

# El Derecho extranjero en el proceso de trabajo

LUIS FRANCISCO CARRILLO POZO \*

---

## 1. PLANTEAMIENTO

**D**ifícilmente podríamos encontrar otra parcela del ordenamiento donde en los últimos cuatro o cinco años se haya sucedido tal cúmulo de sentencias calificables sin exageración de trascendentales. No es que existan planteamientos radicalmente enfrentados en el TS y el TC, pero sus perspectivas no siempre coinciden cuando hablan del mismo derecho fundamental, el de tutela judicial efectiva. En realidad, si podemos hablar de sentencias contradictorias –más aún, conscientemente contradictorias– es porque la Sala de lo Social del TS entre 2001 y 2004 se ha visto forzada a cambiar de opinión (la verdad es que sin mucha convicción, que todo hay que decirlo).

A raíz de la entrada en vigor de la LEC, sobre alegación y prueba de la ley extranjera se ha escrito mucho, demasiado. Trabajos rigurosos que pugnan acerca de la interpretación de sus normas y se centran en las peculiaridades de los procesos inquisitivos, la intervención del ministerio público o los recursos ante las Audiencias Provinciales; pero es extraño que no exista un estudio homologable para el proceso laboral, cuando

cuatro de las cinco sentencias del Constitucional sobre el tema traen causa en contratos de trabajo, y el único órgano que ha definido claramente su posición al respecto ha sido la mencionada Sala de lo Social del Supremo. No es motivo suficiente la inexistencia de regla especial al respecto en la LPL, desde el momento en que ni se puede afirmar sin mayor matiz que lo que se dice para el proceso civil pueda ser trasladado al laboral, como tampoco la norma del art. 281 LEC puede ser interpretada de igual forma en todos los procesos civiles.

Los temas que vamos a tratar de estudiar son los consabidos, los problemas típicos de cada momento procesal: La imperatividad de la norma de conflicto, los deberes procesales de las partes, la carga de la prueba, los medios de prueba, la reacción del ordenamiento ante la omisión probatoria de los litigantes, idoneidad de sus soluciones si se quiere dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva. Por eso el esquema que seguiremos en esta exposición sigue el curso del proceso. En todo caso, conviene partir de las distintas opciones, para pasar a estudiar los precedentes jurisprudenciales y terminar con una reconstrucción del sistema vigente<sup>1</sup>.

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Gerona.

---

<sup>1</sup> *Advertencia al lector:* Puede leer los epígrafes 2, 3-4, 5 y 6 en el orden que más le interese; si lo que

## 2. LAS SOLUCIONES

Un juez no puede ni tiene que conocer todos los ordenamientos del mundo, es claro. Los sistemas comparados han sido conscientes de ello y han previsto regímenes peculiares sobre el tratamiento de la ley extranjera en el proceso, dando lugar a tres modelos<sup>2</sup>: El de imperatividad de la aplicación de tal ley, el modelo de la voluntariedad y los modelos híbridos. El primero parte de la imperatividad de la norma de conflicto, de modo que no queda a la voluntad de las partes la aplicación de un ordenamiento u otro cuando el legislador ha querido que a una determinada relación jurídica se le aplique un concreto Derecho. Otra cosa distinta es a quién corresponda traerlo al proceso e investigar su contenido y vigencia: Así, en Alemania, Bélgica o Italia es el juez quien lo hace<sup>3</sup>, mientras que en España esta tarea compete al demandante, como veremos. El modelo voluntario es el propio, dicho muy en general, de los países de *common law*, coherentes con la consideración del Derecho extranjero como un hecho más que los litigantes aportarán o no en función de sus estrategias procesales<sup>4</sup>. El tercero, con muchos perfiles, es hoy por hoy mayoritario, permitiendo a las partes o al tribunal ampararse en la *lex fori* o incorporar al proceso la

extranjera en función de la materia sobre la que éste verse o sobre la base de meras consideraciones discrecionales<sup>5</sup>. Conviene en cualquier caso tener presente que son tres las opciones que el legislador debe realizar, no necesariamente vinculadas entre sí: El sí (o el no), el quién y el cómo se debe incorporar el Derecho extranjero al proceso<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Así, en Inglaterra, donde la imperatividad o no depende del propósito de la norma de conflicto, siendo cuestión que interpreta el juez discrecionalmente, como en Estados Unidos (véase la regla 44.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure*), Holanda (materias patrimoniales) y Suiza (en los términos del art. 16 de la ley de Derecho internacional privado, el tribunal debe determinar de oficio el contenido del Derecho extranjero, pero sujeto a excepciones que pueden desembocar en la aplicación de la ley del foro). Por su parte, el art. 12 del Nuevo Código de procedimiento civil francés sanciona la imperatividad para el juez de la aplicación de la ley extranjera, pero no su conocimiento, que debe ser procurado por la parte cuya pretensión se somete a esa ley. Hoy por hoy la norma de conflicto es imperativa sólo en las materias sustraídas a la libre disponibilidad de las partes, y en ellas el juez tiene que investigar de oficio la ley declarada competente. *Vid.* el reciente trabajo de B. FAUVARQUE-COSSON, «Foreign Law Before the French Courts: The Conflict of Law Perspective», en G. CANIVET, M. ANDENAS y D. FAIRGRIEVE, *Comparative Law Before the Courts*, Londres, 2004, pp. 3 y ss. Un completo estudio de este sistema en J. B. DONNIER, «Comentario a la sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 de noviembre de 1993», *Journal de Droit International*, 1994, pp. 100-115, así como en P. MAYER y V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, 2001, pp. 122 y ss., muy claro en la exposición de la evolución jurisprudencial y en F. MELIN, «Il trattamento del Diritto straniero in Francia (brevi cenni alla giurisprudenza recente)», *Rivista di Diritto Processuale*, 1998, vol. 53.4, pp. 1163 y ss., bastante crítico al poner de relieve cómo un litigio afecta siempre a intereses públicos, por lo que no cabe convertir en pilar del sistema la referencia a esos derechos libremente disponibles. Por último, J. DOLINGER, «Application, Proof and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1995, págs. 225 y sigs., e I. PITTALUGA, «La prova del Diritto straniero: Evoluzioni giurisprudenziali in Francia e in Italia», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 675 y ss.

<sup>6</sup> O, por decirlo de otra forma, hay que distinguir la aplicabilidad de la ley extranjera y su prueba: Ulteriores desarrollos sobre este tema en T. HARTLEY, «Pleading and

quiere es saber qué tenemos prescinda del 2; si tiene prisa, límitese al 3 y al 5.

<sup>2</sup> Seguimos en este punto la exposición de R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, 1998, pp. 265 y ss.

<sup>3</sup> § 293 ZPO alemana (sin perjuicio de la posibilidad de un acuerdo procesal que haga aplicable la ley del foro: BAC, 12 de junio de 1986), art. 15 del Código de Derecho internacional privado belga y art. 14 de la ley italiana de Derecho internacional privado. Esta posición es la de los ordenamientos austriaco (arts. 3 y 4 de la ley de Derecho internacional privado), portugués, sueco, danés y noruego. La misma solución aparece en fin en el art. 2 del proyecto holandés de Disposiciones generales de Derecho internacional privado. *Vid.* en todo caso la nota 5.

<sup>4</sup> En el bien entendido de que en estado puro no existe, y que también en Inglaterra la aplicación de la norma de conflicto puede ser imperativa.

## 2.1. El marco normativo español

A modo de recordatorio, apuntemos que el art. 281.2 LEC sanciona que «...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»<sup>7</sup>. De la mera lectura de la norma procesal se deduce claramente que la ley extranjera no es un hecho. La fórmula española parece muy razonable: En un entorno de recursos escasos y de litigios de Derecho privado, no conviene hacer pagar al conjunto de la sociedad por la aprehensión de conocimientos sobre las leyes extranjeras, por lo que se encomienda esa labor a los particulares, más en concreto a quien ve derrotadas sus posiciones, trámite costas procesales (aunque, lamentablemente, la regulación de los arts. 97 y 233 LPL no permitan estos ajustes *a posteriori*, con el consiguiente efecto desincentivador y perturbaciones añadidas<sup>8</sup>). No supone ello rebajar la consideración del Derecho extranjero, que sigue siendo tan Derecho como el consuetudinario (lo mismo ocurre en otros sistemas tan apartados en cuanto a las consecuencias como el alemán), mas se le somete al régimen de prueba propio de los hechos. La norma es

---

Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared», *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 271.

<sup>7</sup> Norma ésta que viene a desplazar al art. 12.6 II CC, a cuyo tenor «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». Es claro que el cambio sistemático comporta consecuencias en cuanto al tratamiento del Derecho extranjero, porque éste queda íntegramente sometido al régimen procesal de cualquier prueba, sin especialidades. Sobre ese tema en general remitimos a M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 365 y ss.

<sup>8</sup> Vid. nota 95.

puramente procesal, y no deja de ser elocuente —he aquí a un legislador sabio— su nueva ubicación. Lo que no dice es quién tiene la carga de la prueba —porque esta cuestión se somete al régimen general—, ni opta entre el modelo voluntario, imperativo o híbrido, por la sencilla razón de que un código de procedimiento civil no es el lugar apropiado para esas opciones previas de neto contenido conflictual. La respuesta a este problema viene en el título preliminar del CC, entre las demás normas sobre ley aplicable, donde el art. 12.6 insiste en que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español». Así, la eliminación de la referencia a «la persona que invoque el Derecho extranjero» del antiguo art. 12.6.II CC no supone ninguna revolución sobre el problema de la prueba ni un cambio de perspectiva, sino que es el simple resultado de la eliminación de redundancias y la mejor sistematización normativa<sup>9</sup>.

Cuando los litigantes realizan su tarea de alegación y prueba de la ley extranjera competente satisfactoriamente, tanto en la fase de subsunción como en la de prueba, no aparece ningún obstáculo ni duda, aplicándose aquella sin más y alcanzándose los resultados que correspondan según su propio tenor. Aquí lo único que suscita la duda es el «*quantum probatorio*», esto es, cuál es el nivel de prueba que debe aportarse a un juez para que éste tenga que considerarse suficientemente ilustrado sobre ese mencionado contenido y deba responder utilizando el material normativo que le han acreditado, no pudiendo escudarse en la insuficiencia probatoria para acudir a otras soluciones por defecto (*vid. infra*). Pero, al margen ese matiz, los casos fáciles

---

<sup>9</sup> En contra, L. CARBALLO PIÑEIRO, «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *Anuario español de DIPr*, 2001, pp. 483 y ss., seguida por J. MASEDA RODRÍGUEZ, «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Actualidad Civil*, 2002, p. 421.

tienen respuesta en la norma, y no nos interesan. ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando una relación jurídica se somete a un determinado ordenamiento extranjero y los litigantes –o alguno de ellos, si sólo a uno compete esa tarea– no realizan o no realizan correctamente la operación de subsunción que exige el mecanismo de la norma de conflicto? ¿Y si no se consigue poner a nuestros tribunales en situación de resolver como si fueran los del Estado cuyo ordenamiento se va a aplicar? ¿Cuál será la solución por defecto?

Las crisis se pueden dar en las dos fases del proceso lógico, aunque el problema típico se da cuando unos demandantes no invocan la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto, y construyen la demanda como si se aplicara el Derecho español. Las respuestas más numerosas a la falta de alegación de la ley extranjera van en dos direcciones: Se debe desestimar la demanda o se debe dar una respuesta mediante la aplicación a título subsidiario del Derecho español. Más raramente encontraremos sentencias que no dan lugar a que se plantee siquiera el problema porque optan por la investigación de oficio del Derecho extranjero declarado competente por nuestra norma de conflicto o que al amparo del art. 429 LEC decretan la retroacción de las actuaciones para que se reformule correctamente la demanda<sup>10</sup>. Ni que decir tiene que

<sup>10</sup> No existe una sola sentencia española en la que se acoja algo parecido a la doctrina alemana del *Ersatzrecht*, que permite al juez aplicar, en defecto de prueba de la ley extranjera competente, alguna otra relacionada (BGH, 23 de diciembre de 1981). No carece absolutamente de razones esta solución si nos colocamos en la perspectiva del ordenamiento alemán, donde el juez debe aplicar de oficio el Derecho extranjero, pero como subraya FENTIMAN (*op. cit.*, p. 282), puestos a recurrir a una ficción y aplicar un ordenamiento que no es el reclamado por la norma de conflicto, mejor nos quedamos con la ley del foro.

La tesis de la retroacción de las actuaciones fue acogida por la AP Baleares en su sentencia de 9 de octubre de 2002. Una exposición más amplia y crítica en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El TC y el TS ante la falta de alegación y prueba del Derecho extran-

las cuatro opciones son constitucionalmente legítimas, pero sólo una (la primera) es correcta con los datos normativos vigentes.

La relevancia práctica del problema no sería demasiado importante desde un punto de vista cuantitativo si los foros de competencia estuvieran redactados de forma coordinada con las reglas de conflicto, de modo que los tribunales españoles apliquen su propia ley como regla general. De hecho, esta coincidencia se consigue razonablemente bien en los litigios cubiertos por el reglamento 44/2001, cuyas normas de competencia gravitan en torno al domicilio del demandado y al lugar de ejecución del trabajo, discurrendo en paralelo al art. 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (aplicación, en defecto de pacto, de la *lex loci laboris*, y en casos de inexistencia de un único lugar de trabajo de la ley de la empresa que haya contratado al trabajador): En un litigio usual, donde el demandado sea el empresario, existirá el riesgo de que el tribunal español tenga que aplicar Derecho extranjero sólo cuando el criterio de competencia usado sea el domicilio del demandado aisladamente. Pero el contenido desorbitadamente tuitivo del art. 25 LOPJ exige a los tribunales españoles asumir competencia internacional en casos disciplinados por leyes extranjeras (recuérdese que pueden conocer sobre la base, por ejemplo, del simple lugar de conclusión de un contrato o de la nacionalidad común de las partes)<sup>11</sup>. Retengamos varios datos: El legislador español no ha podido no ser consciente

jero. (En torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)», *La Ley*, 25 de abril de 2005, por ejemplo.

<sup>11</sup> No se pierdan de vista además los arts. 10 del reglamento 1346/2000 y 207 de la Ley Concursal, que suponen traer al procedimiento de insolvencia la ley (eventualmente extranjera) reguladora del contrato de trabajo. No existe regla alguna sobre cómo se debe hacer, pero la intensidad de los objetivos perseguidos (respeto de las posiciones jurídicas consolidadas, simplificación del proceso) permite abogar por su aplicación de oficio. Evidentemente, no disponemos aún de jurisprudencia al respecto.

de la considerable cantidad de casos en los que se producirá esa disociación foro-ley rectora, no consta que haya intentado reducirlos, no es posible descubrir una orientación general favorecedora de esa coincidencia y no existe dato alguno del que deducir la vocación general expansiva de la ley del foro.

## 2.2. La aplicación del Derecho del foro

La aplicación del Derecho español en defecto de prueba suficiente del que resulte competente según nuestras normas de conflicto es una constante en la jurisprudencia de los tribunales civiles<sup>12</sup>. Sus premisas son la subsidiariedad de la ley del foro y la falta de coherencia que a su juicio existiría entre la afirmación de la competencia de los tribunales españoles y la posterior falta de pronunciamiento: En efecto, se reprocha a la fórmula desestimación de la demanda que deje sin atender la exigencia de tutela judicial de un demandante, subrayando que el contenido esencial de ese derecho se quintaesencia en la obtención de una resolución en cuanto al fondo —se entiende por tal la que estime o rechace las pretensiones por motivos sustantivos, no meramente procesales— si se dan los requisitos legales para ello, que en estos casos —aseguran— se dan. Situados en esta línea, parece afirmarse que el requisito legal crucial es que los tribunales españoles tengan competencia judicial internacional, de manera

que una vez que la hayan afirmado, y una vez admitida una demanda, carecería de sentido que después se negaran a resolver, con un fundamento u otro<sup>13</sup>. Y ante la falta de prueba del ordenamiento en su caso competente, la forma de satisfacer el derecho fundamental es agarrarse al carácter subsidiario de la ley española, su vocación general de ser aplicada o la presunción de identidad con la que fuera aplicable. De tal suerte que es como si se prescindiera de la configuración legal de los derechos recogidos en el art. 24 CE, haciéndolos valer directamente y al margen de los requisitos fijados en las normas procesales.

