

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR
LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER
DE UN SUPUESTO DE RESOLUCIÓN UNILATERAL
DE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL
INTERNACIONAL. COMENTARIO A LA SAP MADRID
NÚM. 17/2013, DE 18 DE ENERO (JUR 2013, 118).

APPLICATION FOR FOREIGN LAW COURTS TO
LEARN SPANISH COURSE OF A RESOLUTION OF
UNILATERAL CONTRACT OF INTERNATIONAL
COMMERCIAL AGENCY. COMMENT ON SAP MADRID
NO. 17/2013, OF JANUARY (JUR 2013, 118).

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 514-523



Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de diciembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El art. 281.2 LEC obliga a alegar y probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Es a la parte a quien corresponde demostrar el contenido y la vigencia, de modo que, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda.

PALABRAS CLAVE: Derecho Extranjero, alegación y prueba, tribunales españoles.

ABSTRACT: Section 281.2 requires LEC plead and prove foreign law in their content and validity, allowing the court to invoke the investigation as it deems necessary for its implementation. It is the party who must demonstrate the content and validity, so that once justified these two extremes, the application will depend on the judge, for which purpose the activity may deploy it deems necessary. Content may not be limited to present a special regulatory code, but all legislation applicable to the case, the general and the mechanisms according to their own interpretation of the legislation on which are integrated standards whose application is intended.

KEY WORDS: Foreign Law, pleading and proof, Spanish courts.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. ¿Por qué debe probarse el Derecho extranjero?- III. ¿Cómo debe probarse el Derecho extranjero?- IV. ¿Qué debemos probar en materia de Derecho extranjero?- V. ¿Cuáles son los medios de prueba del Derecho extranjero?

SUSPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en un litigio entre la compañía ÁREA UNO S.L. (demandante) contra la COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN S.A. DE CAPITAL VARIABLE (demandado), consecuencia de la resolución unilateral por parte de la parte demandada del contrato de agencia comercial internacional que tenía firmado con la primera. En primera instancia se condenó a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 335.866,92 euros más los intereses del art. 576 LEC y sin hacer expresa condena en costas.

Contra dicha Sentencia se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la parte demandada dándole traslado del mismo a la parte demandante quien presentó en tiempo y forma escrito de oposición al recurso entablado.

La sentencia de primera instancia decidió la cuestión litigiosa de acuerdo con el Derecho español al entender que no estaba demostrado el Derecho aplicable extranjero porque la parte demandada no aportó otra prueba que el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, sin ningún documento que demuestre el alcance e interpretación de las normas foráneas por sus tribunales.

Recorre la parte demandada alegando que se debía aplicar la Legislación Mexicana, entendiendo que ha quedado suficientemente probada con la documentación aportada, y, en todo caso, la Sra. Juez podría haber indagado de oficio sobre ella o requerir a la parte para que demostrase lo que estimase oportuno para su aplicación.

Se estima parcialmente el recurso de la COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN S.A. DE CAPITAL VARIABLE, al rebajar la cuantía de la indemnización que le correspondía a la compañía ÁREA UNO S.L. (quedando establecida en la

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche y Subdirector Académico del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante. Consultor de Derecho Internacional Privado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Director del Observatorio de Inmigración de la ciudad de Elche y Vocal del Observatorio Valenciano de la Inmigración. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Economist & Jurist. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Nacionalidad y la Extranjería, Derecho del Comercio Internacional, Contratación Internacional y Protección de datos de carácter personal, entre otras. Además, es autor de diferentes artículos, notas, recensiones y comentarios publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras, y ha participado, como coordinador y/o autor, en más de sesenta libros, relacionados con dichas materias.

suma de 281.112,21 euros). La Audiencia Provincial de Madrid se ratifica en cuanto a la aplicación de la Legislación Mejicana, comparte y hace suyos los argumentos de la resolución apelada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Con relación a la aplicación de la Legislación Mejicana, la AP de Madrid comparte y hace suyos los argumentos de la resolución apelada. A ellos añade que el art. 281.2 LEC obliga a probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Por tanto, es a la parte a quien corresponde demostrar el contenido y la vigencia, de modo que, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, con la necesaria exégesis de los preceptos de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda, en especial si existe Doctrina Judicial vinculante. Así lo lleva entendiendo la Jurisprudencia de nuestro TS desde antiguo, bastando para ello reseñar la S. 5 noviembre 1971 donde se recogen referencias en el mismo sentido a las SS. 25 febrero 1926, 30 marzo 1928, 12 diciembre 1935, 30 junio 1962 y 9 junio 1969.

En el caso estudiado resulta especialmente importante porque el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos aportado con la contestación a la demanda ni siquiera menciona al Agente como una figura especial dentro de los contratos de comisión, lo cual obliga a interpretar la norma, si no existe otra especial, algo que se desconoce, en el contexto general legislativo y jurisprudencial donde se desarrolla, y ello resulta imposible sin tener conocimiento del sentido, alcance e interpretación que le hayan podido dar los Tribunales de Méjico y la certificación de no existir ninguna otra norma reguladora de esa figura contractual. Todo ello es labor de quien alega el Derecho extranjero y pretende su aplicación en un determinado sentido, y no puede esperar que sea el Juez quien le reclame de oficio mayor aportación probatoria, de modo que, con independencia de la actividad desplegada por aquél, si el Derecho foráneo no está suficientemente acreditado, tampoco podrá aplicarse.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En Derecho Internacional Privado español, actualmente, la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema por la LEC. Los arts. 281.2º y 282 LEC dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de prueba del

Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero.

