC 1/2000 no se refiere expresamente a esta cuestión y tampoco lo hacía la LEC de 1881, aplicable *ratione temporis* al caso origen de la STS de 4 de julio de 2006. En Derecho español, el legislador interviene con enorme parquedad y temor en el campo del DIPr. Destila reglas muy escasas y escuetas, y tras ello, parece dedicar a los operadores jurídicos, que contemplan con preocupación el panorama, un sonoro «*après moi, le déluge*». Así que, de nuevo, *Habemus Lacunam Legis*. Otra vez.

La tesis tradicional del TS fue negar la posibilidad de un recurso de casación por infracción o incorrecta aplicación de un Derecho extranjero (M. de Angulo Rodríguez, «El Derecho extranjero en su tratamiento procesal en España», *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1970, pp. 967-984; J.A. Corriente Córdoba, «En torno a la aplicación de la ley extranjera en

el Derecho español», *RGLJ*, 1974, pp. 9-37; J.C. Fernández Rozas, «Art. 12.6 Cc.», *Com.Cc. y Comp. For.*, 2ª ed., 1995, pp. 973-1082; F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 90-93). Una tesis que también se siguió en otros Estados, como Francia, Alemania, —con excepciones importantes—, y Rusia. Los argumentos sobre los que esta tesis se edifica son los siguientes: a) El Derecho extranjero es un «hecho procesal», y visto que los hechos no se revisan en casación, la casación por infracción del Derecho extranjero es imposible; b) El objetivo del recurso de casación es mantener una «uniformidad de la jurisprudencia del TS» sobre el Derecho español. Por tanto, no cabe casación para interpretar un Derecho extranjero; c) De aceptarse el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, podrían producirse contradicciones entre la interpretación dada por el TS español y la sostenida por los jueces extranjeros sobre el Derecho extranjero. Esta fue la postura tradicional adoptada por el TS desde la primerísima STS de 21 de junio de 1864, resolución que marcó el camino a seguir y del que el TS no se apartó durante más de ciento cuarenta años (en este sentido, *vid.*: STS de 20 de marzo de 1877, STS de 15 de julio de 1983).

Así la STS de 21 de junio de 1864 indicaba que: «*considerando, por último, que tampoco pueden admitirse como fundamento de casación la nulidad del vínculo de Luis Mendez, ni la prescripción de las fincas litigiosas, que se pretenden deducir de las disposiciones legales portuguesas que se citan, porque sobre no ser objeto ni motivo directo de este recurso la infracción de leyes extranjeras, que en nada afecta a la integridad de nuestro derecho ni a la uniformidad de nuestra jurisprudencia, por mas que dichas leyes puedan ser alegadas como medio de prueba ante los Tribunales españoles*»; la STS de 20 de marzo de 1877 profundizaba en la misma línea al indicar que: «*considerando, respecto á los motivos 6º y 7º, que conforme á lo declarado por este Tribunal Supremo no pueden ser motivos de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afectan á la uniformidad de nuestra jurisprudencia aunque dichas leyes puedan alegarse como medios de prueba ante los Tribunales españoles y apreciarse en los pleitos*»; misma dirección que se observa, aunque de manera menos definida en la STS de 3 de mayo de 1897: «*el Código mercantil no establece el plazo en que tales documentos deben ser presentados para su pago cuando son librados en España para el extranjero; y las leyes francesas que á este propósito se citan en el motivo octavo del recurso no pueden apreciarse en casación, conforme á lo declarado por este Supremo Tribunal, por no venir consignado su texto en la sentencia como punto esencial de hecho*»; también, de manera no excesivamente clara, STS de 5 de noviembre de 1974: «*en todo caso, no puede apreciarse por este Supremo Tribunal la infracción de una Ley extranjera si no se consigna en la sentencia recurrida, como punto esencial de hecho, el texto literal e íntegro de la misma (sentencias de 3 de mayo de 1897 y 23 de octubre de 1915)*»; igualmente, y de forma extraordinariamente contundente en contra de la viabilidad de un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, las palabras de la STS de 15 de julio de 1983: «*es llano que la “ley” a que se refiere el artículo 1691 en que se enumeran las únicas “causas” del recurso y el 1692 que enuncia también en elenco cerrado los motivos y en particular cuando habla de “leyes” en el núm. 1.º, al que se hallan acogidos los dos recursos, pendientes, se refieren siempre a las nacionales, y nunca a las extranjeras, con lo cual y en puridad se hallan incursos aquéllos en supuesto de inadmisión, y ahora de desestimación, conforme a los artículos 1720 y 1729,*