Por lo demás, habría a su vez que distinguir, dentro de esta corriente, entre posiciones más extremas que destacan la vocación general subsidiaria del Derecho español y aquéllas que postulan su aplicación sólo cuando no haya sido posible obtener información sobre el contenido y vigencia del Derecho extranjero (países sin ordenamiento o sin normas sobre un determinado tema, situaciones de crisis, guerras, ausencia de relaciones diplomáticas,...). Las consecuencias de una y otra son claras: En el primer caso, el derecho a una resolución en cuanto al fondo (en el sentido antes referido) existe siempre y en todo caso y al margen de la mayor o menor actividad probatoria y diligencia de las partes, mientras que en el segundo ese derecho sólo existe en presencia de dificultades de prueba extremas, cuya acreditación sería requisito *sine quo non* para obligar a la emisión de una decisión (fuera de esos supuestos la desestimación de la demanda sería la solución idónea). Dicho de otro modo, desde el punto de vista constitucional, en el primer caso el TC vendría obligado a otorgar amparo cada vez que un tribunal no resolviera por el motivo de la falta de alegación y prueba, mientras que en el segundo el amparo sólo se otorgaría si a pesar de la prueba de aquellos extremos

<sup>12</sup> Recientemente, SSTS de 5 de junio de 2000, 13 de diciembre de 2000, 22 de mayo de 2001, 17 de julio de 2001, 5 de marzo de 2002, 2 de julio de 2004, por citar sólo algunos ejemplos de la jurisprudencia del Supremo. Más recientemente, SSAP Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2004 o Granada de 15 de diciembre de 2004. En la jurisdicción social es la postura de la STSJ Asturias de 17 de septiembre de 2004, ejemplo claro de hasta qué punto las sentencias dictadas en unificación de doctrina no restringen la libertad de interpretación del juez: Estando aún vigente la posición sentada el 22 de mayo de 2001 por el TS, prefiere referirse a la STS de 16 de marzo de 1999. Ésa es igualmente la solución alemana y fancesa.

<sup>13</sup> Un ejemplo de absoluta confusión en J. MASEDA RODRÍGUEZ, «La aplicación judicial...», *op. cit.*, p. 440.

impeditivos hubiera dejado de analizar sustantivamente las pretensiones.

Frente a esta tesis se pueden formular varias objeciones:

a. Desconoce la libertad que el constituyente dejó al legislador ordinario para configurar como mejor pudiera o quisiera los derechos fundamentales. No existe una sola respuesta constitucional al problema del tratamiento del Derecho extranjero. El constituyente lo único que prevé es que exista un mecanismo en virtud del cual los privados puedan saber anticipadamente a qué ordenamiento se someten sus relaciones jurídicas cuando existan elementos de internacionalidad (argumento *ex art.* 149.1.8 CE), corolario del principio de seguridad jurídica. A partir de ahí el legislador es libre siempre que no sacrifique arbitraria y desproporcionadamente los derechos de defensa de los ciudadanos (sería legítimo, por ejemplo, limitarse a prever la automática aplicación de la *lex fori* en todos los sectores, siempre que nuestros tribunales fueren competentes). Podrá por tanto configurar el proceso civil dando mayor o menor peso al principio inquisitivo o al de justicia rogada. En este sentido, vulneraría –o al menos desconocería– la esencia del proceso exigir del órgano una actuación procesal contraria a las formalidades procesales. Hay una idea que preside la forma que tiene el TC de ver el Derecho internacional privado, que aparece muy bien en la STC 43/1986 de 15 de abril, y es que quien se beneficia del comercio internacional y crea conexiones con otros ordenamientos debe asumir los costes asociados por la ley a su propia actividad voluntaria. Traducción: Quien tiene que deducir sus derechos de la ley extranjera tiene que bregar con ésta en la forma que le diga el legislador.

b. Si una parte ha hecho caso al art. 12.6 CC y se ha creído que las normas de conflicto son imperativas, ajustando su comportamiento al ordenamiento extranjero reclamado por éstas, que después venga el tribunal y le aplique el Derecho español, con el que no

tenía obligación de contar ni era previsible su aplicación al caso, violenta sus derechos de defensa<sup>14</sup>.

c. No es cierto que la desestimación y no aplicación de la ley del foro suponga falta de respuesta. Respuesta se da siempre. Este es un error en el que cae también el TC (aunque lo más grave que ha aseverado éste es que la desestimación de la demanda supone inadmisión de la misma: STC 33/2002). Nada en las normas infraconstitucionales de desarrollo del art. 24 CE impone la conclusión absurda de que los jueces tengan que emitir una resolución de fondo estimatoria de las pretensiones del actor cada vez que se consideren competentes. De seguir por este camino habría que eliminar todos los supuestos en los que el sistema procesal sanciona la omisión de un comportamiento con el archivo de la demanda o su desestimación: Si cada vez que un tribunal se declara competente tiene obligación de dictar sentencia, no caben las excepciones procesales.

d. En otro orden de cosas, la solución legerforista genera inseguridad jurídica, porque la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto o del español –con ello la disparidad de soluciones– queda al albur del mayor o menor éxito en el desarrollo de la actividad probatoria<sup>15</sup>. No se sabe *a priori* qué ley rige una relación dada.

e. No explica cómo coordinar las ideas de imperatividad de la norma de conflicto y la opción que se permite entre alegar o no el Derecho extranjero, abriendo la puerta al fraude. Más aún, la sentencia que no aplique el art. 12.6 CC no resuelve según el sistema

<sup>14</sup> La necesidad de que ambas partes debatan sobre cualquier extremo de hecho o de Derecho –con expresa referencia a la ley aplicable– aparece consagrada como básica en el principio 19.1 de los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* elaborados por Unidroit (mayo de 2002).

<sup>15</sup> Esta idea aparece muy bien expuesta en el voto particular a la STS de 4 de noviembre de 2004.

de fuentes y en buena lógica tendría que recibir el amparo del TC.

f. Parte de una idea indemostrada y es la subsidiariedad general de la ley del foro, cosa que vale sólo como excepción (por ejemplo en la reforma del art. 107 CC) y que desde luego en materia laboral no existe.

### 2.3. Investigación de oficio del Derecho extranjero

Una solución que hoy en día es marginal en nuestro país es la de la investigación *ex officio* del Derecho extranjero<sup>16</sup>. Sin duda, cohonesta más plenamente el derecho a obtener una resolución que analice el fondo de las pretensiones con la imperatividad de la norma de conflicto, pero ni es la solución más acorde con los derechos de defensa ni respeta la esencia del proceso. Esto es, para obtener un pronunciamiento sobre el fondo ajustado al Derecho aplicable hace falta cumplir los requisitos establecidos por el legislador, a los que se les debe pedir exclusivamente que respeten el contenido esencial. ¿Es razonable hoy por hoy

<sup>16</sup> Y decir marginal es elevar su rango de penetración, porque sólo aparece en la sentencia del TS de 17 de marzo de 1992, y de forma tangencial. La STS de 31 de diciembre de 1994 la rechaza expresamente. No confundir con el recurso a las diligencias para mejor proveer, que parten siempre de la alegación y cierto nivel de prueba del Derecho extranjero por obra de las partes (*vid.* STS de 15 de noviembre de 1996). Recientemente considera que éste es el sistema español, por ejemplo, J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Barcelona, 2004, p. 38.

La práctica alemana es ilustrativa en este sentido. Los tribunales de este país asumen la investigación de oficio de las leyes extranjeras cuando se trate de ordenamientos de otros Estados germanoparlantes, sin acudir al medio usual que es el recurso a expertos nombrados por ellos mismos o las partes. Sin que sea posible trasladar ese modelo al Derecho español, sí que pone el acento en las posibilidades que se le abren a nuestros jueces de colaborar con las partes en la averiguación con un coste muy bajo (piénsese en el enorme volumen de datos publicados en internet) de una gran cantidad de leyes del mundo.

exigir a un juez que determine el contenido de la ley extranjera? ¿Es el único cauce para garantizar que las relaciones jurídicas se sometan al Derecho querido por el legislador? La respuesta es no. Nada impone que la imperatividad de la norma de conflicto se alcance de una sola y exclusiva forma; la elección del modelo pertenece a la soberanía del legislador. Podía éste reservar la investigación de oficio a los casos en que concurren criterios objetivamente definidos en función de los sujetos afectados o de los fines perseguidos. Por ejemplo, en cuestiones de estado de las personas o de protección de incapaces el interés público es muy intenso, de suerte que obligar al conjunto de la sociedad a asumir unas cargas financieras dirigidas a la realización de intereses no sólo privados, con relevancia y/o utilidad colectiva, casa con la idea de proporcionalidad y justifica estas inversiones. Pero cuando lo que se está ventilando son intereses predominantemente privados la respuesta no es tan clara. La investigación de oficio del contenido y vigencia del Derecho extranjero no se deduce imperativamente del texto constitucional. Los fines propios del Estado social y el respeto del método conflictual se pueden alcanzar por otra vía menos gravosa para el conjunto social, y es eso lo que ha hecho, al articular instrumentos internacionales de asistencia judicial, unidos a la gratuidad de las actuaciones, como ocurre en el ámbito laboral<sup>17</sup>. En consecuencia, no por que sea la vía que mejor realice este Derecho es la única opción posible, como es obvio.

<sup>17</sup> Es interesante la observación que con un enfoque eficientista realiza G. PALUMBO en «Trial Procedures and Optimal Limits on Proof-taking», *International Review of Law & Economics*, nº 21, 2001, pp. 309 y ss., poniendo de relieve que los objetivos perseguidos deben modular el nivel y la carga de la prueba. La prueba insuficiente desemboca en el mantenimiento del *status quo* patrimonial; hay que ponderar qué riesgo interesa conjurar en mayor medida, si el de mantenimiento de una situación quizás injusta o el de condena de un inocente. Parece que la sensibilidad jurídica occidental prefiere evitar a toda costa las expropiaciones de recursos indebidamente realizadas.

La investigación de oficio no es el sistema querido por el art. 12.6 CC. Por lo demás, tampoco el inciso final del art. 281 LEC contiene obligación alguna de investigación por parte del órgano judicial. La fórmula no puede contradecir ni la imperatividad de la norma de conflicto ni la exigencia de prueba que establece la primera frase del párrafo segundo, debiendo partir del respeto a la iniciativa de las partes, que son las que tienen que traer al proceso el dato de la ley extranjera. De esta forma, si no ha existido su previa invocación no puede un juez sorprender las expectativas del demandado haciendo aparecer (aplicando en suma) sin más un ordenamiento con el que nadie contaba<sup>18</sup>. Estaría alterando las posiciones jurídicas de los litigantes, corrigiendo los defectos jurídicos de la demanda, cosa que no le corresponde<sup>19</sup>. En este sentido, viene a auxiliar la labor del intérprete la STC 10/2000 de 17 de enero. Como se recordará, el caso era el de una demandante de separación que había invocado e intentado sin éxito probar el contenido de la ley extranjera (armenia), evidenciándose la objetiva imposibilidad de obtener informaciones precisas sobre ella. Solicitada asistencia al órgano judicial, pedía que en vista de esa circunstancia se resolviera aplicando Derecho español en su defecto, pero la respuesta fue la desestimación de su demanda. Pues bien, la doctrina, importante a los efectos de la vinculación del art. 5 LOPJ, puede ser resumida en tres palabras: Asistencia al diligente. Lo que resuelve el TC es coherente con los derechos de las partes y orienta muy bien el sentido del mencionado inciso del art. 281 LEC: Era exigible una par-

<sup>18</sup> La excelente STS de 12 de febrero de 1991 explica muy bien cómo las diligencias para mejor proveer no quiebran el principio de igualdad siempre que el hecho investigado figure en el marco de las alegaciones realizadas por las partes, y sobre los que ha recaído su actividad probatoria.

<sup>19</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El TC y el TS ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero. (En torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)», p. 4.

ticipación más activa del juez, una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que se justificara por qué no se acudió a otras medidas complementarias. Lo que en el ámbito procesal quiere decir que la facultad prevista en esa norma se convierte en obligación de cooperar con las partes a cargo de los jueces y tribunales españoles, siempre que éstas aporten un principio de prueba o al menos actúen con una mínima diligencia, pero nunca que hagan su trabajo (sin perjuicio del recurso a esa norma para justificar la actividad investigadora cuando albergue dudas sobre el contenido o la interpretación de la ley extranjera)<sup>20</sup>.

#### 2.4. La desestimación de la demanda

Se trata ante todo de salvaguardar la imperatividad de las normas de conflicto españolas y asegurar que los derechos se hagan valer tal como existen según el legislador español<sup>21</sup>. Una parte debe convencer al tribunal de que tiene razón y de que merece una sentencia que ampare su pretensión, y

<sup>20</sup> Se habla con razón del derecho a la activa colaboración del juez: J. MASEDA RODRÍGUEZ, «La aplicación judicial...», *op. cit.*, p. 425.

<sup>21</sup> Así, la STS de 19 de febrero de 1990 pone el acento en el carácter no facultativo de las normas de conflicto. Esta solución es acogida excepcionalmente en el orden civil: Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya (31 de junio de 1991), Alicante (4 de octubre de 1995), Murcia (11 de diciembre de 1995), Málaga (17 de mayo de 1995), Barcelona (15 de septiembre de 1998), Alicante (27 de noviembre de 1998), Madrid (23 de noviembre de 2000), Castellón (23 de abril de 2002), o TS (6 de junio de 1969, 5 de noviembre de 1971, 19 de diciembre de 1977). En esta línea parece orientarse la confusa SAP Vizcaya de 6 de abril de 2004. En el orden social es una constante sin embargo: TSJ Madrid (Social) 7 de julio de 1997 y 29 de mayo de 2001, TS 22 y 25 de mayo de 2001, STSJ Madrid de 26 de febrero de 2004. El anexo final de jurisprudencia –muy bien sistematizada– recogido en J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *Las normas jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 163 y ss. es realmente útil para conocer las respuestas de los tribunales en esta materia.



para ello tiene que alegar y probar que militan en su favor aquellos extremos a cuya concurrencia condiciona la ley la emisión de una decisión (eventualmente favorable). Pero nadie en su sano juicio puede esperar que un juez le dé la razón violando o ignorando la ley. Por muy grande que sea su convencimiento de que tiene razón, si no se lo demuestran, lo único que puede hacer es desestimar la demanda. Y tanto da que los motivos para su apreciación sean unos hechos o unas normas: Si tienen que ser demostrados, no hay alternativa<sup>22</sup>. Hay que considerar además las consecuencias perversas a las que lleva la solución contraria, que deja en manos del demandante la selección de la ley aplicable (o, desde otra perspectiva, priva al demandado de una estrategia de defensa al desplazar sobre él cargas propias), optando por el Derecho español allí donde éste no tiene que ser aplicado, mediante el simple expediente de no invocar el que sí quería nuestro legislador.

