

LA NUEVA REGLA SOBRE CARGA DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO ANTE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 2024

THE NEW RULE ON THE BURDEN OF PROOF OF FOREIGN LAW BEFORE THE SPANISH AUTHORITIES AFTER THE SUPREME COURT'S RULING OF 30 OCTOBER 2024

Andrés RODRÍGUEZ BENOT*

Palabras clave: aplicación del Derecho extranjero; contratos de consumo; contratos de aprovechamiento por turnos; carga de la prueba del Derecho extranjero.

Keywords: Application of foreign law; consumer contracts; timeshare contracts; burden of proof of foreign law.

SUMARIO: 1. ¿QUÉ NORMA SOBRE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DIPR DEBERÍA HABER APLICADO EL TS? 2. ¿CUÁL ES LA NUEVA REGLA SOBRE CARGA DE LA PRUEBA ESTABLECIDA POR EL TS? 3. ¿QUÉ SOLUCIÓN *AD HOC* PODRÍA HABERSE DADO A CASOS COMO EL PRESENTE? 4. ¿CUÁL SERÁ EL DEVENIR DEL CASO A PARTIR DE AHORA?

La resolución objeto de esta sección versa sobre la validez de tres contratos de aprovechamiento por turnos (multipropiedad) relativos a inmuebles ubicados en Tenerife¹. En un inicio, el JPI nº 5 de Fuengirola conoció de la demanda instando la nulidad de los citados contratos y la restitución de las cantidades abonadas, presentada por un matrimonio de consumidores británicos domiciliados en el Reino Unido contra la sociedad Diamond Resorts Europe Ltd (con sede asimismo en el Reino Unido, pero con sucursal en Málaga). El JPI estimó íntegramente la demanda² en tanto que, en apelación, la AP de Málaga confirmó tal pronunciamiento³.

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide (arodb@upo.es – <https://orcid.org/0000-0002-3361-0556> – Researcher ID: N-8140-2016).

¹ Sentencia del TS, Sala primera, 1427/2024, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:5263). Un mero resumen de la misma puede verse en VELA TORRES, Pedro-José, “Contratos de aprovechamiento por turno firmados en España por consumidores británicos. Competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Diario La Ley*, nº 10674 (27 de febrero de 2025); el autor es Magistrado integrante de la Sala que dictó la sentencia.

² Sentencia 173/2020, de 8 de octubre de 2020.

³ Sentencia de la sección 4ª 278/2022 de 9 de mayo (ECLI:ES:APMA:2022:2042). Se trata de supuestos frecuentes en la práctica forense en provincias como Málaga y Tenerife, cuyos órganos judiciales —señaladamente sus AAPP— se han pronunciado en diversas ocasiones sobre el particular. En esta

Presentados por Diamond recursos extraordinario por infracción procesal (hoy desaparecido) y de casación, la sentencia del TS de 30 de octubre de 2024 aborda ambos. Descartada como objeto de análisis la competencia judicial internacional⁴, por su mayor interés en estas líneas nos centraremos en la Ley aplicable; en concreto, de las diversas cuestiones planteadas sobre ello nos detendremos en la nueva regla acerca de la carga de la prueba del Derecho extranjero⁵.

Tanto el JPI de Fuengirola como la AP de Málaga fundamentaron la determinación del ordenamiento aplicable en el artículo 6 del Reglamento europeo 593/2008 (Roma I)⁶. En concreto, dando la razón a los demandantes establecieron que dicho ordenamiento debía ser el español, frente a la pretensión de la demandada de que se aplicase la Ley la inglesa (sin haber proporcionado prueba de la misma)⁷. En cambio, el TS en casación declaró aplicable esta última al fondo del litigio estableciendo una novedosa regla sobre

jurisprudencia menor, las principales controversias se han producido en relación con la determinación de la competencia judicial internacional, no tanto respecto de la Ley aplicable.