*todos de la LEC (.....) no pueden ser motivo de casación las infracciones de Leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia». Ahora bien, esta sentencia, estandarte principal de los autores que afirmaban, erróneamente (vid. ad ex.: J. C. Fernández Rozas / S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1993, pp. 536), que el TS había cerrado de modo radical la posibilidad de un recurso de casación por infracción del Derecho, extranjero, sólo indicaba que la casación no era posible si se trataba de infracción de normas extranjeras en el marco de un recurso de casación «en interés de Ley» (art. 1718 LEC 1881), como ha sido correctamente recordado (F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 86-100).*

El TS sólo abrió una ventana para aceptar un recurso de casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero. Cuando se aplicaba incorrectamente el Derecho extranjero por parte de los tribunales inferiores, el TS permitía la casación a través del hoy ya no vigente artículo 1692.7.º LEC 1881, que admitía la casación por «error de hecho en la apreciación de las pruebas de documentos o actos auténticos que ponía de relieve la equivocación evidente del juzgador» (STS de 20 de marzo de 1877, STS de 20 de mayo de 1877, STS de 13 de enero de 1885, STS de 9 de enero de 1911, STS de 30 de junio de 1962, STS de 10 diciembre de 1965). Es decir, cuando el tribunal apreciaba incorrectamente y de modo evidente los «elementos probatorios del Derecho extranjero». Un documento de prueba del Derecho extranjero que había sido mal traducido o mal entendido, por ejemplo.

Sin embargo, debe decirse que aunque el TS repetía una y otra vez que no cabía recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, lo cierto es que, en la práctica, el TS «revisaba» la correcta aplicación del Derecho extranjero e impartía lecciones a propios y extraños sobre el correcto tenor y la correcta interpretación e intelección de Derechos extranjeros (STS de 19 de noviembre 1992, STS de 12 de noviembre de 1976, STS de 4 de noviembre de 1991).

Y en este punto es donde entra en acción esta histórica STS de 4 de julio de 2006. El TS abandona su más que centenaria jurisprudencia y declara que una incorrecta aplicación de la Ley extranjera es motivo para admitir un recurso de casación. El TS admite, pues, el recurso de casación por infracción de las «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (antiguo art. 1692.4º LEC 1881 y actual art. 477.1 LEC). Este cambio de criterio del TS es plenamente acertado y acoge las tesis de la doctrina internacionalprivatista española que se había pronunciado en este sentido (vid. entre otros, M. de Angulo Rodríguez, «El Derecho extranjero en su tratamiento procesal en España», *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1970, pp. 967-984; Id., *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974, pp. 55-67; E. Pecourt García, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto», *RGD*, 1962, vol. XVIII, pp. 783-791 y 894-904; M. L. Trinidad García, «Reflexiones en torno a la aplicación del Derecho extranjero», *RDP*, marzo, 1989, pp. 210-220; M. Aguilar Benítez de Lugo, «La ausencia de prueba del Derecho extranjero», *Justicia*, 1989, pp. 73-139; Id., «La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles», *RGD*, núms. 541-542, 1989, pp. 6247-6314; F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 86-

100; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC», *Tribunales de Justicia*, nov. 2000, n. 11, pp. 1155-1170; Id., «Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva LEC», *AEDIP*, núm. 1, 2001, pp. 215-237; Id., «El Derecho extranjero y el TS: la Sala de lo Social contraataca», *AEDIP*, 2002, pp. 103-114; Id., «La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000», *La Ley*, 2005, núm.6178 de 28 enero 2005, pp. 1-7; Id., «The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000», *IPRax*, 2005-2, pp. 170-174; J. C. Fernández Rozas, «Art.12.6 Cc.», *Com. Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 973-1082; J. Garde Castillo, «Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado», *REDI*, 1951, pp. 409-467 y 861-951; P. P. Miralles Sangro, *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007; R. Monzón, «¿Procede el recurso de casación por infracción de la ley extranjera?», *RGD*, 1947, pp. 271-274; J. Puente Egido, «¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de aplicación y prueba de ley extranjera?», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 899-919). En efecto, los argumentos que sostienen esta tesis «favorable a la casación» y que el TS emplea en su STS de 4 de julio de 2007, son varios y muy solventes.