La desestimación no puede ser confundida con falta de pronunciamiento en cuanto al fondo: Es simplemente una resolución que se pronuncia sobre la pretensión deducida, para no acogerla. Insistimos en ese extremo porque a veces se asevera (desde el TC por ejemplo: Sentencia de 11 de febrero de 2002) que la sentencia desestimatoria ha dejado de entrar a resolver por una causa no prevista en el ordenamiento español<sup>23</sup>. Por ello, ningún reproche merece esta opción desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva. No incluye éste en su contenido esencial el de obtener siempre y en todo caso una resolución –y mucho menos estimatoria–, como acabamos de ver.

De otra parte, la legitimidad constitucional de la condición de alegar y probar la nor-

mativa extranjera no debe suscitar ninguna objeción. En primer lugar, alegar es gratis, no requiere más que una operación de subsunción y juicio en la norma de conflicto que corresponda. Y la prueba no es una carga excesiva, ni en cuanto a la operación de aprehender informaciones ni en cuanto a su coste para un particular. La STC 155/2001 de 2 de julio rechaza justamente la observación de que sea una prueba diabólica. Un tribunal no puede saberlo todo, y su conocimiento del Derecho se limita a las normas escritas, internas y generales: Parece razonable, proporcionado y no sacrifica indebidamente intereses legítimos. Al fin y al cabo, la costumbre es Derecho y también debe ser probada. Es una opción del legislador si nuestros tribunales se informan o no de oficio acerca de ese sistema, pero no es menos cierto que imponerles en todo caso esa tarea es demasiado costoso. Además, en un Estado como el español no se justificaría –por razón del volumen de casos con elementos jurídicamente heterogéneos– la creación de un sistema institucionalizado de información del ordenamiento extranjero<sup>24</sup>. Ahora bien, sí que sería un sacrificio indebido de la efectividad del derecho obligar a los particulares a obtener esos datos acerca de una ley distinta a la española con la amenaza de la deestimación cuando fuera imposible de hecho o si sólo pudiera lograrse con un coste desmesurado; en ese caso sí que asistiríamos a la vanificación real del derecho de aportar las pruebas que le convengan, y eso justificaría hablar de quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, si el legislador opta por la fórmula imperatividad + prueba a cargo del actor, y siempre que desee mantenerse dentro de las exigencias derivadas del art. 24

<sup>22</sup> El TS describe perfectamente la situación en un par de palabras: El problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba (por ejemplo, sentencias de 16 de marzo de 2000, 31 de enero de 2001 o 3 de octubre de 2002).

<sup>23</sup> En contra, por ejemplo, L. CARBALLO PIÑEIRO, «El carácter imperativo...», *op. cit.*, p. 494.

<sup>24</sup> Cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aplicación del Derecho extranjero y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de justicia*, núm. 11, 2000, p. 1158. Un planteamiento similar aparece en «Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 1, 2001, pp. 218 y ss.

CE, tiene que cuadrar el balance ofreciendo instrumentos de auxilio, gratuitos en su caso cuando se trate de individuos típicamente necesitados de protección: Si ese balance no cuadrara existiría un déficit desde el prisma constitucional. Pues bien, hoy por hoy existen instrumentos convencionales sobre información del Derecho extranjero que funcionan muy bien y con un ámbito de aplicación bastante extenso<sup>25</sup> (sin contar los convenios bilaterales<sup>26</sup>) y un coste no desmesurado, y en

<sup>25</sup> En vigor en España el Convenio de Londres sobre información del Derecho extranjero de 7 de junio de 1968, los de La Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954 y sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil de 18 de marzo de 1970, la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979. En relación con el primero es recomendable A. PÉREZ VOITURIEZ, *El procedimiento de información de la ley extranjera en el Derecho español*, Madrid, 1988, pp. 82-84 y 91 y ss. Téngase además en cuenta la Red judicial europea en materia civil y mercantil (Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001). No es descartable a estos efectos la utilización del reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en materia civil y mercantil.

<sup>26</sup> Art. 10 del Convenio con Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, de 4 de mayo de 1987; art. 27 del Convenio con Uruguay sobre cooperación jurídica, de 4 de noviembre de 1987 (excluye la materia seguridad social); art. 32 del Convenio con Brasil sobre cooperación jurídica en materia civil, de 13 de abril de 1989; arts. 5 y 13 del Convenio con la URSS sobre asistencia judicial en materia civil, de 26 de octubre de 1990; art. 27 del Convenio con China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992; art. 25 del Convenio con Bulgaria sobre asistencia judicial en materia civil, de 23 de mayo de 1993; arts. 33-37 del Convenio con Marruecos sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997; art. 17 del Convenio con Tailandia sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 15 de junio de 1998; art. 26 del Convenio con Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de 24 de septiembre de 2001. Todos ellos prevén mecanismos de asistencia mediante autoridades centrales o consulares. El art. 3 del Convenio con Portugal sobre cooperación judicial en materia penal y civil, de 19 de noviembre de 1997, puede ser utilizado como cauce

segundo lugar el trabajador goza del beneficio de justicia gratuita que, como es sabido, cubre esos extremos (arts. 2.d, 6 y 7 LAJg). Por consiguiente, todo eso arrincona a supuestos excepcionales las excepciones a la regla de la aportación de parte, que no recibe en sí misma modulaciones por razón de la materia sobre la que verse el litigio sino por la concurrencia de circunstancias extremas, a las que nos referiremos *infra*<sup>27</sup>.

Hay otro aspecto del principio de proporcionalidad que se podría entender comprometido, en tanto en cuanto no es sólo que no se le dé la razón a un sujeto en un caso dado sino que se le impide volver a litigar sobre esa pretensión. Se asistiría por tanto a una desestimación por motivos estrictamente procesales que excluiría la posibilidad de acudir a los tribunales a plantear de nuevo la misma cuestión. No es cierto que esta opción tenga que construir mil artificios para justificar la falta de cosa juzgada de la resolución o para entender que si se plantea la demanda de forma correcta se está intentando una acción nueva, porque ello conduciría en efecto al absurdo de entender que habría una acción nueva también cuando una demanda hubiera sido estimada y se intenta volver a litigar sobre los

para solicitudes de información directas de autoridad judicial a autoridad judicial. Por lo demás, no parece que el convenio con Méjico de 17 de abril de 1989 pueda servir para recabar informaciones sobre los sistemas jurídicos respectivos, no tratando más que de reconocimiento y ejecución de decisiones (en contra, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La prueba del Derecho extranjero...», *op. cit.*, p. 6).

<sup>27</sup> A favor de excepciones en materia laboral, *cfr.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Normas de conflicto...», *op. cit.* De los mismos autores, «La prueba del Derecho extranjero...», *op. cit.*, p. 7, con referencia específica a las normas materialmente orientadas como la del art. 6 CR. No tiene sentido a nuestro juicio sentar una excepción allí donde no se justifica, como es el caso: El principio general podría ser sacrificado cuando lo justifique la tutela judicial efectiva y no haya alternativa, pero en este caso el respeto del Derecho fundamental y la aplicación de la ley extranjera competente son perfectamente cohonestables.

mismos hechos pero en base a un ordenamiento diferente o cuando la norma de conflicto utiliza criterios de conexión alternativos y ya se ha obtenido una respuesta en base a uno de los Derechos así determinados<sup>28</sup>. No se precisa de artificios; no cabe reintentar las acciones, y basta. Es tan simple como constatar que no existe desproporción en la opción del legislador. Admítase un ejemplo preliminar extraído de la reciente práctica procesal: Cuando el procurador del demandante acude a la audiencia previa en un proceso civil sin poder especial, en los términos del art. 418 LEC se dicta auto en el que se pone fin al proceso. Podría decirse que el defecto de representación es nimio y que debería ser subsanable, pero lo cierto es que la realización de los fines de la audiencia previa, la vigorización del proceso y el respeto de las formas exige que los costes de la falta de respeto de las normas rectoras del procedimiento se imputen a quien ha generado el litigio y ha «molestado» al demandado. La LEC está llena de normas en las que a hipótesis de errores estrictamente procesales se les vincula la sanción del archivo de la demanda. Es lo que corresponde cuando hablamos de Derecho privado: Si las partes son las dueñas del proceso, a ellas les está encomendada la carga de actuar con diligencia, no a una tercera instancia supervisora que haga su trabajo, una especie de *big brother* procesal.

Volvamos entonces a la alegación y prueba de la ley extranjera. Hay que verificar si la desestimación de la demanda es útil, necesaria y equilibra razonablemente costes y beneficios: Pues bien, no cabe duda de que la proporcionalidad queda salvaguardada (y el legislador se ha movido dentro de su esfera de poder) desde el momento en que se ofrezcan (y en efecto se ofrecen) instrumentos y cauces

<sup>28</sup> Cfr., S. ALVAREZ GONZALEZ, «La aplicación del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *Revista española de Derecho internacional*, 2002, p. 211, con un elocuente ejemplo extraído del Convenio sobre responsabilidad por productos.

para que los litigantes puedan satisfacer las exigencias básicas de la imperatividad, la sanción es acorde con el entramado normativo y la lógica procesal en general, se vigoriza la seriedad del reclamo conflictual de una determinada ley, se atiende a la paz jurídica de quien ha litigado ya una vez en relación con unos determinados hechos, la obtención de pruebas no es desproporcionadamente costosa y existe en este punto cooperación de jueces y tribunales. En segundo término, el legislador pudo haber diseñado otro modelo, pero es éste el que tenemos, y, si quiere ser coherente, a la imperatividad de la norma de conflicto y a la obligación de prueba sigue la conclusión de que la demanda mal fundada tiene que ser desestimada.

Asegurada la proporcionalidad, no hay que recurrir a artificios: No es admisible la idea de que el cambio de las alegaciones sobre ley aplicable suponga cambio en el objeto del proceso y por lo tanto se pueda volver a litigar sobre la misma cuestión. El art. 400.2 LEC es muy claro: Los fundamentos jurídicos que se pudieron alegar en el primer proceso no pueden reintentarse en otro posterior<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Nos apartamos así de la idea de una especie de cosa juzgada *light* o limitada que permitiría volver a litigar sobre el mismo asunto una vez que fuera planteado correctamente (así en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Normas de conflicto...», *op. cit.*, p. 227). La interpretación que hacen del art. 400 LEC (la alegación del Derecho extranjero comportaría cambio de la causa de pedir, y esta norma se referiría sólo a supuestos en los que cabe usar simultáneamente varias de esas causas *petendi*) es tan bien intencionada como injustificada, sobre todo porque parece leer únicamente su párrafo 1º, y olvida el final del 2º: Producen cosa juzgada también los fundamentos que *hubiesen podido alegarse* en el juicio anterior. La STCo 177/1985 de 18 de diciembre en la que se amparan no vale para estos casos, centrada como está en los requisitos de la congruencia de la sentencia. Como pone de relieve A. DE LA OLIVA SANTOS, importa el objeto virtual (lo alegado y todo lo que pudo ser alegado por ser conocido entonces) del primer proceso, que marca los límites de la cosa juzgada (Comentario al art. 222, en *Comentarios a la LEC*, Madrid, 2001, p. 415). La STCo 187/2002 de 14 de octubre lo resume muy bien: «...El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art.

Problema distinto es el del *onus probandi*. El antiguo art. 12.6 II CC lo asignaba a aquél que invocara el Derecho extranjero (no sólo el actor, como con frecuencia se ha entendido); ya vimos que hoy el art. 281 LEC no dice expresamente sobre quién recae, porque no hace falta, ya que el art. 12 CC, al sancionar la imperatividad de las normas de conflicto, está reclamando que el actor se pronuncie sobre la ley aplicable y acredite su contenido. No es que deba probar quien alegue, sea una u otra parte, sino que es obligatorio alegar el Derecho extranjero con la demanda y, desde ese momento, probarlo, lo mismo que se prueban todos los demás elementos sobre los que se construye la pretensión (arts. 217.2 y 281.1 LEC)<sup>30</sup>. Y la consecuencia de la falta de prueba será, como dispone el párrafo primero del art. 217 LEC, la desestimación de las pretensiones fundadas en hechos no probados<sup>31</sup>. La

24.1 CE actúa como límite que impide a los jueces y tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad». Las mismas conclusiones para el proceso civil en F. GARAU SOBRINO, «La prueba del derecho extranjero en la nueva LEC», *Revista General de Derecho*, 2001, pp. 2357 ss. Una lectura desde la CE con impresionante aparato jurisprudencial en T. RUBIO GARRIDO, «Cosa juzgada y tutela judicial», *Derecho privado y Constitución*, 2002, pp. 259 y ss.; con algún relieve crítico, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Límites del efecto negativo de la cosa juzgada y proceso social», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, 2001, pp. 713 y ss. (p. 716 en particular).

<sup>30</sup> No se puede decir que el Derecho extranjero escape a este régimen probatorio porque las normas hablan de prueba de los hechos. Eso es escudarse en las palabras para no ver lo que quiere el legislador. Y una cosa es que el Derecho extranjero no sea un hecho y otra que no se le pueda aplicar el tratamiento procesal de los hechos.

<sup>31</sup> Se violarían las reglas sobre carga de la prueba y se abriría la puerta al recurso si, a pesar de no tener por probado un hecho o elemento de obligada acreditación, no se deducen las oportunas consecuencias y no se les imputa a quien omitió la prueba.

Por otra parte, la solución francesa va en este sentido. Quien tenga una pretensión sometida a una ley

toma en consideración del principio de disponibilidad probatoria y las especialidades del procedimiento laboral (SSTC 227/1991 y 34/2004 y art. 217.6 LEC) no tienen que suponer darle la vuelta a esta regla sino ante todo la mayor implicación del órgano judicial en la asistencia a las partes en la tarea de investigación del contenido y vigencia del ordenamiento extranjero aplicable, en la medida y la forma que recogía la sentencia del Constitucional 10/2000 referida más arriba. Más aún, una norma que impusiera a una categoría particular de litigante la carga de probar el Derecho extranjero (*v. gr.*, si en todo proceso laboral, con independencia de la materia que constituye su objeto, recayera siempre en el empresario), en tanto que quebraría la igualdad que inspira el desarrollo del proceso, podría merecer reproche constitucional<sup>32</sup>. Frente a esa hipotética norma la reacción habría de pasar por el correspondiente recurso o cuestión de inconstitucionalidad capaz de expulsar del ordenamiento la regla que incorpore tal desigualdad. En segunda instancia, la consecuencia de la implicación judicial será que en el proceso laboral asistiremos a un debilitamiento del principio de concentración de las actuaciones.

Precisemos en fin que si un demandante entiende que la ley reclamada por la norma de conflicto española es contraria el orden público del foro tendrá que demostrarlo, trayendo al proceso el suficiente material probatorio a tal fin<sup>33</sup>; no parece razonable, con todo, que en estas situaciones sea necesario ofrecer una prueba exhaustiva de sus normas, como si fueran a ser aplicadas para resolver el litigio, porque para apreciar su contradicción con nuestros principios fundamentales basta

extranjera debe probarla, y si no justifica la razón de por qué no la ha probado se entiende que aquella está mal fundada. Más detalladamente, P. MAYER y V. HEUZÉ, *Droit...*, *op. cit.*, pp. 124-125.

<sup>32</sup> *Cfr.* STC 14/92.

<sup>33</sup> J. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Comentario al art. 12.3 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 1995, pp. 899-900.

conocer sus grandes líneas inspiradoras o una sola norma aislada aplicable en el caso. En otro orden de cosas, ni que decir tiene que las mismas exigencias probatorias valen cuando se pretenda hacer funcionar la cláusula de excepción del art. 6.2 *in fine* CR o se invoque la toma en consideración de las normas imperativas de un tercer Estado *ex art.* 7 CR, con la única peculiaridad de que previamente cumple demostrar las circunstancias de puro hecho en que se concreta la noción vínculos (más) estrechos.