⁴ Esta cuestión fue el motivo único del primero de los recursos, que el TS desestimó. En su resolución, el Alto Tribunal, de manera discutible, fundamenta la competencia de la autoridad española en una supuesta sumisión tácita de la demandada *ex* artículo 26 del Reglamento europeo 1215/2012, cuando lo cierto es que ésta impugnó la competencia del Juzgado de Fuengirola mediante la declinatoria de falta de competencia internacional (artículo 39 de la LEC), que resultó desestimada por tal órgano en un auto contra el que la demandada no presentó el recurso de reposición previsto en el artículo 66.2 de la LEC (por lo que la desestimación adquirió firmeza con los efectos de la cosa juzgada formal); antes al contrario, tras ello Diamond formuló escrito de oposición a la demanda (eso sí, reiterando la falta de competencia). Así las cosas, la competencia de la jurisdicción española resulta fundada y motivada no por sumisión tácita de la demandada, sino por lo dispuesto en los artículos 17 a 19 del citado instrumento (en particular por la remisión realizada por el primero de ellos al foro de la sucursal del artículo 7.5 del mismo texto).

⁵ Acerca de la plausible solución dada a la falta de prueba del Derecho extranjero (en concreto, la desestimación de la pretensión de no aportarse prueba del mismo), véanse CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “La luz vence a la oscuridad: la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del derecho extranjero”, *Actualidad Civil*, 2025, n° 4 (abril).

⁶ La cláusula 8 de los contratos litigiosos establecía lo que sigue (la traducción es la que obra en los autos): “Este acuerdo se regirá por la ley inglesa y usted y nosotros acordamos hallarnos sujetos a la no exclusiva jurisdicción de los tribunales ingleses”. Dicha fundamentación consistió en considerar de aplicación el Derecho español *ex* artículos 67 y 82 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), que declaran abusiva la cláusula de elección de la Ley inglesa; *ex* artículos 3.3 y 9 del Reglamento Roma I; y *ex* jurisprudencia del TS hasta la fecha, que consideraba imperativa la regulación española sobre aprovechamiento por turnos (a la sazón, la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, en concreto sus artículos 23 y 30.1.3).

⁷ Se limitó a aportar una traducción de *The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010 Act* (<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/2960/contents>) lo que, siguiendo la jurisprudencia del propio TS, no puede ser entendido como prueba del Derecho extranjero: ARENAS GARCÍA, Rafael, “Imperatividad de la norma de conflicto y aplicación del Derecho extranjero. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1427/2024, de 30 de octubre de 2024”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2024, p. 342. Por ello, la sentencia de la AP de Málaga recurrida en casación indicó que la traducción aportada por Diamond no acreditaba que se tratase de la norma vigente y que, para ello, tendría que haberse acompañado de un informe o dictamen de juristas conocedores de tal legislación (invocando a tal efecto la jurisprudencia del TS citada en la nota 13 *infra*).

la carga de la prueba⁸. Por consiguiente, el TS estimó el recurso de casación, lo que comportó a su vez la estimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada Diamond y, asumiendo la instancia, la desestimación de la demanda presentada por los consumidores británicos.

A partir de este punto, formularemos públicamente una serie de interrogantes que este posicionamiento deja abiertos al ámbito forense y a la comunidad científica.

1. ¿QUÉ NORMA SOBRE APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DIPr DEBERÍA HABER APLICADO EL TS?

En defecto de instrumento supraestatal, las normas generales sobre aplicación del Derecho extranjero en nuestro sistema de DIPr están dispersas entre los artículos 12.6 del CC, 281.2 de la LEC y 33 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en lo sucesivo LCJIMC). No obstante, esta última norma cede cuando exista otra en la misma materia que contenga una regulación especial: tal es el caso del artículo 67.1 del TRLGDCU, que aparece expresamente mencionado en la letra d) de la disposición adicional 1ª de la LCJIMC como “norma especial en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil”, lo que hace que, *ex* artículo 2, letra b), de la propia LCJIMC, su propio artículo 33 resulte subsidiario y, por tanto, inaplicable *in casu*⁹; en palabras del propio preámbulo de la LCJIMC (apartado I, párrafo 2), sobre ella tiene *prioridad* el artículo 67.1 del TRLGDCU. Ciertamente, la sentencia objeto de estudio hace referencia a este precepto pero *en apoyo* del artículo 33 de la LCJIMC y no *en lugar de* este precepto, como hubiera sido lo correcto¹⁰.