a) *Argumento funcional*. Cuando el Derecho extranjero es aplicable al fondo del asunto, el Derecho extranjero opera como «Derecho» y no como «hecho procesal». En dicho supuesto, el Derecho extranjero desarrolla la misma función que el Derecho español despliega cuando es aplicable: resolver la controversia. Por lo tanto, la infracción de un Derecho extranjero supone un error jurídico (*error in iudicando*) que «desnaturaliza» el Derecho extranjero y que lleva a una solución antijurídica (J. Derrupé / J.-P. Laborde, *Droit international privé*, Dalloz, 15ª ed., 2005, p. 90). Un error jurídico revisable, precisamente por su carácter de error «jurídico», en casación. Además debe recordarse que la dicción del antiguo artículo 1692 LEC 1881 y la letra del actual artículo 477 LEC, («[e]l recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»), permite pacíficamente la formulación de un recurso de casación por infracción de la normativa extranjera aplicable, ya que se refiere a una infracción de «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». No se limita el motivo de la casación a la infracción de las normas «españolas», sino de todas las que fueran aplicables para resolver el litigio. La STS de 4 de julio de 2006 indica a este respecto que: «*La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador*». Añade esta misma STS de 4 de julio de 2006 que, una vez precisado cuál es el Derecho extranjero aplicable, tal ordenamiento «*no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en «la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» y en este caso, el aplicable es el derecho alemán*».

b) *Argumento constitucional*. Si se permitiera la casación por infracción del Derecho «español» aplicable, pero no por infracción del Derecho

«extranjero» aplicable, ello impediría el «acceso a los recursos establecidos por la Ley» por parte de los litigantes. Y ello supondría una infracción de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del derecho a un «proceso equitativo» (art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979, en «BOE» núm. 243 de 10 de octubre 1979) (P. Mayer, «La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *RCDIP*, 1991, pp. 651-665). Y además, colocaría en una situación de penosa e injustificada discriminación a los individuos cuyos derechos subjetivos quedan regulados, por voluntad del legislador español expresada en sus normas de conflicto, por un Derecho sustantivo extranjero y no por el Derecho sustantivo español. La STS de 4 de julio de 2006 utiliza este segundo argumento «constitucional» de manera impecable al afirmar que: «*otra consecuencia [negar el recurso de casación por infracción de la Ley extranjera aplicable al litigio] sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE)*». Aunque es cierto que la casación, en Derecho español, presenta una «finalidad nomofiláctica» (STS 15 julio 1983: la casación sirve para vigilar la correcta interpretación y aplicación unívoca del Ordenamiento Jurídico), no es menos cierto que en Derecho español la casación también tiene como finalidad proporcionar una «solución justa al litigio», si la casación se cierra a los litigantes que tienen la poca fortuna de ver que el fondo del litigio que les afecta queda sujeto a un Derecho extranjero, se privaría a tales sujetos de esa «solución justa» que puede brindarles el TS (F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial (cinco cuestiones clásicas)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 94).

c) *Argumento conflictual*. La incorrecta aplicación del Derecho extranjero puede justificar también un recurso de casación por infracción de la norma de conflicto española. Este argumento fue muy querido por la doctrina española más antigua (J. Garde Castillo, «Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado», *REDI*, 1951, pp. 409-467 y 861-951; E. Pecourt Garcia, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto», *RGD*, 1962, vol. XVIII, pp. 783-791 y 894-904). Y ahora la STS de 4 de julio de 2006 lo acoge con decisión, al afirmar que la negación de un recurso de casación por una posible infracción de la normativa extranjera aplicable supondría no aplicar correctamente el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española, esto es, supondría «*infringir la norma conflictual española*».