## 2.5. Recapitulación: Lo constitucional y lo ordinario

En la CE caben, al menos, estas tres fórmulas. No se trata de buscar «la solución constitucional del problema», o «la más constitucional»<sup>34</sup>. Antes al contrario, esto es pura legalidad ordinaria, y los derechos del art. 24 CE pueden ser respetados con cualquiera de ellas, siempre que el entramado procesal subyacente sea correcto. La función del recurso de amparo no es depurar el sistema jurídico sino brindar protección jurisdiccional de los derechos fundamentales<sup>35</sup>. No hace falta ser muy perspicaz para comprender que la tercera opción potencia más la idea de principio dispositivo, la estricta sujeción a la ley para el ejercicio de los derechos fundamentales, mientras que la primera se vertebra prioritariamente sobre el derecho que con más fuerza da contenido al art. 24 CE, esto es, el derecho a una resolución en cuanto al fondo (siempre matizado en el sentido antes referido). Adviértase que la solución que probablemente muestra mayor proximidad a la efectiva realización del derecho individual y los objetivos del sistema conflictual no encuentra en esta-

do puro demasiado eco en España, y tampoco es la predominante actualmente en el Derecho comparado. Por lo demás, que la última expuesta sea a nuestro juicio la que mejor realiza la lógica del Derecho privado propia de las relaciones a las que venimos refiriéndonos y la que hoy por hoy ha preferido el legislador español ha quedado claro<sup>36</sup>. Pero conviene asentar sólidamente la idea de que el juez no tiene atadura o condicionamiento alguno derivado de la jurisprudencia del TC. No es cierto que haya condenado éste por lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva la fórmula desestimatoria<sup>37</sup>. Ninguna de las sucesivas sentencias que ha dictado sobre el tema lo ha dicho de ese modo. La recurrente de 17 de enero de 2000 afrontaba un caso patológicamente extraño y la idea colocada en su centro, la única doctrina sentada, fue la obligación del órgano judicial de asistir al demandante razonablemente diligente, y eso es inobjetable<sup>38</sup>; la de 2 de julio de 2001 no dejó nada claro, y si el TC concede el amparo no es el resultado de una argumentación centrada en la alegación y prueba del Derecho extranjero sino en la falta de motivación, entendiéndose que la sentencia recurrida se apartaba de la orientación jurisprudencial consolidada sin aportar un plus de motivación, extremo éste que, como sabemos, es sólo consecuencia de su propio (disculpable en razón de las fechas) desconocimiento de la jurisprudencia del Supremo en la materia, y de haber conocido las sentencias de 22 y 25 de mayo de 2001 auguramos que no habría con-

<sup>34</sup> Por lo que a mí respecta, a Dios pongo por testigo de que no fue mi intención, a pesar de lo que me imputan A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en su magnífico trabajo «El TC y el TS...», *op. cit.*, p. 14 (párrafo 56).

<sup>35</sup> *Cfr.* STC 193/1987.

<sup>36</sup> Una advertencia: Que los tribunales extranjeros no sean competentes para conocer de un litigio sometido según nuestras normas de conflicto a un Derecho extranjero no tiene nada que ver con el régimen de alegación y prueba. Si no lo son, pues que litiguen en España, respetando las leyes procesales españolas. Se obtendrá una respuesta y con ella la satisfacción de los derechos fundamentales.

<sup>37</sup> Otra lectura en S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «La aplicación del Derecho extranjero...», *op. cit.*, p. 212.

<sup>38</sup> Véase sobre ésta M. V. CUARTERO RUBIO, «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 26 y ss.

cedido el amparo; por ello, sus afirmaciones al respecto deben ser tomadas con suma cautela. El *obiter dictum* donde afirma que la solución de estar, en defecto de prueba de la ley extranjera, al Derecho español «es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige» no pasa de ser eso, un *obiter dictum*, que no significa que la solución desestimación de la demanda no quepa en la CE<sup>39</sup>. En puridad, al ser un pronunciamiento sobre materias o aspectos que van más allá de la apreciación de si ha habido o no vulneración del Derecho fundamental, habría que concluir que lo que se diga a este respecto no es vinculante para los jueces ordinarios<sup>40</sup>. En tercer lugar, en la sentencia de 11 de febrero de 2002 el TC consagra, aparentemente al menos, una de las reconstrucciones del conjunto normativo —en lugar, por otra parte, de adherirse sin más a la orientación consolidada del TS, tal y como razona el voto particular que la acompaña—. Pero incluso así tiene que ser depurada, y su alcance limitado, constatando que lo que hizo fue entender que la desestimación constituía la oposición de un óbice procesal inexistente que impidió una sentencia de fondo [«se optó por no resolver sobre la pretensión deducida

por la actora (*sic*), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori* (...). Al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia»]: Tan grueso error de comprensión no puede ser elevado a la categoría de doctrina. Es probable que también en este caso, si el TC hubiera comprendido de qué se trataba, habría desestimado el recurso de amparo. No obstante, justo es reconocer que esta sentencia ha marcado la evolución posterior de la jurisprudencia ordinaria, vía vinculación del art. 5.1 LOPJ<sup>41</sup>. Pero cuando todo parecía caminar hacia la clarificación y la consolidación de la fórmula subsidiariedad de la ley del foro, irrumpen las sentencias de 4 de marzo y 18 de octubre de 2004, que encuadran definitivamente el tema en la legalidad ordinaria (el FJ sexto de la de octubre subraya la exclusividad de la potestad de los órganos judiciales, el acierto de cuyas resoluciones no puede ser valorado en sede constitucional, sede a la que no compete

<sup>41</sup> Referencias expresas a esta sentencia, en la jurisdicción civil, aparecen por ejemplo en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Las Palmas y Almería de 30 de abril de 2002, 30 de julio de 2003 y 28 de junio de 2004 respectivamente. Las tres versan sobre litigios matrimoniales: Con ellas, el art. 107 CC quedó, aun antes de la LO 1/2003, «derogado». Por el contrario, la precitada STSJ Madrid de 26 de febrero de 2004, por ejemplo, con pleno conocimiento de la sentencia del Constitucional de 2002, sigue optando por la desestimación de la demanda, entendiendo que ésta se refiere sólo al caso de alegación y no prueba del Derecho extranjero por el demandado, dejando intacta la solución cuando quien no prueba es el demandante. Es interesante la reflexión que derivan de ella A. L. CALVO y J. CARRASCOSA, en el sentido de que propiamente lo único que hace es excluir la legitimidad constitucional de la inadmisión de una demanda por falta de alegación y prueba de la ley extranjera aplicable («El TC y el TS...», *op. cit.*, p. 18). Con ser cierto ello, lo es sólo en parte, porque opta claramente por la fórmula legeforista, y la prueba es el texto reproducido y las resoluciones citadas inmediatamente más arriba. Está fuera de duda que el TC para nada apoya ni siquiera indirectamente la tesis de la desestimación de la demanda («La prueba del Derecho extranjero...», *op. cit.*, p. 9).

<sup>39</sup> Permítasenos remitir nuestro comentario a la mencionada sentencia en M. ALONSO OLEA y otros, *Jurisprudencia constitucional en materia de trabajo y seguridad social*, 2001, tomo XIX, pp. 268 y ss. Véase asimismo A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: la Sala de lo social contraataca», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2002, pp. 103 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Justicia constitucional y fijación de doctrina legal», *Relaciones laborales*, 1996-II, p. 58. Sobre esta idea vuelve a llamar la atención recientemente A. DESDENTADO BONETE, «¿Otro cierre en falso? La prueba del Derecho extranjero», *Diario La ley*, 11 de febrero de 2005.

«indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función ésta que corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional correspondiente»<sup>42</sup>. Con estos mimbres, cualquier respuesta de las apuntadas *supra* es constitucionalmente legítima, aunque sólo una quepa en buena lógica dentro de las normas de conflicto y de procedimiento.

### 3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS

Mayo de 2001 trajo una bella melodía de trinos que fue bautizada con ecos guerreros como la revolución de mayo<sup>43</sup>. En aquel momento, con sentencias de 22 y 25 la Sala de lo Social del TS consiguió hacer lo que la Primera no ha hecho tan claramente hasta ahora, y es fijar su posición respecto al problema del tratamiento procesal de la ley extranjera<sup>44</sup>. No es el momento de detenerse en esas sentencias, que ya han sido brillantemente analizadas<sup>45</sup>. Los argumentos de la mayoría

son básicamente los que hemos recogido más arriba (epígrafe 2.4): La imperatividad de la norma de conflicto, la necesidad de evitar comportamientos estratégicos y la exigencia de seguridad jurídica comportan que la falta de alegación del Derecho extranjero y/o su insuficiente prueba deban llevar a la desestimación de la demanda. Pero de repente nos topamos con la sentencia de 4 de noviembre de 2004, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina que nunca debió prosperar<sup>46</sup> (tal vez otro recurso sí, pero no éste), donde se corrigen esas posiciones.

El supuesto de hecho es el típico: Actor de nacionalidad española contratado en Brasil por una empresa brasileña para desarrollar funciones de director administrativo y que es despedido (verbalmente en este caso); interpone demanda, desestimada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 18 de noviembre de 2002: Partiendo de que a tenor de lo previsto en las normas de conflicto españolas el contrato se sometía al ordenamiento brasileño, argumenta que su contenido y vigencia ha de ser probado por las partes, y que no habiéndose hecho esto no es posible conocer entonces ni siquiera de la propia existencia de la relación laboral que como presupuesto ha de darse en la acción de despido. El recurso de suplicación negaba que el contrato se hubiera concluido en Brasil, argüía que se había pactado la sumisión a la ley española y evidenciaba que corresponde a quien invoca la legislación extranjera —la empresa en este caso— acreditarla, no siendo de recibo que a la

<sup>42</sup> Reflexiones similares en nuestros comentarios aparecidos en A. MONTOYA MELGAR y otros, *Jurisprudencia constitucional en materia de trabajo y seguridad social*, 2004, tomo XXII (en prensa) y en P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENÉ, «De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral: A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 2005, pp. 119 y ss. (La redacción del presente artículo es anterior a la publicación del citado comentario; si lo hemos podido consultar ha sido gracias a la impagable cortesía de los autores; desde aquí la expresión de nuestro agradecimiento).

<sup>43</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo...», *op. cit.*, pp. 103 y ss.; «La prueba del Derecho extranjero...», *op. cit.*

<sup>44</sup> Y dispone de instrumentos para ello, teniendo en cuenta que nos movemos en un sector con jurisprudencia encontrada y unas normas nuevas (todo lo nuevas que se quiera admitir) que no han cumplido los cinco años de vigencia: Interés casacional, art. 477.3 LEC (y no es descartable el recurso en interés de ley de los arts. 490 y ss.).

<sup>45</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo...», *op. cit.*,

pp. 103 y ss. Igualmente, A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, 2001.

<sup>46</sup> Nunca debió prosperar simplemente porque faltan los requisitos del art. 217 LPL. La sentencia esgrimida no contenía ninguna infracción legal sino que aplicaba la doctrina sentada recientemente por la sala cuarta del Supremo; no cabe alegar como de contraste una sentencia cuya doctrina ha quedado desplazada (SSTS 13 de julio de 1999 y 16 de octubre de 2001). Es tremendo, pero al final resulta que la sentencia de contraste que en verdad se ha utilizado es... ila del TC!

falta cometida por esta misma se anudara una consecuencia negativa para el demandante, con violación del art. 24 CE. Asimismo se denunciaba la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 16 de marzo de 1999, que en casos de tal tipo sanciona que a falta de prueba de la ley extranjera competente se debe aplicar la del foro. El TSJ desestima el recurso en la sentencia de 4 de marzo de 2003, reafirmando los deberes del demandante.

El recurso de casación para la unificación de doctrina alegaba como sentencia de contraste la mencionada de 1999. El fundamento jurídico sexto de la ahora referida de 2004, después de repasar sus pronunciamientos y los del TC sobre esta materia, termina afirmando dos cosas bien distintas:

a. Que vista la contradicción existente entre ambos procede rectificar la doctrina sentada en la STS de 22 de mayo de 2001 y ajustarla a los razonamientos del TC. «Por ello, si la sentencia recurrida ante la ausencia de prueba del Derecho extranjero desestimó la demanda de despido, infringió el artículo 24 CE al no aplicar supletoriamente la legislación laboral española, ante la falta de prueba sobre la realidad y vigencia del Derecho inglés, para resolver el caso controvertido (...) En consecuencia, la doctrina ajustada a derecho es la de la sentencia de contraste (TS 16 de marzo de 1999) que contiene la que se sostuvo anteriormente por esta Sala antes de que el Pleno de la misma la revisara en la repetida STS de 22 de mayo de 2001...».

b. Que el TSJ o el Juzgado de lo Social pudieron «antes de resolver sobre las pretensiones planteadas utilizar las facultades de averiguación que en este punto y de forma potestativa le confiere el número segundo del artículo 281 de la LEC, en el que se dice que "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"». Ahora bien, esta aseveración es un mero recordatorio, porque en presencia de facultades potestativas no cabe hablar de infracción normativa<sup>47</sup>.

Al final, por lo tanto, se estima el recurso y acuerda la devolución de las actuaciones al TSJ, para que resuelva aplicando el ordenamiento español. De las dos afirmaciones que acabamos de extractar —que no necesariamente apuntan en la misma dirección— es claro que la más interesante es sólo la primera. Es ella la que cimienta el fallo e introduce una revolución en la jurisdicción social. La obligación de cooperación de los tribunales engarza con la tradición de las diligencias para mejor proveer y no es distinto de lo que el TC tuvo ocasión de afirmar en su sentencia de 17 de enero de 2000, que parte de la diligencia de las partes, y no es incompatible con la fórmula desestimación de la demanda. Realmente el TS no tiene más argumento para llegar a ese fallo que la necesidad de alinearse —innecesariamente y tal vez cogidos a contrapié, como vimos— con lo mantenido por el Constitucional, el temor al recurso de amparo<sup>48</sup>. Por eso resulta tan pobre y tan poco convincente. Mejor construido está sin duda el voto particular, que insiste en la imperatividad de la norma de conflicto, las consecuencias sobre la carga de la prueba y los efectos perversos de la solución acogida.

Así las cosas, lo que nos queda es una situación de absoluta falta de certidumbre, quiebra de la seguridad jurídica tantas veces

<sup>47</sup> Otra lectura de ese inciso en L. CARBALLO PIÑEIRO, «El carácter imperativo...», *op. cit.*, pp. 488 y ss. Según ella, deja de ser una facultad del juez cuando las partes no lo han aportado o él no adquiere conocimiento por sus medios. La norma, es claro, no dice eso.

<sup>48</sup> Sin olvidar, es claro, que la situación actual era insostenible, al forzar a los demandantes a acudir al recurso de amparo, que con un razonamiento u otro obtendrían. El divorcio tenía que terminar, pero la paz se debió alcanzar con el reconocimiento definitivo por el TC de que se trata de cuestiones de legalidad ordinaria en las que no puede sino seguir lo que diga el TS.



denunciada que se genera cuando de facto existen dos tribunales superiores y cada uno tiene su propia doctrina, con un TC que parece ir de retirada y un TS que sanciona un principio de solución para nada obligatorio (nada impide –desde el punto de vista constitucional– que un órgano dicte la resolución que estime oportuna<sup>49</sup>). El juez mantiene su libertad de reconstrucción del sistema en clave desestimatoria, aunque una resolución en este sentido fácilmente terminará siendo revisada en suplicación, aun cuando jamás cabría aseverar que viole derecho alguno y por lo tanto lo normal sería que no mereciera amparo constitucional (lo que sí es amparable es la no aplicación del art. 12.6 CC). En las páginas que siguen tenemos que contar con las dos posibles soluciones. Reiteramos que a juicio de quien esto firma el diseño normativo está hecho pensando en la solución desestimación, y con ella todas las fichas encajan; la acogida de la fórmula legeforista descubre facetas incomprensibles, auténticas aporías del sistema.