Se ignoran las razones por las que dicha prueba no fue aportada por Diamond. Téngase presente que probablemente la *Timeshare Act* 2010 resultase similar a nuestra Ley 4/2012, pues ambas transpusieron la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994. En el FD 1º de la sentencia del TS se señala que, según Diamond, a diferencia de nuestra Ley 4/2012 (artículo 23.8), la *Act* inglesa sí permitía el contrato de tipo asociativo compatible con la Directiva; pero ello no impidió que la AP de Málaga declarara nulos de los contratos conforme al título I de la Ley 4/2012.

⁸ El único motivo de casación alegado, fundado en el art. 477.1 de la LEC, fue la infracción del artículo 6.2 del Reglamento Roma I en relación con los artículos 67.2 y 90.3 del TRLGDCU. El interés casacional se basaría en la modalidad prevista en el apdo. 3 del citado precepto de la LEC: infracción de la jurisprudencia del TJUE representada por la sentencia en el asunto C-191/15, de 28 de julio de 2016. Según Diamond, la sentencia de la AP de Málaga extendió indebidamente los límites a la posibilidad de pacto a la que se refiere el aludido art. 6.2 del Reglamento Roma I, el cual habría resultado infringido, por inaplicable, al impedir la operatividad de un pacto legítimo sobre aplicación de la Ley inglesa (que coincidía con la Ley del foro de los consumidores).

⁹ El artículo 2 del TRLGDCU (“Ámbito de aplicación”) dispone la aplicación de ésta a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, cualidades ambas predicables de los demandantes y de la demandada, respectivamente, que no han sido discutidas en ningún momento del pleito por las partes ni por los órganos intervinientes (como tampoco en procesos idénticos). Respecto de la cualidad de consumidores de los demandantes, la única discrepancia entre Diamond y ellos consistía en si lo eran activos o pasivos.

¹⁰ Curiosamente, la sentencia invoca el citado preámbulo reconociendo el carácter especial del TRLGDCU respecto de la LCJIMC, pero seguidamente ignora tal naturaleza.

Este error sobre la prelación de las fuentes del Derecho se agrava en lo material por cuanto, según el TS, el artículo 67.1 del TRLGDCU y el artículo 33.3 de la LCJIMC incorporan la misma solución (FD 8º) cuando un análisis detallado demuestra lo contrario. El primero dispone, en su último inciso, que “Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española”. El artículo 33.3 de la LCJIMC establece en cambio 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”. Las diferencias resultan evidentes.

a) Por una parte, el supuesto de hecho de ambos preceptos no es idéntico: el art. 67.1 del TRLGDCU se refiere al caso en que “no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera” y el art. 33.3 de la LCJIMC a aquel en que “no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. En el primero no se exige, pues, que la imposibilidad de determinar el contenido del Derecho extranjero se deba a las partes¹¹.

b) Por otra parte, y sobre todo, la consecuencia jurídica de ambos artículos también es dispar: el artículo 67.1 del TRLGDCU dispone que “se aplicará subsidiariamente la ley material española” en tanto que el 33.3 de la LCJIMC establece que “podrá aplicarse el Derecho español”. Disparidad que se explica y justifica por el ánimo tuitivo de los consumidores que informa la primera de las leyes como consecuencia del mandato del artículo 51.1 de la CE. Así las cosas, de haberse aplicado el artículo 67.1 del TRLGDCU al presente caso, como era obligado, la consecuencia habría sido doble.