La nueva postura del TS en relación en favor de la admisión del recurso de casación por una incorrecta aplicación del Derecho extranjero sintoniza con la línea que siguen otros países, como Bélgica (F. Rigaux, «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codifications de la dernière décennie», *RCDIP*, 1985, pp. 1-32; Italia (T. Ballarino / A. Bonomi, *Diritto internazionale privato*, 2.^a ed., Cedam, 1996, pp. 278-284), Suiza, Grecia (K. D. Kerameus, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, 1995, pp. 401-416), etc. De todos modos debe recordarse que, en cuanto al alcance de la interpretación del Derecho extranjero por el TS, lo afirmado por el TS en relación con la interpretación y correcta aplicación del Derecho extranjero, no constituye «doctrina legal» (art. 1.6 Cc.). Sin embargo, lo sostenido por el TS en relación con el Derecho extranjero puede ser «tenido en cuenta» por los tribunales españoles que deban aplicar esas mismas normas jurídicas extranjeras. Debe, por último, recordarse, que la parte recurrente

había fundamentado su recurso en casación en el Derecho español, que consideraba similar o idéntico al Derecho de la RFA. Pero lo hizo no por capricho o error en la fundamentación jurídica, sino porque creyó que en Derecho español no se admitía la casación por infracción de un Derecho extranjero. A partir de esta STS de 4 de julio de 2006, dicho error ya no es posible.

VII. REFLEXIONES FINALES

Cambiar una jurisprudencia constante que se forjó hace más de ciento cuarenta años y que todavía se proyecta sobre la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales españoles, no es sencillo. Es una operación que debe realizarse mediante pasos pequeños, con exquisita prudencia jurídica, siempre *cum grano salis*. Por varias razones. Primero, porque el TS se mueve en un terreno plagado de lagunas legales sin la ayuda del legislador. Segundo, porque el legislador español ha renunciado a elaborar una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del Derecho extranjero. Renunció en 1974 cuando se reformó el Título Preliminar del Código Civil en virtud del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo («BOE» núm. 163, de 9 julio de 1974) y volvió a renunciar en 2000 cuando la cuestión de la prueba del Derecho extranjero fue objeto de «trasvase» desde el Código Civil a la LEC 1/2000. El legislador sólo ha querido trazar las «líneas maestras» de la prueba del Derecho extranjero en el art. 281.2 LEC, que es una «norma abierta». Y ha querido dejar a los tribunales la tarea de proporcionar respuestas concretas a las cuestiones no reguladas en dicho precepto. Los detalles quedan en manos de los jueces, para que éstos «complementen» el sistema legal. El sistema se construye progresivamente, se construye «por casos». Por ello, la regulación española sobre la prueba del Derecho extranjero es una mezcla de «regulación legal básica» y de «regulación jurisprudencial de desarrollo». Es un «sistema de doble llave». Tercero, porque el peso de la tradición de la vieja jurisprudencia es muy grande, ya que se trata de un conjunto de reglas que se aplica en España desde antes del Código Civil de 1889, reglas que lastran la labor creadora del TS bajo el peso del falaz *argumentum ad antiquitatem*. Pero esta labor de renovación de las reglas jurisprudenciales que regulan la aplicación del Derecho extranjero en España es completamente necesaria, pues, ante la pasividad del legislador, el TS seguía aferrado de modo a una jurisprudencia antigua que él mismo creó bebiendo directamente en la fuente de las Leyes de Partidas. En efecto, el TS seguía apegado a un conjunto de reglas medievales relativas a la prueba del Derecho extranjero. Pero la Edad Media ha terminado. Si la STS de 10 de junio 2005 supuso un primer paso hacia adelante, este segundo paso que representa la STS de 4 de julio de 2006 adquiere todavía una importancia mayor. Esta sentencia ha hecho una *joyeuse entrée* en el universo de los conflictos de Leyes tras más de cien años de oscuridad. *Post tenebras lux*, tras tantos años. Y es también muy importante señalar que esta STS de 4 de julio de 2006 ha dado un nuevo paso adelante con argumentos que brillan con cristalina claridad, y que dan la razón al famoso dicho de Quintiliano: «*El primer requisito de la elocuencia es la claridad*» (*Prima est eloquentiae virtus perspicuitas*, Quintiliano, *Institutiones oratorias*). La STS de 4 de julio de 2006 es una sentencia que marcará un antes y un después en relación con el régimen jurídico de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles. Sea, pues, muy bienvenida.