#### 4. PANORAMA DEL FUTURO

Ya sabemos que si el actor hace bien su trabajo de alegación y prueba el juez no tiene más que aplicar la ley extranjera competente. Retomaremos el caso fácil sólo al hablar de los medios de prueba. En las líneas que siguen nos centraremos en las hipótesis de crisis en una o ambas tareas.

Previamente y con carácter general es necesario apuntar tres vicisitudes y precisar un dato:

<sup>49</sup> Sobre este aspecto remitimos a la argumentación de L. E. DE LA VILLA GIL en «Puntos críticos del recurso de casación para unificación de doctrina en el proceso social», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 239 y ss. Véase en todo caso la STSJ Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2005, que solventa la discusión sobre este tema remitiéndose sin más a la sentencia de 4 de noviembre citada.

a. La rebeldía procesal no es allanamiento ni admisión de los hechos de la demanda (art. 496.2 LEC en relación con el art. 183 LPL). El rebelde que no alega nada sobre Derecho extranjero cuando el demandante tampoco lo hace no está eligiendo tácitamente el del foro. Por lo tanto, el respeto de la imperatividad de la norma de conflicto no debería depender de la comparecencia o no del demandado.

b. Cuanto digamos sobre las demandas vale para las reconvenções, porque en lo que toca al tratamiento del Derecho extranjero son equiparables en todo.

c. Salvo por su mayor facilidad para obtener material probatorio, no existen tampoco especialidades dignas de consideración en el tema que estudiamos por el hecho de que las demandas se formulen frente al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos autónomos dependientes.

d. Cuando se hable de prueba del Derecho extranjero en este sector del ordenamiento estamos refiriéndonos a mucho más que leyes. Habrá que acreditar también, por lo tanto, su sistema de fuentes, cómo actúan los convenios colectivos en su seno (si existen), cuál es su eficacia (general o limitada), si a pesar de tratar con un convenio de alcance limitado ha sido ampliado, cómo se ha hecho esto y, por último, su contenido. Repárese además en que no necesariamente son publicados en un diario oficial<sup>50</sup>, con lo que su prueba es igual que la de un contrato, o sea, la de un documento privado.

##### 4.1. La hipótesis típica: Demanda construida sobre la ley del foro

El esquema típico que ha llegado a nuestros tribunales es el de un demandante que construye su demanda haciendo caso omiso del elemento internacionalprivatístico, de

<sup>50</sup> Viene a colación porque la STS de 17 de marzo de 1992 admite la prueba del Derecho italiano mediante la aportación de fotocopias de la *Gazzetta ufficiale*.

forma consciente o no. Para un trabajador, en la hipótesis de litigio tipo, que se le aplique el ordenamiento laboral español en lugar del querido por el legislador, puede resultar bastante rentable. La estrategia del demandado puede explorar dos caminos a partir de aquí, a saber, excepcionar la violación del art. 12.6 CC, reclamando la aplicación del Derecho designado por la normativa conflictual, o acomodarse al del foro y construir su respuesta desde éste<sup>51</sup>.

Una demanda no tiene por qué estar bien construida, ni articulada jurídicamente. El punto de partida es el art. 80 LPL, que parece eludir cualquier exigencia de fundamentación jurídica en ella. Pero cuando se pone en contacto con la regla de la imperatividad de la norma de conflicto surge la duda, porque ésta, con el lógico objetivo de no generar indefensión en la contraparte, sí que exige que contenga referencias jurídicas. La explicación sólo puede estar en que la norma procesal piensa que la situación normal será la de una relación puramente interna, en la que al juez no hay que probarle el Derecho, bastando la enumeración de los acontecimientos para poder iniciar el proceso y llegar a la sentencia. Pero cuando la relación es internacional los hechos no bastan, porque viven de una forma u otra en función del ordenamiento en el que nacen y se desenvuelven, y la pretensión en consecuencia tendrá base o no según el sistema en el que se ancle. Por ello es imprescindible advertir al tribunal desde el primer momento del ambiente jurídico diverso en el que nos encontramos. En este sentido, la referencia de la letra c) del párrafo 1 a los hechos que «según la legislación sustantiva» resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas ofrece la cobertura para matizar aquella no necesidad de referencias jurídicas, en función de si el litigio

presenta o no elementos heterogéneamente conectados. Por consiguiente, si el demandante quiere cumplir con las exigencias derivadas del art. 12.6 CC tiene que deducir sus derechos de una ley extranjera y así debe hacerlo constar en la demanda. Si no lo hiciera, el juez debe advertirle de los defectos detectados a partir de su mera lectura, según lo previsto en el art. 81.1 LPL (aún no se ha dado traslado al demandado), pero sin que pueda decretar el archivo de la demanda, básicamente porque aún cabe que los litigantes elijan el Derecho del foro o el de otro Estado<sup>52</sup>. Si a pesar de la advertencia del juez se opta por no incorporar referencia alguna a la ley extranjera aplicable es porque el actor entiende que los hechos relatados se someten al Derecho español. Lo que es claro es que una vez admitida y notificada la demanda no cabe la irrupción extemporánea —unilateral— de esa ley extranjera, porque ello podría generar indefensión en el demandado: No se admite una alegación posterior. Tampoco el art. 85.1 permite hacerlo. Sin perjuicio de ulteriores consecuencias, no hay más sanción que ésa. Por lo que a nosotros nos interesa, con alcance general es fundamental que en la demanda consten los elementos identificadores del demandado (art. 80.1.b LPL) y del lugar de trabajo (art. 80.1.c LPL), datos imprescindibles para verificar que se trata de un contrato internacional e individualizar la ley aplicable. Su falta sí que tiene que determinar el archivo de la demanda.

Sea como fuere, retomemos las posibles estrategias del demandado.

#### *4.1.1. Si el demandado excepciona la aplicabilidad de una ley extranjera*

La opción por excepcionar o no el contenido de la norma de conflicto y reclamar la aplica-

<sup>51</sup> Con lo que la solución legeforista termina por beneficiar también al demandado, que dispone de un abanico de respuestas materiales desde el que construir su respuesta.

<sup>52</sup> La STC 33/2002 además deja claro que la falta de alegación de la ley extranjera no es una de las omisiones, defectos o imprecisiones de las que habla el art. 81 para decretar el archivo.

bilidad del Derecho extranjero estará en función de su contenido, no de la imperatividad de la norma de conflicto<sup>53</sup>. Con los datos que ofrece el ordenamiento, la sucesión de actuaciones a partir de ahí habría de quedar circunscrita a la alegación por el demandado en el acto del juicio de que es aplicable otro ordenamiento distinto al español, constatación por el juez de que esto es efectivamente así y consiguiente desestimación de la demanda<sup>54</sup>. No parece, como vimos, una sanción desproporcionada, sino sólo la consecuencia del incumplimiento de una obligación de subsunción, para la que se contó —en el caso del actor trabajador— con asistencia letrada gratuita.

Sin embargo, hoy por hoy y a la luz de la nueva orientación jurisprudencial, no bastaría con la demostración de que el contrato se sujeta a un ordenamiento extranjero, sino que el demandado tendría que probar su contenido y vigencia, so pena de ver cómo se aplica el español. En ese caso el juez no puede negarse a aplicar la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto.

Hasta ahora el actor tenía que ser diligente y no tenía derecho a verse sorprendido porque el debate se instalara en el plano conflictual. Ya no; ahora uno puede permitirse el lujo de prescindir de las normas imperativas. Pero la consecuencia perversa de esta opción es que, si se quiere mantener la coherencia del modelo, hay que tutelar también lo que antes se llamaba negligencia. Para un

demandante la sujeción de su relación litigiosa a un ordenamiento distinto al del foro no tiene por qué estar previsto ni tuvo que contar con ello. La irrupción de la norma de conflicto puede (legítimamente) sorprenderle, y por eso la matizada igualdad de armas que impera en el proceso laboral impone que, lo mismo que en otros ámbitos como la asistencia letrada o la reconvencción, quien pretenda introducir aquel elemento *novedoso* lo debe avisar a su contraparte, y darle oportunidad de reaccionar. No puede tener el carácter de novedosa la referencia internacional privatística (no se pudo ignorar esa dimensión) cuando se hubiera elegido la ley en el contrato o cuando se trate de un litigio por despido y en la carta de despido se contengan explícitas referencias a la ley extranjera como rectora de la relación. Mas fuera de esos casos el demandado tiene que advertirle que pretende usar la norma de conflicto y defender la aplicabilidad de un ordenamiento foráneo. Ninguna información adicional tendría obligación de aportar. En cuanto al momento procesal oportuno, si se dejara al de contestación de la demanda (esto es, durante el juicio), el demandante no podría ajustar su actuación a las nuevas exigencias, so pena de recurrir a una extravagante suspensión. Por ello, lo mismo que ocurre con la reconvencción, parece preferible fijar la obligación del demandado en el acto de la conciliación previa al juicio. Ese momento encaja con la lógica del sistema: A partir de tal dato el demandante puede formular su demanda con pleno conocimiento del ambiente jurídico en el que es posible que se desenvuelva el debate y en el que probablemente debe anclar sus derechos. El anuncio sirve también al juez, que así podrá auxiliar mejor a las partes y cumplir con mejor criterio las obligaciones derivadas de los arts. 81 y 84.1 LPL. Ni que decir tiene que el hecho de que después un individuo formule su demanda haciendo caso omiso de la internacionalidad del supuesto y eventual sujeción a un Derecho extranjero no constituye hipótesis de «defectos, omisiones o imprecisiones» del art. 81 LPL, como vimos. Es cierto que a

<sup>53</sup> Como demuestra G. PALAO MORENO, cuando la Administración española en el extranjero es demandada prueba o no el Derecho extranjero en función de sus propios intereses: «Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo. (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)», *Relaciones laborales*, 2000, pp. 241 y ss. Por lo demás, un buen ejemplo de la hipótesis tratada lo constituye la STC172/2004 de 18 de octubre.

<sup>54</sup> Muy clara en esta línea la STSJ (Madrid) de 29 de mayo de 2001.

pesar de que la asistencia a la conciliación previa es obligatoria (art. 66 LPL) es frecuente que el demandado no acuda; pero esto es Derecho privado, es decir, no es ajeno a los principios estructurales del sistema el deducir una sanción del tipo interdicción de uso de un determinado medio de defensa cuando no se comporten de acuerdo con las exigencias legales. De este modo, a la no comparecencia o a la comparecencia sin invocación cuando se debía hacer se anuda la consecuencia negativa de la imposibilidad de valerse de ese especial medio de defensa que es la ley extranjera y la obligatoriedad para el demandado de estar al ordenamiento español si el demandante finalmente formula su demanda en base a él (sin perjuicio de las demás sanciones aludidas en el párrafo tercero de ese artículo). A partir de ese instante quedan establecidos los términos en que se va a desarrollar el litigio. Es claro que no es en éste el momento en el que se discute sobre la aplicabilidad o no de tal ley, sino que el contenido del aviso se limita a advertir que a juicio del demandado la relación se somete a un Derecho distinto del considerado por el actor. Será en un instante posterior cuando el juez pueda hacer un antejuicio de Derecho internacional privado. El paralelismo entre la solución que proponemos y la disciplina de la reconvencción en la LPL es evidente; al fin y al cabo en ambos casos se anuncia la aparición de un elemento nuevo que trastoca los términos del proceso y que obliga a proveerse de informaciones y pruebas en otro lado, y en ambos supuestos el objetivo es la igualdad de armas y no causar indefensión al contrincante<sup>55</sup>.

De otro lado, que sea el demandado quien deba probarlo en estas hipótesis parece deducirse de la jurisprudencia del TC en la sen-

<sup>55</sup> Permítasenos insistir en que todo lo anterior son retorsiones y complicaciones derivadas de la postura del TC en la materia. Si de verdad fuera imperativo alegar y probar el Derecho extranjero, el demandante lo haría desde el primer momento y el demandado se limitaría a alegar lo que le convenga, sin cargas adicionales.

tencia de 11 de febrero de 2002 [recuérdese: «Al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia...»], a la que se remite el TS: Quien invoca prueba, porque se presume que le beneficia. No es obligatorio que sea así: Cabe interpretar que el demandante tiene la opción de acudir al Derecho del foro o al designado competente por la norma de conflicto, pero desde el instante mismo en que el demandado reclame la colocación del litigio en el ordenamiento en el que viven las pretensiones deducidas debería renacer el esquema normal de cargas procesales; no parece ser ésta la interpretación que triunfa, como sabemos. Ahora bien, teniendo en cuenta lo breve de los plazos transcurridos entre la citación y la celebración del acto de conciliación y juicio, es más que probable que el demandado no disponga de una información completa sobre esos extremos que debe acreditar, por lo que se impondría, una vez el juez constate la verosimilitud de que resulte aplicable una ley extranjera, la suspensión (o suspensiones) del art. 83.1 LP, durante la cual deberían ambas partes procurársela: No cabe duda de que estamos ante uno de esos motivos justificados de los que habla la norma<sup>56</sup>. Es claro que durante esos días tendrá el órgano judicial la obligación de colaborar con las partes consagrada por la STC de 17 de enero de 2000. Merced a este plazo pueden acudir al juicio con un conocimiento más cabal de los derechos y obligaciones que les corresponden, como estatuye el art. 84.1 LPL. Cuestión distinta es que en el curso de su desarrollo sea necesario decretar una nueva suspensión para practicar las pruebas que no se puedan practicar en el acto (art. 87.1 LPL), entre las que evidentemente se encuentra la obtención de conocimientos sobre el Derecho

<sup>56</sup> Otra opción es señalar para conciliación y juicio dejando a las partes un considerable margen de tiempo, idóneo para estos fines. Es lo que se hace en el proceso ordinario civil (o sea, se hace caso omiso del art. 429.3 LEC).

extranjero. Si a pesar de todo el demandado no consigue trasladar al tribunal un conocimiento suficiente del ordenamiento extranjero aplicable, se estará a la ley española. Invo-car y no probar ya no vale para nada.