a) El supuesto de hecho de esta norma ampararía la situación *sui generis* en que no se pudo determinar el contenido del Derecho inglés porque Diamond no lo aportó y porque al matrimonio consumidor demandante no se le permitió hacerlo una vez tuvo conocimiento (en casa-ción) de que la Ley aplicable era la inglesa y no la española (en la que fundamentó su pretensión inicial conforme a la propia jurisprudencia del TS en tal momento)¹².

b) El artículo 67.1 obligaría por consiguiente al TS a aplicar el Derecho español sin margen de apreciación alguno. De este modo la solución del caso hubiera sido bien distinta —y más ajustada a Derecho— a la

¹¹ Ambas normas también difieren en la nota de *excepcionalidad*, que no se requiere en la del TRLGDCU y sí en la de la LCJIMC. Sobre ello nos detendremos más adelante.

¹² Con un manifiesto desenfoque, el TS señala en el FD 8º de la sentencia que “el art. 67.1 TRLGDCU subordina la aplicación subsidiaria de la ley española a que «no se haya podido probar» la ley extranjera, solución que no es de aplicación cuando, como sucede en el caso, la pretensión de la parte demandante debería fundarse, conforme a lo previsto en los contratos que suscribió, en el Derecho inglés y, sin embargo, ni ha alegado ni probado que conforme a ese derecho los contratos sean nulos, ni ha hecho mención a la imposibilidad de prueba de tal derecho, sin que sea razonable imponer a la parte demandada que niega correctamente la aplicación del Derecho español la prueba de que los contratos son válidos conforme al Derecho inglés”.

dada en la sentencia comentada y hubiera evitado dar pie a un posible recurso de amparo ante el TC como consecuencia de haberse obviado la cualidad de consumidores de los demandantes (*infra*).

2. ¿CUÁL ES LA NUEVA REGLA SOBRE CARGA DE LA PRUEBA ESTABLECIDA POR EL TS?

Ignorada erróneamente la aplicación del artículo 67.1 del TRLGDCU por el TS, abordaremos esta segunda pregunta desde la óptica seguida por la sentencia comentada. La regla tradicional —y congruente— de nuestro sistema sobre carga de la prueba se sintetiza en que “quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso”¹³. Ello se complementa con la facultad —que no obligación— de nuestras autoridades judiciales en este punto, como reconoce el TS en el FD 8º de la sentencia de 30 de octubre de 2024: “El derecho extranjero debe probarse porque el juez español no está obligado a conocerlo, y la mera alegación del derecho extranjero no equivale a su prueba. El tribunal puede apoyar la prueba del derecho extranjero, pero no puede sustituir a las partes”.

La aplicación de estas premisas al presente asunto lleva al TS a afirmar por lógica, en el mismo FD, que “no puede aplicar el Derecho inglés porque corresponde a las partes la prueba del derecho extranjero (...). En el caso no ha sido probado el Derecho inglés y el tribunal desconoce si con arreglo al mismo los contratos impugnados son nulos”. Seguidamente, el Alto Tribunal se plantea si, ante la falta de prueba del Derecho inglés, procedería aplicar subsidiariamente el español; lo que niega aduciendo que ello no podría basarse en el artículo 33.3 de la LCJIMC porque este “precepto ofrece una respuesta ‘excepcional’, según su propia dicción, y por tanto solo para el caso de que se ocupa, y que consiste en que no sea posible para las partes la prueba del derecho extranjero. Para este supuesto se admite que el tribunal ‘pueda’ aplicar el Derecho español”.