En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones: a) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (art. 429. I.II LEC); b) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes... porque no debemos olvidar la celebre máxima de J.A. Carrillo Salcedo: "El Derecho extranjero es Derecho, aunque extranjero".

II. ¿POR QUÉ DEBE PROBARSE EL DERECHO EXTRANJERO?

Después de largos años de paz sobre la cuestión de la "prueba del Derecho extranjero", una vez entrada en vigor la LEC I/2000, surgieron diversas tesis, algunas muy dispares, motivadas en gran medida por los silencios de la mentada ley procesal y la tácita flexibilidad otorgada por este "sistema abierto" que mezcla la *regulación legal* con la *jurisprudencial*, dotando de mayor maniobrabilidad a la propia interpretación de las concretas situaciones privadas internacionales, y así adaptar los hechos concretos con el continuo y cambiante contexto de la globalización propia de este siglo.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del art. 281 LEC donde nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que "el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

III. ¿CÓMO DEBE PROBARSE EL DERECHO EXTRANJERO?

Partiendo de esta premisa básica, debemos contestar ahora a la siguiente pregunta: ¿cómo debe probarse?

En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la ley. El propio art. 281.2 LEC dice: "Sin embargo,

el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

La STS 13 abril 2000, dice que “los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios”, por lo que el art. 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello. Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero (la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. -Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987-, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. -Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España- y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de Junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.).

IV. ¿QUÉ DEBEMOS PROBAR EN MATERIA DE DERECHO EXTRANJERO?

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación “el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”. Interpretando este precepto, la Jurisprudencia ha sentado lo siguiente:

1. Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso”. Pues se razona 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” [SSTS (Civil) 28 octubre 1968, 4 octubre 1982 (RJ 1982, 5537), 12 enero 1989 (RJ 1989, 100), 11 mayo 1989 (RJ 1989, 3758), 7 septiembre 1990 (RJ 1990, 6855)].

2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes. Así, la importante STS (Civil) 3 marzo 1997 (RJ 1997, 1638) razona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero

con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del CC, el art. 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se “acredita”; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término “acreditar” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente “libre”, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”.

3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria -STS (Civil) de 15 Nov. 1996 (RJ 1996, 8212).

4. Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española [STS (Civil) 11 mayo 1989 (RJ 1989, 3758)].

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (así se manifiesta el TS, en S. 25 enero 1999 (RJ 1999, 321) y la AP de Castellón, Sección 3ª, en S. 22 noviembre 2002 (AC 2002, 1914)).

No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law* [STS (Civil) 24 junio 2010 (RJ 2010, 5410)].

V. ¿CUÁLES SON LOS MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO?

En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, entre otras, las SSTs 4 julio 2006 (RJ 2006, 6080) y 24 junio 2010 (RJ 2010, 5410) ponen de relieve la posibilidad de utilizar “todos los medios de prueba a su alcance”, que venimos a enumerar:

a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones. El documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla.

b) Prueba pericial (art. 335 LEC): informe elaborado por “Expertos en el Derecho Extranjero”. Los “expertos” pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española (es una buena opción acudir a Abogados, Notarios o Profesores de Derecho Internacional Privado). Éste es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública.

c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y/o contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza.

Si las partes “nacionalizan” el supuesto litigioso y citan simplemente el Derecho español, en nuestra opinión, el tribunal debería dictar una sentencia desestimando la demanda o reconvenición. Esta tesis, a pesar de no ser la más utilizada por los Juzgados y Tribunales españoles, entendemos que sería la más correcta por varios motivos:

1º) El Juez no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero. La normas de conflicto son imperativas, por lo que cuando la Ley aplicable es extranjera, impide al Juez a resolver con arreglo al Derecho español.

2º) El Juez, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá

conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

3º) Elude posible fraude evitando la aplicabilidad de la Ley española por la que las partes simplemente tengan esa voluntad, cuando es imperativa la aplicación del Derecho extranjero.

Si la demanda es planteada incorrectamente y debían fundamentar, alegar y probar el Derecho extranjero, debe desestimarse, pudiendo volverse a instar su pretensión fundándose en el Derecho extranjero aplicable según nuestras normas de conflicto de conformidad con el art. 400 LEC, cuando dice que a efectos de cosa juzgada “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

En contra de esta tesis, se pronuncia la STS 4 julio 2006 (RJ 2006, 6080), al afirmar que “el Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de modo que en el caso que ello no se produzca, deberá aplicarse el derecho español”. En el mismo sentido, y de forma mayoritaria en la jurisprudencia de los Tribunales españoles, se pronuncia las Alicante 22 noviembre de 2002 y 12 mayo 2005 a cuyo tenor “ha de recordarse el criterio jurisprudencial contenido, entre otras, en las SSTS 25 enero 1999 (RJ 1999, 321), 5 junio 2000 (RJ 2000, 5094) y 17 julio 2001 (JUR 2002, 2820), según el cual los órganos jurisdiccionales españoles deberán aplicar el Derecho nacional cuando no sea posible fundamentar el fallo con seguridad absoluta en el Derecho extranjero que fuere de aplicación”.

En definitiva, si el Tribunal no se considera debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, por lo que deberemos de planificar nuestra prueba correctamente por la posible, temeraria y *contra legem* consecuencia de la sustitución del Derecho extranjero por las normas sustantivas de nuestro ordenamiento interno.