Distinto es que de verdad sea un caso difícil, y que se pueda razonablemente dudar de cuál es la ley aplicable. El actor, aun actuando con diligencia, puede haber articulado su demanda asumiendo la aplicabilidad de la ley del foro. Es el problema derivado de la utilización de normas de conflicto flexibles como la del art. 6 CR<sup>57</sup>. Resultaría oportuno instrumentar algún mecanismo previo con el que el juez pueda advertir a los litigantes de cuál es el Derecho que el tribunal considera aplicable. Existe a nuestro entender un mínimo espacio para ese antejuicio conflictual. La conciliación previa no es el momento para un debate jurídico. Ese antejuicio debe tener lugar en las primeras fases del proceso (no valen, claro, las diligencias para mejor proveer), cuando las partes (ambas: Tampoco valdría usar el trámite de admisión de la demanda, porque aún no se ha permitido realizar alegaciones al demandado) puedan reaccionar y acomodar su comportamiento a las advertencias e informaciones recibidas. Pues bien, ya que partimos de la base de que ambas han alegado una ley —extranjera o no— como aplicable, con esos datos puede el juez tomar posición y extraer una conclusión, comunicándola a los litigantes. Esto sólo puede ser hecho en la conciliación inmediatamente anterior al acto del juicio. Prevé el art. 84 LPL, recordémoslo, que el órgano judicial intentará la conciliación de las partes, advirtiéndoles «de los derechos y obligaciones que

podieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia». No cabe duda de que a la vista de esas primeras alegaciones puede realizar un primer juicio, comunicarlo y seguidamente utilizar el plazo de suspensión previsto en el tantas veces usado art. 83 si fuera menester, sin necesidad de que lo pidan las partes. No lo es, por ejemplo, si hubo una cláusula de elección y una de las partes intentaba prescindir de ella: No puede pretender que desconoce el contenido del sistema elegido. Tampoco cabría dar lugar a la suspensión cuando las subunciones realizadas por los litigantes carecen de toda razonabilidad y fundamento, de forma que si se han visto sorprendidas es sólo producto de su negligencia; cabría avanzar como regla general la idea de que cuando el juez decida inaplicar la ley reclamada por la presunción del art. 6 CR y defina como competente una ley diferente a la del lugar de ejecución (o de la sede de la empresa contratante en caso de trabajo realizado en una pluralidad de Estados), se debe conceder a quien confiara en la presunción ese plazo para informarse. En cada caso será el órgano judicial el que deba decidir si existe o no motivo justificado para decretar la suspensión. Por lo demás, que esa conclusión preliminar sobre ley aplicable no prejuzga el contenido de la sentencia es evidente, porque en absoluto supone conclusión alguna sobre condena o absolución, sino sólo sobre el ordenamiento en el que van a buscarse las claves para una u otra<sup>58</sup>. Por último, si luego las partes hacen caso omiso de las advertencias del juez, la respuesta debería ser la desestima-

<sup>57</sup> El problema no es sólo la interpretación del concepto vínculos más estrechos, sino también el descubrimiento de una elección de ley o el contenido de las nociones «lugar de ejecución» y «empresa que le contrató». La jurisprudencia francesa ofrece ejemplos elocuentes, recogidos por F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail», *Revue critique de droit international privé*, 2005, pp. 253 y ss.

<sup>58</sup> Podemos incluso utilizar como referente la disciplina de la audiencia previa de los arts. 414 ss. LEC. Según el art. 414 su finalidad es «examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos de hecho o de derecho sobre los que exista controversia entre las partes». ¿Qué impide trasladar al procedimiento laboral la idea de que durante la conciliación, con la que comparte tantos elementos esa audiencia previa, se debe delimitar el proceso desde el punto de vista jurídico, esto es, en cuanto a la ley aplicable?

ción en caso de que piense que es aplicable una ley extranjera (aunque la moderna tendencia diría que se aplique la del foro).

#### 4.1.2. Elección tácita de la ley del foro

Si opta por la segunda vía no hay óbice alguno para descubrir una elección tácita de la ley del foro (nada exige que la elección se haga y conste de modo expreso). El problema es que la elección de un determinado ordenamiento en materia de contrato de trabajo no se somete a los mismos requisitos que para los demás esquemas negociales (art. 3 CR), sino que su validez queda condicionada a que supere los niveles de protección del objetivamente aplicable (lugar de ejecución o empresa que hubiera contratado al trabajador, a salvo vínculos más estrechos con otro sistema), de modo que si no se alcanzan esos umbrales inderogables la elección es válida pero con eficacia restringida, porque tiene que convivir –si puede y en la medida que pueda– con la aplicación de las normas imperativas de protección de aquél. El legislador ha querido, por lo tanto, elevar los costes de huída de la ley objetivamente aplicable, como mecanismo de protección de la parte peor informada, y confía al tribunal, en consecuencia, la tarea de comprobar que la elección es válida porque constata que se superan tales niveles mínimos (control externo ajeno al normal del art. 8 CR)<sup>59</sup>. Los fines de la norma de conflicto se verían frustrados si tuviera que dar por bueno sin más que la elección de la ley no merma los derechos del trabajador, si no existiera ulterior control o verificación por su parte: Todo en el art. 6 CR obliga, pues, a des-

<sup>59</sup> Es claro que esto no supone trasladar el principio de la norma más favorable al razonamiento conflictual. En un plano metodológico, sobre el art. 6 CR no se proyecta para nada la más mínima sombra de un *better law approach*, como parecen pretender C. MOLINA NAVARRETE y G. ESTEBAN, «La regulación del proceso laboral internacional: Una asignatura pendiente de los tribunales», *Revista de trabajo y seguridad social*, 2003, p. 122.

confiar<sup>60</sup>. Lo cual conduce, en definitiva, a que sea imperativa la individualización del ordenamiento reclamado por el CR en defecto de elección, conocer su contenido y comparar sus soluciones con las del foro<sup>61</sup>. La cuestión es a quién corresponde probarlo. (Que la última palabra acerca de cuál es el ordenamiento de referencia la tenga el juez no ofrece duda). A la espera de que se pronuncie sobre esta cuestión el TJCE (y es seguro que el asunto le llegará), no podemos más que proponer una solución aceptable en todas las jurisdicciones, que beba de las concepciones más extendidas en los sistemas nacionales y no vanifique el espíritu de la norma<sup>62</sup>. De entrada, no parece que ésta sea una hipótesis típica del art. 281 LEC, que más bien piensa en la prueba de unas normas que van a ser aplicadas para disciplinar una relación jurídica, y que por eso puede legítimamente colocar la carga probatoria sobre la parte que debe fundar en ellas sus pretensiones. Sobre el problema peculiar ahora discutido el legislador español no ofrece ningún dato y por ello ninguna exigencia explícita. Panoramas similares muestran los ordenamientos de nuestro entorno. Pugnan aquí dos principios: La conveniencia de incentivar los acuerdos –lo que casa mal con la imposición de exigencias a las partes– y la obligación de diligencia propia de cualquier protagonista del comercio internacional –lo que le obliga a llegar a juicio con los debe-

<sup>60</sup> Observaciones similares a propósito de la opción por la ley del foro se han formulado en Suiza: A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, vol. I/2, par. 380.

<sup>61</sup> Se da la misma situación que para las normas de conflicto con criterios de conexión alternativos, a las que hace referencia en parecidos términos a los del texto el Grupo europeo de Derecho internacional privado en su documento de 1995 (*Les effets de l'harmonisation sur la preuve et l'application du droit étranger*).

<sup>62</sup> Las distancias en cuanto a las condiciones de puesta en juego de la *electio iuris* en materia laboral difieren sustancialmente. Así, mientras que un juez alemán probablemente investigaría de oficio el Derecho extranjero implicado, el inglés lo tiene rigurosamente prohibido. Advertencia: No confundamos la prueba de la ley extranjera con la prueba de las obligaciones, materia ajena a la unificación convencional ex art. 14 CR.

res ya hechos y sin esperar que el juez le haga la tarea—. El primero impondría la investigación de oficio de la ley extranjera objetivamente aplicable; el segundo se lo encomienda a las partes, sin matizar en este estadio si es a ambas por igual o al demandante. Lo que no tendría sentido es decir que la elección beneficia a una sola parte (señaladamente al empleador) que por ello tiene la carga de probar el Derecho del que se huye: Por definición, a ambas interesa.

Pues bien, si tenemos en cuenta para qué sirve el mencionado art. 281 LEC, concluimos que la obligación de prueba prevista en él no puede vincularles automáticamente. Además, si reparamos en que corresponde al juez velar por el respeto a las disposiciones imperativas (el art. 7 CR es clarísimo), no podremos no concluir que la comprobación de que los términos de la huida de la ley objetivamente aplicable tiene que ser emprendida de oficio por el tribunal que conozca del asunto. Esta solución casa además con las tendencias más poderosas en los sistemas europeos, como vimos, donde la aplicación *ex officio* es la regla, e incluso en sistemas como el francés o el inglés el tendencial legeforismo cede en presencia de un convenio internacional<sup>63</sup>. Dicho esto, precisemos-recordemos varios extremos:

a. Nada impide que las partes acrediten contenido y vigencia del Derecho extranjero, con la consiguiente agilización del proceso. No es empero imaginable que el demandado comparezca en el acto del juicio con un dossier sobre el contenido de la ley normalmente aplicable, es evidente. Sea como fuere, la exención de prueba de los hechos para los que

exista conformidad (art. 281.3 LEC) aquí no tiene cabida, porque estamos hablando de la prueba de normas imperativas de protección, es decir, materia fuera del poder dispositivo de las partes. Y, como siempre, si el juez alberga dudas a la vista de las pruebas aportadas, tendrá que investigar por propia iniciativa.

b. El momento y cauce oportunos para que el juez pueda ilustrarse por propia iniciativa no puede ser el de las diligencias para mejor proveer del art. 88 LPL, que llegan demasiado tarde como para permitirle dirigir el proceso con suficiente conocimiento de la validez de la elección y por ello del ordenamiento rector de la relación, o sea, del campo donde se juega el partido. Parece más adecuado acudir al cauce de la suspensión del art. 83.1 LPL. Sin él no podría estar en condiciones de hacer las advertencias a las que se refiere el art. 84.1. Permítasenos insistir en que el principio de concentración es el que más padece en los litigios con elemento extranjero.

c. Los instrumentos de los que dispone el juez son los que veremos más abajo con mayor detalle: Todos los medios de prueba admitidos por la LEC (estamos ante una de las hipótesis que entran en su art. 282).

d. Si comprueba que el ordenamiento del foro no supera el tan mencionado umbral mínimo, la reacción no será declarar nula la elección y aplicar el objetivamente aplicable, como si no hubiera existido acuerdo alguno, sino que la única sanción prevista por el propio art. 6 CR es la restricción de su eficacia, como vimos.

e. El inconveniente por excelencia de la aplicación de oficio del Derecho extranjero es la sorpresa que puede generar en las partes y la consiguiente quiebra de sus derechos fundamentales en el proceso. Esa objeción no tiene cabida en la situación comentada, porque en ningún modo se va a aplicar un ordenamiento distinto del elegido, y en cualquier caso las disposiciones imperativas que se van

<sup>63</sup> Incluso a partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Océano (27 de junio de 2000) se puede deducir que el juez nacional tiene la obligación de hacer valer de oficio cuantos expedientes le ofrezca el ordenamiento para la tutela de la parte débil de un contrato: Cfr. F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge...», *op. cit.*, p. 276.

a respetar pertenecen a un sistema jurídico con el que tenían que contar, por exigencia del art. 12.6 CC. No se pierda de vista que si a los litigantes no les agrada litigar con un modelo de tratamiento del Derecho extranjero como el nuestro o con nuestras normas de conflicto lo único que tienen que hacer es irse a otro foro.

## 4.2. Supuestos de crisis en la actividad probatoria

Bajo esta denominación tan general englobamos aquellas situaciones en las que o bien se invoca una ley extranjera sin probar nada o se aporta una prueba insuficiente o bien a pesar de haber desplegado toda la diligencia posible no se alcanza a conocer el contenido de esa ley. Al hilo de éstas aparecerán hipótesis próximas pero en las que no se registra una verdadera crisis de la prueba.

### 4.2.1. Alegación sin prueba de la ley extranjera

Cuando el demandante alega en su demanda un Derecho extranjero pero no aporta el más mínimo principio de prueba sobre éste la respuesta del ordenamiento tiene que ser la desestimación de la demanda. La exigencia del art. 281 LEC es muy clara. Si a un juez no le han demostrado que se tiene razón, lo único que puede hacer es desestimar. La contestación del demandado habría de limitarse a evidenciar este extremo, sin necesidad de probar nada. Con la actual orientación del TS no cabe descartar que se responda aplicando la ley del foro, disparate absoluto que significa bendecir una especie de derecho a ir contra los actos propios, dictar una sentencia incongruente y colocar al demandado en situación de indefensión. Es decir: Si un sujeto en su demanda es consciente de que resulta aplicable un determinado ordenamiento, su obligación es cumplir la ley en todos sus extremos y acreditar su con-

tenido y vigencia o pedir auxilio al juez si es difícil hacerlo con sus medios. La inacción posterior no es coherente con los términos de su demanda. Por ello hemos hablado además de incongruencia en los términos del art. 218.1, inciso segundo, LEC. Y, en tercer lugar, si a un demandado le plantean los términos del debate colocándose en un ordenamiento extranjero dado, luego no vale alterarlos para terminar resolviendo de acuerdo con otro sistema normativo. La única respuesta válida, en fin, es la desestimación de la demanda.

Es distinto si el actor ha solicitado el auxilio del tribunal, porque le resulta desproporcionadamente costoso acreditar el contenido del Derecho extranjero, o éste no existe. Ni que decir tiene que el juez español no puede suplir su inactividad, porque a él corresponde primariamente proveerse de las informaciones que a su derecho convengan. Por ello en la demanda habrá de justificar la solicitud de ayuda, probando las razones por las que no puede obtener esas informaciones por sí mismo. Las diferencias de idioma, la distancia jurídica o geográfica o que el interesado sea una parte económicamente débil, por ejemplo, no deben servir en esta dirección<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Porque para eso dispone del beneficio de justicia gratuita. Un planteamiento más tuitivo en M. GARCÍA FERNÁNDEZ LOMANA, «Sobre la prueba del Derecho extranjero en el ámbito laboral», en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al Profesor J. A. Sagardoy Bengoechea*, Madrid, 1999, p. 247. El caso de la STSJ Madrid de 26 de febrero de 2004 era un punto más delicado: Se pedía que fuera el demandado (Ministerio español de Economía) el que, en razón de su mayor facilidad probatoria (art. 217.6 LEC), acreditara el contenido de la ley extranjera. Visto el tenor de la ley y la doctrina constitucional (STC 227/1991), una petición como esta no es a priori descartable; lo que ocurre es que el propio art. 217 LEC exige una valoración caso por caso, descartándose cuando trate de enmascarar la pura inercia del actor –como ocurría en el presente supuesto, nacional y residente en el país cuyo ordenamiento tenía que ser probado–. En principio, parece razonable imponer al demandado la carga de colaborar en la obtención de esos datos cuando concurren tres requisitos: a) no sea el Derecho de la nacionalidad ni la residencia del actor;



Habría que limitar las hipótesis en que es legítimo pedir asistencia a los supuestos de conflicto bélico que impida pedir un dictamen por los canales usuales –diplomáticos o no–, situación a la que se pueden equiparar las coyunturales catástrofes naturales que hayan provocado el colapso e interrupción temporal de los medios de asistencia internacional<sup>65</sup>. Si concurren esos elementos, en suma, la facultad de naturaleza potestativa del inciso final del art. 281.2 LEC se convierte en una obligación<sup>66</sup>. No obstante, no parece que los deberes del juez sean idénticos cuando la ley extranjera es aplicable por imperativo de la norma de conflicto española o por voluntad de las partes mediante elección: Si los contratantes han elegido el Derecho hay que presumir que conocían su tenor en el momento de la elección; después no pueden esperar esa ayuda, salvo que se constate que ha existido un cambio en las circunstancias y no se tiene certeza de que siga vigente (*v. gr.*, se trata del ordenamiento de un país que ha sufrido por una revolución).

#### 4.2.2. Alegaciones contradictorias de leyes extranjeras (remisión)

Si el demandante alega en su demanda una ley extranjera y el demandado alega otra distinta (puede ser también la del foro), sin

b) no sea el del lugar del trabajo; c) no sea el de un país vinculado con España por algún convenio de asistencia judicial, y d) no exista legación consular española en ese Estado y al revés.

<sup>65</sup> Póngase esto en cuarentena, a reserva de cuanto se diría sobre viabilidad de otros medios de prueba, extremo éste al que volveremos más abajo. No se confundan estas situaciones con las de inexistencia de normas aplicables en la materia: En estos supuestos no sería difícil obtener una acreditación documental expedida por una autoridad del país implicado atestiguando que no existe tal normativa.