A partir de este punto las reglas de la lógica seguidas por el TS se quiebran. En efecto, prosigue éste señalando que no cabe la aplicación subsidiaria de la Ley española “cuando, como sucede en el caso, la pretensión de la parte demandante debería fundarse, conforme a lo previsto en los contratos que suscribió, en el Derecho inglés y, sin embargo, ni ha alegado ni probado que conforme a ese derecho los contratos sean nulos, ni ha hecho mención a la imposibilidad de prueba de tal derecho, sin que sea razonable imponer a la parte demandada que niega correctamente la aplicación del Derecho español la prueba de que los contratos son válidos conforme al Derecho inglés”¹⁴. Las

¹³ FD 3º de la sentencia del TS 338/2008, de 30 abril (ECLI:ES:TS:2008:1632), que cita a su vez las del mismo órgano de 27 de diciembre de 2006 y de 4 de julio de 2007.

¹⁴ A la vista de ello sostiene ARENAS GARCÍA, Rafael, que con esta sentencia “El Tribunal Supremo (...) se aparta de los pronunciamientos anteriores”: “Imperatividad...”, *cit.*, p. 340.

dudas que surgen de inmediato resultan evidentes: ¿cómo se podía saber que esa era la solución “correcta” en el momento de la presentación de la demanda si, precisamente, lo que se pedía a los órganos judiciales era que dirimiran si era de aplicación el Derecho español o el Derecho inglés? ¿Cómo podía saber la parte actora que “debía fundamentar su pretensión” (en términos del propio FD 8º) en el Derecho inglés si, cuando presentó la demanda, la jurisprudencia (incluyendo la del TS) había resuelto hasta entonces en casos idénticos declarando nula la elección de la Ley inglesa en este tipo de contratos y aplicando subsidiariamente el Derecho español y aún no se habían dictado las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2023?¹⁵.

La consecuencia de todo ello es sorprendente e impactante: con esta nueva regla sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero decae la hasta ahora vigente según la cual la alegación y prueba del Derecho extranjero compete a quien fundamente su pretensión en él (sea demandante o demandado)¹⁶; y se obliga a partir de ahora a todo demandante a poseer dotes adivinatorias acerca de la Ley que hasta la última instancia judicial pueda declarar aplicable al fondo del asunto (e, incluso, acerca de qué sentencias novedosas puedan ser dictadas por distintos tribunales una vez presentada su demanda). De no disponer de tales dotes, que es lo común, todo demandante que base su pretensión fundadamente en el Derecho español deberá, además, alegar y probar el Derecho —ojo, o los Derechos— extranjero posiblemente aplicable al fondo por si así fuera decidido por alguna instancia judicial en algún momento¹⁷. En cambio, al demandado le bastará adoptar una actitud pasiva, alegar simplemente la aplicación del Derecho extranjero que considere (sin necesidad de aportar prueba alguna sobre él) y aguardar a que el demandante no cumpla con la nueva (y pesada) carga de la prueba que le impone el TS a partir de ahora; en palabras de R. ARENAS GARCÍA, la solución de la sentencia comentada “puede llevar a que el demandado obtenga la desestimación de la demanda simplemente mostrando que el Derecho alegado por el actor no es el aplicable”¹⁸.

¹⁵ En los asuntos C-821/21 y C-632/21, cuyo impacto en este **caso** no podemos abordar. Sobre la aplicación pacífica de nuestro Derecho hasta la fecha *vid.* YBARRA BORES, Alfonso, “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”, *Bitácora Millennium DIPr*, n° 20 (diciembre de 2024), p. 8. En el presente caso, el matrimonio consumidor demandante presentó ante el TS un incidente de nulidad de actuaciones por incongruencia que fue desestimado mediante providencia de 27 de enero de 2025.

¹⁶ Explica ARENAS GARCÍA, Rafael (“Imperatividad...”, *cit.*, p. 346) que según las reglas que se derivan del artículo 217 de la LEC podría interpretarse que era el demandado, quien alegaba el Derecho extranjero, el que había de probarlo. Con la nueva solución, el TS habría infringido esta norma generando indefensión para los consumidores demandantes.

¹⁷ Según el último autor (*op. cit.*, p. 349), la STS “obligará a introducir varias peticiones en la misma demanda teniendo en cuenta los diferentes derechos que pudieran resultar aplicables al caso”. En la misma línea YBARRA BORES, Alfonso, “Las consecuencias ...”, *cit.*, nota 20, p. 11.

¹⁸ “Imperatividad...”, *cit.*, p. 335. En contra CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “La luz vence a la oscuridad...”, *cit.*: “el demandado no tiene que acreditar el contenido y vigencia del Derecho inglés, porque no ejercita pretensión alguna ante el tribunal (...). La carga y el deber jurídico de probar el Derecho extranjero recae sobre los hombros del demandante,

Pero, aun asumiendo a partir de este momento la nueva regla sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero, lo peor está por llegar cuando, en casos como el presente, no se ha concedido al demandante que basaba fundamentalmente su pretensión en el Derecho español, y no en el extranjero, aportar prueba de éste una vez que alguna instancia judicial decidiera que el Derecho aplicable era el extranjero¹⁹. Por ello este caso precisaba de una solución *ad hoc* al tratarse de un supuesto limítrofe entre la anterior y la nueva regla de carga de la prueba. La puerta a la indefensión por denegación de justicia se ha abierto en amparo ante el TC²⁰.

3. ¿QUÉ SOLUCIÓN *AD HOC* PODRÍA HABERSE DADO A CASOS COMO EL PRESENTE?

Continuando con nuestra línea de reflexión, a fin de evitar la indefensión aludida podrían haberse explorado algunas soluciones por el TS para el presente caso a fin de, posteriormente, sentar nueva doctrina general sobre la carga de la prueba.

- a) Una primera hubiera consistido en interpretar la nota de *excepcionalidad* del artículo 33.3 de la LCJIMC de manera diferente a como lo ha sido en la presente sentencia. En efecto, la misma podría ser entendida de diversas maneras en los términos del vocablo “excepcional” en el Diccionario de la RAE: como salvedad a la regla común; como algo que se aparta de lo ordinario; o como algo que ocurre rara vez. La exposición de motivos de la Ley 29/2015 poco aclara sobre ello, pues se limita a establecer que “la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero”. Pero no debe confundirse lo excepcional en las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, a lo que se refiere esto último (algo que ya estaba asumido jurisprudencial y doctrinalmente)²¹, con lo excepcional en

que es el que acude al juez con su pretensión. El demandado sólo debe probar el Derecho extranjero si reconviene”.

¹⁹ El propio TS, Sala primera, ha recordado en el FD 7º de su sentencia 198/2015, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1868), que la prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda. ARENAS GARCÍA, Rafael, es partidario de que expresamente *de lege ferenda* se permita que, en casos como el presente, la prueba del Derecho extranjero se practique en segundas y ulteriores instancias, incluyendo la casación: “Imperatividad...”, *cit.*, pp. 347-348.

²⁰ En opinión de este último autor (*op. cit.*, p. 344), el supuesto de la STS comentada sería similar al abordado por la STC 33/2002, 11 de febrero de 2002, en que se concedió el amparo al demandante en la instancia, considerando que se había vulnerado el derecho a su tutela judicial, pues su demanda fue desestimada porque el tribunal consideró que el Derecho extranjero alegado por el demandado era el efectivamente aplicable al caso, sin haber dado al demandante la oportunidad de probarlo.

²¹ Tal sería el célebre caso de los esposos armenios resuelto por la STC 10/2000, de 17 de enero, ante un caso de imposibilidad de acceder al Derecho armenio pese a los reiterados intentos de quien fundamentaba su pretensión en él. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (“La luz vence...”, *cit.*) se refieren a causas extraordinarias, inusuales y justificadas como guerras

la consecuencia jurídica, esto es, con la posibilidad de aplicar el Derecho español como salvedad a la regla general (que es a lo que se refiere el inicio del artículo 33.3). En otros términos, la intención del legislador en la Ley 29/2015 ha sido disponer que pueda aplicarse el Derecho español en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Lo *excepcional* no deben ser pues los hechos, sino la aplicación del Derecho español.