<sup>66</sup> No existe contradicción entre lo que sanciona la STS de 4 de noviembre de 2004 y la STC 10/2000: Aquella recuerda con razón que es una facultad no controlable en apelación, ésta precisa cuándo la facultad deja de serlo.

que ninguno aporte prueba alguna, estaremos ante un panorama en que, de entrada, nadie ignora la internacionalidad de la relación. Ya hemos visto que resultaría conveniente instrumentar una especie de antejuiicio de Derecho internacional privado en el que el juez pudiera comunicar a las partes sus conclusiones sobre ley aplicable. Dense por reproducidas las observaciones realizadas más arriba, pero aquí con más fuerza cabe reclamar la idoneidad de la solución desestimación de la demanda. Ni que decir tiene que el juez puede colaborar con las partes en la investigación del contenido de la ley extranjera, siempre que hayan acreditado su incapacidad para conseguir resultados. Si se recorre este camino se decretaría la suspensión del proceso o se acudiría a las diligencias para mejor proveer, permitiendo en todo caso a las partes discutir sobre los resultados obtenidos.

#### 4.2.3. Falta de normas en la ley extranjera o imposibilidad manifiesta de conocer su contenido

En el extraño caso en que la ley extranjera haya sido invocada, se haya intentado acreditar su contenido, con colaboración del órgano judicial y a pesar de todo no se haya logrado conocerlo o carece de una disciplina mínima para resolver el problema, hay que estar sin duda al sistema jurídico español<sup>67</sup>. Como bien se al  el TC en la tantas veces citada sentencia de enero de 2000 sobre este tema, no puede cargarse sobre las partes las consecuen-

<sup>67</sup> J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL (*Las normas jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 104-105) escribe que la aplicación del Derecho del foro se basa en la existencia de una cláusula general interna que excepciona la de la ley extranjera en estos casos, y cuya referencia positiva se encuentra en el art. 12.3 CC; si la ley extranjera no se puede conocer su aplicación es virtualmente imposible y por ende contraria al orden público, segura. Olvida algo tan de sentido común como que el art. 12.3 CC, por definición, sólo funciona cuando se conoce el tenor de la ley extranjera.

cias de la aplicación de una ley que ellos no han elegido, sino que es resultado de la obligación impuesta por el legislador. Cabe pensar que si el juez ha solicitado las informaciones relevantes, ha suspendido el proceso hasta dos veces (art. 83 LPL) y a pesar de todo sigue sin obtener respuestas, debe resolver con los elementos a su alcance<sup>68</sup>. Está en juego el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Precisamente por ello, y para dotar de contenido a la excepcionalidad de la segunda suspensión, cabría afirmar que en la hipótesis (casi irreal) de que el Derecho extranjero reclamado sea uno con el que el español comparte principios y mínimos inderogables (ordenamientos de Estados comunitarios con normativa de fuente comunitaria, países que hayan suscrito convenios de la OIT aplicables *in casu* y con un contenido mínimamente detallado) la segunda suspensión no debe llevarse a cabo. Aquí no choca tan intensamente contra los postulados del sistema el regreso a la ley española en defecto de prueba de la extranjera. La quiebra de los principios de concentración y celeridad del proceso laboral se justifica menos en esos casos de ordenamientos *homologables*. De otro lado, el hecho de que el Estado de cuyo ordenamiento se tra-

<sup>68</sup> Sería oportuno consolidar un plazo más allá del cual no procede esperar resultados de las investigaciones iniciadas, y cuya expiración permite proveer. En materia laboral esa exigencia es especialmente clara. En los textos sobre traslado de documentos existe, y se fija en un mínimo de seis meses. El art. 15 del reglamento sobre obtención de pruebas (sólo comunitario) considera anómalo tardar más de noventa días en atender una solicitud (aparte lo que se invierte en la transmisión de los resultados). Entre esos márgenes temporales podemos fijar ese plazo razonable de espera: A reserva siempre del poder de apreciación del juez, para los países de nuestro entorno jurídico lo que exceda de tres meses enciende las alarmas, para aquéllos con los que existan instrumentos de cooperación el plazo podría estar en los seis meses, y para los demás habría que conceder un término mayor, discrecionalmente apreciado por el juez pero nunca excesivamente superior a esos seis meses, porque no tiene sentido deducir consecuencias jurídicas radicalmente diversas para supuestos de hecho sustancialmente iguales.

ta haya incumplido el plazo de transposición de una directiva comunitaria o la haya transpuesto mal no habilita para inaplicar sus soluciones y volver a la ley del foro (salvo que la no transposición o las deficiencias aboquen en contrariedad al orden público del foro por infraprotección del trabajador)<sup>69</sup>.

Puede darse que haya adquirido un conocimiento impreciso y fragmentario sobre el sistema extranjero, teniendo constancia de que hay secciones de legislación aún por probar. Si no consigue obtener la información requerida habrá que aplicar las normas que la ley española contenga sobre ese aspecto, para colmar lagunas. Si la cohabitación de las reglas dispersas del ordenamiento extranjero y del español no es lógicamente posible, reconocemos que la única forma de alcanzar una solución es aplicar éste al conjunto, de forma que se le encomendará la solución íntegra del litigio: Se ha hecho lo posible por dar cumplimiento al mandato del legislador, ninguna de las partes puede verse sorprendida a la vista de las vicisitudes procesales, y no cabe no resolver.

Ahora bien, conviene en este punto distinguir según aquella ausencia de normas —o, sin tal ausencia, no se ha conseguido acreditar fehacientemente que existen (*v. gr.*, piénsese en la hipótesis de un empresario que alega un Derecho extranjero efectivamente competente, lo prueba pero no aporta nada sobre determinada pieza de su regulación laboral, siendo así que el trabajador o el juez albergan fundadas sospechas de que deliberadamente se está acreditando de modo parcial, mas no se llega a conocer su contenido en tiempo y con la debida exactitud<sup>70</sup>)— sobre una deter-

<sup>69</sup> Si bien, en la medida de lo posible, tiene que interpretar ese Derecho de una manera compatible con los términos de la directiva: STJCE de 14 de julio de 1994.

<sup>70</sup> En el bien entendido de que la prueba de la inexistencia de normas sobre tal tema no es la imposible prueba de un hecho negativo; sólo que no es de eso de lo que se trata en un litigio sometido a un ordenamiento

minada materia sea traducción de una opción consciente del legislador extranjero o resultado patológico de convulsiones internas. De entrada, si el legislador español ha querido que una determinada categoría de relaciones jurídicas quede sometida a un ordenamiento dado, es claro que el único legitimado para dar las soluciones a los problemas que se planteen es éste, y no se puede pretender colmar su silencio sobre una concreta materia acudiendo a las concepciones del sistema del foro. En ese sentido, este silencio es una forma de entender la manera en que esa materia debe venir disciplinada, y salvo que entre en juego la excepción de orden público no hay por qué interferir en su ordenación. Ahora bien, si se trata de una cuestión cuya disciplina es imprescindible según nuestro legislador, en tanto que expresión de principios básicos de construcción del sistema laboral, no se consiente la ausencia de normas, y se imponen por ello las del Derecho español por encima del vacío de regulación: No se tolera que nuestros tribunales resuelvan una cuestión dada más que en un sentido, y éste será —en defecto de otra respuesta homologable— el que acogió el legislador español<sup>71</sup>. En el caso resuelto en la STC 172/2004 el problema venía de un contrato sometido al Derecho uruguayo. El trabajador es despedido y denunciaba que no se habían seguido los cauces formales exigidos por su condición de representante. Nada impediría que el legislador extranjero prefiriera no regular de una manera especial y diferenciada el despido de sindicalistas o afiliados al sindicato en general; su opción legítima sería que todos los tra-

---

extranjero: Si el demandado realiza una prueba parcial es el demandante el que tiene que demostrarlo procurándose mejor información sobre la ley en cuestión.

<sup>71</sup> Nótese que si el ordenamiento extranjero aplicable sí que contiene una normativa sobre el tema, aunque difiera en cuestiones no esenciales de lo dispuesto en el nuestro, y siempre que consiga los mismos objetivos, no hay motivo para imponer las fórmulas de la *lex fori*. Esta es la diferencia entre la laguna y las normas internacionalmente imperativas.

bajadores vengan sometidos a idéntico tratamiento en este caso, que mientras sea suficientemente garantista no podría ser enjuiciado de forma negativa. La respuesta desde el foro español no tendría ninguna particularidad. Si aceptamos no obstante la opinión extendida según la cual nuestro legislador ha querido configurar tal disciplina sobre audiencia a los sindicatos y tramitación de expediente contradictorio como normas de orden público en las relaciones sometidas al ordenamiento español<sup>72</sup> e igualmente atendiendo a las normas de los arts. 55.4 ET, 7 del RDL 5/2000 sobre infracciones y sanciones y 106 LPL podría defenderse la imperatividad internacional —sea cual sea el Derecho rector del contrato— de la existencia de un procedimiento previo como éste, de suerte que el juez español habría de aplicar las normas españolas al efecto, integrando así los huecos conscientemente dejados por el ordenamiento reclamado por la norma de conflicto. Si no lo hace, cabe apreciar que no ha respondido según las exigencias derivadas del sistema de fuentes y su decisión sería amparable por violación de las garantías del art. 24 CE. Resumiendo, distinguiremos los supuestos de falta de normativa resultado de convulsiones transitorias, por el motivo que sea, —a integrar según el Derecho del foro por exigencias del *non liquet*— y aquéllos en los que la ausencia se debe a la decisión consciente del legislador extranjero, en las que el eventual recurso a la ley española se basa más bien en consideraciones de orden público.

#### 4.2.4. *Hipótesis de no crisis: Protesta del demandado sobre la suficiencia de la prueba*

Por último, es claro que la mera disconformidad del demandado sobre la suficiencia de

---

<sup>72</sup> Vid. M. C. ORTIZ LALLANA, «Causas, forma y efectos del despido disciplinario. (En torno a los arts. 54 y 55)», *REDT*, núm. 100 especial «El ET veinte años después», 2000, pp. 1145 y ss.

la prueba no es una de estas hipótesis de crisis de la prueba: Es sólo una de sus posibles estrategias, acreditando la insuficiencia de los materiales aportados, evidenciando las lagunas o contradicciones. En un régimen de imperatividad de la norma de conflicto y carga de la prueba para el demandante esas deficiencias, de ser verdaderas, desembocarían en la desestimación de la demanda. Convive la norma del art. 12.6 CC no obstante con la libre valoración de la prueba y por lo tanto si al juez le parece que el conocimiento adquirido del contenido y vigencia de esa ley es bastante, la debe aplicar, sin perjuicio de que sea un tema revisable en suplicación y casación y, si se incurre en arbitrariedad, en el recurso de amparo.

#### 4.3. Elección de ley y tratamiento del Derecho extranjero

Nos interesan dos situaciones bien distintas: A la primera ya hemos aludido, y es la licitud de un acuerdo relativo al contenido del Derecho extranjero; la otra es la incidencia en el régimen de alegación y prueba de la ley extranjera de la presencia de un pacto de elección de ley.

a. Conviene no confundir la hipótesis reseñada más arriba de elección de la ley del foro en lugar de la objetivamente aplicable con la presente, en la que no existe ejercicio alguno de autonomía conflictual sino que los litigantes aceptan *in toto* el silogismo de la norma de conflicto española (i. e. la aplicabilidad de la *lex loci laboris*) y, en lugar de realizar costosas inversiones para averiguar y acreditar su contenido y vigencia, se ponen de acuerdo en cuanto en estos dos últimos extremos<sup>73,74</sup>.

<sup>73</sup> Si además designan la ley aplicable el razonamiento es *mutatis mutandis* como el que vimos más arriba, debiendo acreditar el contenido y vigencia de la ley de la que escapan y –no siendo la del foro– aquella que desean ver aplicada.

<sup>74</sup> En contra de la prueba mediante la doctrina de los hechos admitidos, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA

No se trata aquí ya de incentivar o al menos no poner trabas a los acuerdos de elección de ley, como en los casos vistos más arriba, porque elección de ley aquí simplemente no hay. Tampoco se trata de discutir sobre si se aplica una u otra, porque este es un punto no controvertido. Aquí la cuestión es saber cuáles son los límites que tienen los litigantes –si los tienen– para hacer ejercicios de autonomía material, esto es, acuerdos en el interior del Derecho declarado competente para regir su relación. Como parámetro de interpretación disponemos de nuevo del art. 6 CR y de la regla de la indisponibilidad de los derechos laborales (no parece discutible que la norma del art. 3.5 ET sea internacionalmente imperativa): Es decir, afrontamos hipótesis donde la autonomía es limitada y donde se encomienda al juez el control y verificación de que cualquier pacto mejorar los mínimos inderogables dispuestos por la *lex loci laboris*, lo que pasa por la comparación de las soluciones legales y las pactadas. Pues bien, es evidente que esa función no puede desplegarse si no se le ha colocado en condiciones de conocer qué derechos reconoce a las partes la ley extranjera, es decir, sin una cumplida acreditación de su contenido y vigencia. Que sean las partes y no el juez, como en el caso visto *supra* (apartado 4.1.b), las que tengan que desenvolver esa tarea se entiende una vez constatemos la disparidad de situaciones, ya que no se trata de una ley de la que se escape sino que el objetivo es aplicarla, aunque sea para mejorarla en algunos sectores (en los que no haya pacto se aplicará tal cual). A falta de prueba, no es sólo que no valgan los acuerdos de las partes, sino que la solución lógica será la desestimación de la demanda (los litigantes son conscientes de que no es aplicable la ley del foro, no se pueden ver sorprendidos).

b. Lo primero que se revela claramente cuando, a pesar de haber elegido la ley recto-

GONZÁLEZ, «La prueba del Derecho extranjero...», *op. cit.*, p. 5. En general, I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, «La prueba en el proceso laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Relaciones Laborales*, 2001, p. 98.

ra del contrato, el demandante no la alega –es superfluo hablar de prueba– y pretende fundar su pretensión en otro ordenamiento diferente, es que está incumpliendo uno de los pactos contractuales, cuya sanción o no queda en manos de su contraparte, esto es, a expensas de que consienta una novación y elección posterior de otro sistema jurídico. Dicho de otro modo, si el demandado insiste en la aplicación de la ley elegida, ni siquiera con los nuevos vientos procedentes de la sentencia de 4 de noviembre de 2004 puede acudir a la *lex fori*, dando la misma respuesta a esta situación y a la de falta de elección. Hay una diferencia de grado entre la no alegación de la ley objetivamente aplicable y la que el propio actor ha contribuido a elegir, como se deduce de la doctrina del TC. De seguir la orientación legeforista actualmente en boga, la no invocación del Derecho elegido colocaría sobre el demandado la carga de investigar y acreditar su contenido y vigencia, con lo que la intangibilidad de la regla *pacta sunt servanda* queda a expensas de algo tan discrecional como que el juez se sienta satisfecho con el grado de conocimiento sobre esa ley que se le traslada. Aquí, si cabe más que en ningún otro ámbito, se justifica la desestimación de la demanda como sanción por la falta de cumplimiento de las normas sobre alegación y prueba. Pensar que un demandado tenga que desplegar alguna actividad adicional a la oposición de la cláusula de elección es bendecir el incumplimiento de los pactos.