Para ello la autoridad competente habría de efectuar una valoración de las circunstancias a fin de ejercer su facultad de aplicar o no el Derecho español al caso. Y las mismas resultan claras en este caso: Diamond no aportó prueba del Derecho inglés por voluntad propia y el matrimonio británico tampoco porque no resultaba lógico a la vista de la solución dada a asuntos idénticos por el propio TS en el momento de presentación de la demanda (y, no lo olvidemos, no basaba su pretensión en el Derecho inglés sino en el español)²². En definitiva, concurrían las circunstancias previstas en el artículo 33.3 para considerar que excepcionalmente *in casu* debía haber sido aplicado el Derecho español en lugar de desestimar la pretensión contenida en la demanda por falta de prueba del Derecho inglés²³.

- b) Una segunda solución transitoria a este fronterizo caso entre la anterior y nueva reglas sobre carga de la prueba podría haber sido la cooperación de los órganos judiciales españoles (a la sazón el TS) en acceder al contenido del Derecho inglés. Reiteradamente la sentencia comentada alude a la posibilidad de que los tribunales cooperen en la acreditación del contenido del Derecho extranjero; es más, alguna autorizada doctrina ha ido más allá para sostener respecto de este caso que si el demandado aportó algún inicio de prueba del Derecho inglés en la instancia “podría plantearse si no existiría obligación por parte del tribunal de completarla”²⁴.

Lo cierto es que el TS no ejerció esta facultad. Es momento de reflexionar, con carácter general, si no ha llegado la ocasión para dar un

en el país en cuestión, pandemias, hambrunas, explosiones volcánicas, revoluciones y similares catástrofes y desgracias que hagan imposible *de facto* a las partes adquirir el material normativo del Derecho extranjero pese a haber intentado su acreditación de buena fe.

²² Tampoco pudo aportarse prueba del Derecho inglés por los demandantes en la audiencia previa (artículo 270 de la LEC), pues el Juez no estimó aplicable tal Derecho sino el español.

²³ De este modo adquiriría pleno sentido el pronunciamiento del FD 8º de la propia sentencia del TS: “El art. 33 de la Ley 29/2015 solo establece una solución expresa para los casos de falta de prueba del derecho extranjero en los casos en ‘que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero’. Para estos casos, la previsión legal de la excepcionalidad de la aplicación del derecho español enlaza con la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, desde el punto de vista constitucional la aplicación del Derecho español se contempla como una posibilidad dirigida a evitar una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda”.

²⁴ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Imperatividad...”, *cit.*, p. 342.

paso más en nuestro sistema de aplicación del Derecho extranjero a fin de, en determinados casos con intereses relevantes en juego, convertir en deber la facultad de nuestras autoridades de acceder al contenido del Derecho extranjero aplicable; al menos en casos de países de nuestro entorno, máxime teniendo presentes los instrumentos técnicos de cooperación disponibles a tal fin (en particular por el TS)²⁵.

- c) Una tercera solución *ad hoc* para este supuesto podría haber sido puramente procesal. A este respecto, han sido varias las opciones planteadas. En primer término, se ha defendido la posibilidad de haber revocado la sentencia de primera instancia, haber ordenado retrotraer las actuaciones y haber permitido que las partes alegasen y probasen el Derecho inglés conforme al que, según el TS, debía decidirse el fondo del asunto; de esta manera se habría dado a las partes la oportunidad de discutir sobre el Derecho inglés sin necesidad de iniciar un nuevo litigio²⁶. De no caber ello, una segunda opción podría consistir en permitir la presentación de 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, practicándose prueba contradictoria sobre el mismo), teniendo presente que la inicialmente presentada por los consumidores británicos fue desestimada por falta de presupuesto y que no entró a resolver en cuanto al fondo del asunto²⁷; no obstante, sobre ello se ha planteado la duda de si el artículo 400 de la LEC (“Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos”) impediría interponer una nueva demanda²⁸.

4. ¿CUÁL SERÁ EL DEVENIR DEL CASO A PARTIR DE AHORA?

En el momento de elaboración de estas líneas, quien las redacta ha podido saber de la presentación de un recurso de amparo ante el TC por los demandantes en la instancia cuya admisión a trámite se halla pendiente. Y que el mismo se habría fundamentado, *inter alia*, en dos argumentos: por una parte, en la elusión por el TS de la regla especial de aplicación del Derecho

²⁵ YBARRA BORES, Alfonso, “Las consecuencias ...”, *cit.*, nota 22, pp. 12-13, que con buen criterio recuerda en este punto la constante recomendación de la DGSJFP a notarios y registradores para actuar así en sus respectivos ámbitos competenciales.

²⁶ *Id.*, p. 13.

²⁷ *Id.*, nota 5, p. 11.

²⁸ DIAGO DIAGO, Pilar, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, pp. 551-552; la reconocida autora sostiene que impedir la interposición de una nueva demanda podría incluso afectar al principio general de tutela judicial efectiva. Matiza la cuestión CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, quien considera que el objeto del artículo 400 de la LEC es impedir el llamado “goteo de procesos”, no siendo este el caso: “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *La Ley Digital*, nº 15139/2018 (23 de enero de 2019), p. 7.

extranjero en materia de consumo del artículo 67.1 del TRLGDCU, lo que les habría desprotegido como consumidores *ex* artículo 51.1 de la CE; y, por otra parte, en la vulneración de la tutela judicial efectiva de los demandantes *ex* artículo 24 de la CE, dado que la imposibilidad procesal de probar el Derecho extranjero decidido como aplicable por el TS en casación les habría generado indefensión²⁹.

De no admitirse a trámite el recurso —o de serlo, pero no prosperar— la situación de la cuestión abordada en estas páginas a partir de ahora “conduce a que, en determinados supuestos, a la parte que alega el Derecho extranjero no le interesará probarlo. Así sucede en el caso que nos ocupa: si el demandante ha basado su alegación en un determinado derecho y el que resulta aplicable es otro, ante la falta de prueba de este último al demandado le bastará con alegar que el aplicable es uno diferente del que se ha considerado para conseguir que la demanda sea rechazada. De esta forma, el que ha de probar el Derecho extranjero, al final, no es aquel a quien le interese (que es lo que resultaría de proyectar sobre el Derecho extranjero las reglas procesales de la prueba de los hechos), sino que el demandante cargaría siempre con esa obligación”³⁰.

En definitiva, pese a su avance destacado en ciertos aspectos (como la solución a la ausencia de prueba del Derecho extranjero), la sentencia del TS de 30 de octubre de 2024 representa un desafortunado cambio de criterio en materia de carga de la misma que urge remediar sea por el propio Alto Tribunal en posteriores pronunciamientos, sea por el legislador.

²⁹ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Imperatividad...”, p. 347: “Si el demandante alega y prueba el derecho que resulta de la conexión prevista en la norma de conflicto, si el juez entiende que hay otro derecho más estrechamente conectado con el supuesto, debería darse la posibilidad de que tal derecho fuera probado por el actor si es de su interés. En este caso concreto, una desestimación de la demanda sobre la base de la falta de prueba de un derecho que ha sido introducido por el juez podría ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva”. Del mismo tenor es el parecer de YBARRA BORES, Alfonso, “Las consecuencias...”, *cit.*, pp. 8 y 13.

³⁰ ARENAS GARCÍA, Rafael, *op. cit.*, p. 343. Añade YBARRA BORES, Alfonso (*op. cit.*, p. 13), que ello “resulta más preocupante cuando la parte que debería haberlo probado, la demandada, no lo hizo y, sin embargo, su actividad omisiva resulta premiada. Lo que, sin duda es un precedente peligroso de cara al futuro, que esperamos sea revisado”.