#### 4.4. Presuntas peculiaridades de la carga de la prueba en los procesos de despido

No es inusual afirmar que en los procesos de despido es siempre el demandado quien tiene la carga de alegar y probar el Derecho extranjero, porque el art. 105 LPL exige que el empresario pruebe la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido

como justificativos del mismo<sup>75</sup>. En litigios con un elemento extranjero esa norma se transformaría en una regla especial de Derecho procesal laboral internacional. Pero ni bajo un régimen de imperatividad de la norma de conflicto ni bajo un sistema facultativo es ello completamente correcto. Si se está a lo que dispone el art. 12.6 CC, es el actor quien debe realizar la tarea de subsunción de la situación litigiosa en la norma de conflicto, y acreditar el contenido del Derecho reclamado por ésta. Nada en el art. 105 LPL exime al trabajador de la carga de acreditar el contenido y vigencia de la ley extranjera; esa disposición lo único que hace es colocar la carga de la prueba de los hechos en la parte que tiene mayor facilidad para acceder a ellos, y por eso es el empresario quien tiene que demostrar que son ciertos los aducidos en la carta de despido (si llega tarde, si es inepto,... o simplemente que quiere despedirle porque ya no le interesa contar con él). Después el juez determinará si son causa de despido (y la calificación oportuna) en la ley rectora de la relación jurídica controvertida. Es decir, hay un reparto de las obligaciones en absoluto extravagante dentro del modelo español. Téngase además en cuenta un argumento literal, y es que el mencionado art. 105 se refiere a los hechos, y por mucho que se haya sometido a la ley extranjera el régimen probatorio de los hechos no es verosímil pensar que el legislador español se refiera a un ordenamiento jurídico utilizando esa terminología.

Si el trabajador no invoca nada sobre Derecho aplicable, el empresario tiene dos opciones defensivas donde antes sólo tenía una. La interpretación amparada por el TC a la que se adhiere el TS abre el abanico en su beneficio. Si el actor ha alegado y probado la

<sup>75</sup> Así en el voto particular a la sentencia del TS de 22 de mayo de 2001. Entre la doctrina española parece alineado con esa idea S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «La aplicación del Derecho extranjero...», *op. cit.*, p. 221. Igualmente, C. MOLINA NAVARRETE y G. ESTEBAN, «La regulación del proceso laboral...», *op. cit.*, p. 123.

ley extranjera (o pedido auxilio al efecto) sólo puede aquél debatir acerca del encaje entre los hechos contenidos en la carta y las normas aplicables. Si por el contrario ha construido su demanda prescindiendo del dato conflictual, el demandado dispondrá de una alternativa para buscar el acomodo de esos hechos con la ley del foro o bien puede traer al proceso la que realmente debe disciplinar la relación controvertida y encontrar en ella la norma que justifique el despido.

Visto lo cual, no hay regla especial alguna en la materia. En ningún sitio está dicho que si el empresario quiere que se declare la procedencia del despido tenga la carga de probar el Derecho extranjero en defecto del trabajador; lo hará sólo si le conviene, y aun si no lo hace el despido puede seguir siendo procedente.

## 5. MEDIOS Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La escueta regulación en materia de prueba que ofrece la Ley rituarial debe salvar el escollo de su escasísima adaptación al tratamiento de la ley extranjera, y más si queremos respetar la regla de principio según la cual las pruebas se proponen, admiten y practican en el mismo acto del juicio. Resulta bastante difícil coordinar las peculiaridades de su prueba con la disciplina de los arts. 82.2 («Los litigantes han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse») y 90 y siguientes LPL; incluso son inconciliables esas exigencias con el modo de funcionar de los convenios sobre información del Derecho extranjero, que actúan siempre una vez que se ha iniciado el proceso y a instancia de la autoridad judicial (por recoger sólo los instrumentos multilaterales, pueden repasarse los arts. 3.1 del Convenio de Londres de 1968 –a salvo los arts. 2 y 3 del Protocolo de 15 de marzo de 1978, que permiten la solicitud de informaciones cuando no se ha instaurado pero se prevé su inicio– y 5 de la Convención interamericana de 1979; mayor

flexibilidad permite el reglamento comunitario 1206/2001, que en el art. 1.2 se refiere a la obtención de pruebas destinadas no sólo a una causa ya iniciada sino también a un proceso que se prevea incoar). Además, la brevedad de los plazos para iniciar un procedimiento hace que muy difícilmente pueda un demandante acudir al juicio con una prueba completa de la normativa extranjera requerida. De todas formas, en la oposición entre unas normas procesales –siempre ancilares– y la necesidad de permitir a las partes –y al juez en su caso– cumplir con su obligación de averiguar y acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, como instrumento imprescindible con el que poder obtener la tutela judicial solicitada, no cabe duda de que son las primeras las que deben ceder. Es indispensable, en suma, moldear las disposiciones de la normativa procesal laboral.

Si bien el art. 90 LPL señala que las partes pueden valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley –y en ese sentido insiste la jurisprudencia para el tema que tratamos<sup>76</sup>–, la realidad de los ordenamientos de nuestro entorno muestra que se han consolidado sólo unos pocos como idóneos para conocer el Derecho extranjero: Documental y pericial<sup>77,78</sup>.

<sup>76</sup> Así, SSTS de 23 de octubre de 1992 y 4 de mayo de 1995, SAP Guadalajara de 14 de enero de 2004.

<sup>77</sup> Nuestra intención es ofrecer unas pinceladas breves sobre esta cuestión, que se encuentra muy bien tratada en cualquier manual de Derecho internacional privado. Entre los artículos, A. AZPARREN LUCAS, «Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del Derecho extranjero», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles. Cuadernos de Derecho judicial*, 1997, pp. 225 y ss.; F. GARAU SOBRINO, «La prueba...», *op. cit.*, pp. 2352 y ss. y A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La prueba del Derecho extranjero...», *op. cit.*, pp. 4 y ss. Por último, las observaciones contenidas en la STSJ Madrid de 26 de febrero de 2004.

<sup>78</sup> Por poner un ejemplo, es evidente que con el interrogatorio de las partes o de testigos se trata de averiguar hechos, no normas. Más flexibles aún son las

### 5.1. Prueba documental

La prueba documental consiste en una certificación expedida por la autoridad diplomática o consular del Estado cuya ley debe ser probada acreditadas en España o por las autoridades españolas en el Estado de que se trate, donde consta la transcripción literal de las normas y una diligencia sobre su vigencia<sup>79</sup>. Los documentos deben ir traducidos al español o a la lengua oficial de la Comunidad Autónoma donde vayan a surtir efectos (art. 144 LEC), pudiéndose impugnar las traducciones privadas en los términos previstos en el párrafo 2 del últimamente mencionado artículo y teniéndose por no presentados los que no vayan traducidos, si bien antes de inadmitirlo por tal motivo habría que intentar la subsanación, en cumplimiento de lo previsto en el art. 231 y, por analogía, en el art. 275, ambos de la LEC<sup>80</sup>. Asimismo, se precisa su legalización (art. 323.2 LEC).

Como documento público vale también la sentencia emitida por un tribunal español en la que se contenga indubitadamente el contenido y vigencia de la ley extranjera, aplicada en un caso anterior (art. 317.1º LEC; el llamado cuasi precedente aparece consagrado

---

*Federal Rules of Civil Procedure* americanas, cuya regla 44.1 permite al juez admitir incluso los testimonios de un sujeto para conocer la ley extranjera, el conocimiento propio del tribunal, los materiales legales extranjeros o *affidavits* acompañados de testimonio oral (usuales).

<sup>79</sup> Se dirige un escrito a la Dirección General de Asuntos Consulares, se transmite la petición al cónsul general de España en el país de que se trate y éste a la autoridad requerida. La transmisión se hace por valija diplomática. La comunicación con el órgano informante extranjero puede ser agilizada mediante nota verbal de la Cancillería española al Ministerio de justicia extranjero. Cabe también utilizar los propios fondos documentales de los consulados españoles en el extranjero o acudir al dictamen de letrados al servicio de los consulados en el exterior. Hablamos en todo caso de procesos que duran entre seis y ocho meses.

<sup>80</sup> Cfr. J. BANACLOCHE PALAO, «Comentario al art. 144 LEC», en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Comentarios a la LEC*, Madrid, 2001, p. 305.

igualmente en la sección 4.2 de la *Civil Evidence Act* inglesa de 1972)<sup>81</sup>. Ahora bien, no vemos cómo puedan hacer prueba plena (art. 319.1 LEC) si existen sentencias contradictorias o simplemente inconciliables o si se aporta un dictamen de una institución del Estado de origen del Derecho cuya prueba se pretende o de las autoridades de ese mismo Estado y que vaya en un sentido distinto. Más bien podría aseverarse que lo que prueban es la convicción de un juez o tribunal sobre lo que en una determinada fecha decía una ley extranjera. Salvando las distancias, en idéntica línea de razonamiento podría retomarse la distinción que a propósito de los documentos intervenidos por notario se hace entre la certeza de lo declarado y la certeza de la declaración, limitando su dación de fe a ésta, nunca a los hechos que desconoce<sup>82</sup>.

También son documentos públicos las certificaciones expedidas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia a instancia de las autoridades judiciales, solicitada mediante exhorto<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> A la idea de notoriedad la reconduce J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *Las normas jurídicas...*, *op. cit.*, p. 59. Desde luego parece excesivo hablar de notoriedad a propósito de una sentencia: A este respecto *vid.* A. DE LA OLIVA SANTOS, «Comentario al art. 281 LEC», en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Comentarios a la LEC*, Madrid, 2001, p. 511.

<sup>82</sup> Tomamos el ejemplo de A. DE LA OLIVA SANTOS, «Comentario al art. 319 LEC», en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Comentarios a la LEC*, Madrid, 2001, p. 564.

<sup>83</sup> Art. 9.1.a del Real Decreto 1475/2004 de 18 de junio. El Ministerio a veces consulta a la Embajada del país en cuestión, acompañando la información recibida a la suya propia. Incluso cuando se pone en marcha el procedimiento de cooperación previsto por el Convenio de Londres, envía como complemento copia de la documentación sobre el Derecho extranjero existente en su fondo bibliográfico. Es un procedimiento rápido, particularmente útil cuando se trate de informaciones de un ordenamiento que no forme parte de ningún instrumento internacional de asistencia: Cfr. A. PÉREZ VOITURIEZ, *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 100.

En tanto que documentos privados podrán ser aportados todos aquéllos que no encajen en ninguno de los números del art. 317 LEC, tal y como sanciona el art. 324 LEC. Valdrían aquí monografías, manuales, códigos, fotocopias o cualquier otro soporte en el que se contenga la ley extranjera (va de suyo que muy malamente cabrá aportar al proceso original o copia autenticada por el fedatario público competente). No se puede confundir la no impugnación de su autenticidad, en los términos del art. 326 LEC, con la exención de prueba de los hechos sobre los que exista conformidad, porque aquí no cabe acuerdo alguno entre las partes sino que se parte de un elemento que *prima facie* nos describe cómo es realmente esa ley, cuya manipulación no es imposible detectar además. En este sentido, no tienen mucha explicación las reticencias de este medio de prueba por parte de nuestros tribunales.

El demandante puede aportar la prueba documental con la demanda o en el acto del juicio (no es uno de los documentos que haya de presentar junto con la demanda, y de los que se dé traslado *ex art.* 82.2), como hará normalmente. Pues bien, dispone el art. 94.1 LPL que de la misma se dará traslado a las partes en el acto del juicio para su examen. Si se admite que el demandado tiene derecho a defenderse deberá concluirse que el respeto del principio de contradicción y la igualdad de armas impiden que se vea sorprendido en el acto del juicio, con el consiguiente desequilibrio, con unas pruebas de cuya existencia y contenido no tenía noticia, frecuentemente extensas y complejas; deberá concedérsele, pues, un plazo razonable durante el que pueda analizarlos, decretando al efecto la suspensión del proceso (art. 83 LPL)<sup>84</sup>. Sólo así podrá evidenciar lagunas, imprecisiones o en su caso aportar los documentos que acrediten

<sup>84</sup> Recogiendo otras propuestas (prueba anticipada o diligencias para mejor proveer), I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, 1994, p. 147.

que existe otra interpretación de esas normas y que es la prevalente<sup>85</sup>. Más difícil encaje en la ley tiene a nuestro entender la práctica anticipada de la prueba<sup>86</sup>.

## 5.2. Prueba pericial

El único verdadero peritaje sobre Derecho que se admite en nuestro sistema procesal es el dictamen de peritos. El perito depone en virtud de sus conocimientos especializados, acreditando la interpretación y adecuación al caso del Derecho extranjero a aplicar, pudiendo incidir en contenido y vigencia. Teniendo en cuenta el amplio tenor del art. 340 LEC, se puede acudir al dictamen de juristas del país de que se trate o españoles, o dictámenes elaborados por instituciones científicas especializadas, españolas o no. Otra cosa es que puedan ser tachados (o recusados, como dice el art. 89.1.c.4º LPL; en particular será relevante el motivo quinto del art. 343.1 LEC: Circunstancia que haga desmerecer en el concepto profesional, debidamente acreditada) o cuál sea el valor probatorio de según qué dictámenes y según quién los haya elaborado, pero en sí mismo no hay motivo para afirmar que un profesional español del Derecho o una institución jurídica española no está en condiciones de conocer y exponer el ordenamiento extranjero sobre una determinada materia (lo mismo dígase para la pericia institucional del art. 340.2 LEC en relación con la posibilidad de encargarla a un centro especializado)<sup>87</sup>. Cuando sea el juez quien lo designe, la

<sup>85</sup> En el bien entendido de que la impugnación del valor probatorio de estos documentos no es fácilmente imaginable, teniendo en cuenta que se refiere a su aspecto puramente formal.

<sup>86</sup> En contra, I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, «La prueba en el proceso laboral...», *op. cit.*, p. 96.

<sup>87</sup> En Alemania por el contrario la sentencia del *BGH* de 21 de enero de 1991 excluye que los profesores alemanes puedan informar sobre el Derecho extranjero. Más aún, considera inadecuado acudir a expertos académicos cuando las cuestiones tengan implicaciones prácticas.



no aplicación de las reglas sobre insaculación (art. 93.1 LPL; repárese en la restricción que podría suponer el art. 6.6 LAJg) le deja notable libertad en punto a su designación<sup>88</sup>. Se dan por reproducidas las exigencias sobre formalidades de traducción y/o legalización.

Dicho lo anterior, por supuesto valen en el proceso laboral las reglas de los párrafos 2 y 4 del art. 339 LEC en cuanto a la designación de un perito único o de uno designado de común acuerdo y del apartado tercero en cuanto al peritaje necesario a raíz de las alegaciones complementarias que se realicen durante el juicio (por ejemplo, secciones de la ley extranjera de cuya relevancia y aplicación al caso sólo se hayan percatado en el curso de las actuaciones).

Compatibilizar la idoneidad de este medio de prueba con la exigencia de comparecer en el juicio con él exige ajustar el art. 82.2 LPL. Normalmente no habrá dado tiempo a obtenerlo, ni siquiera usando los días que transcurren hasta la conciliación previa (y ello sin contar con que no sería exigible que un actor se ponga a recabar pruebas desde el primer momento, pensando en un juicio que no se sabe si va a tener lugar o no; si el legislador pensara en esos términos estaría reconociendo la inutilidad de la mediación administrativa). Siendo inequívocamente inaplicable en este ámbito la regla del art. 429.3 LEC (en el proceso ordinario, señalamiento del juicio hasta dos meses después de la audiencia), parece razonable estar a lo dispuesto en el art. 336.3 LEC (la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de la demanda hasta la obtención del dictamen). El propio conocimiento por el tribunal de la premura con que se desarrolla el proceso debe

<sup>88</sup> En los sistemas francés, americano y alemán los informes se emiten por escrito; en Inglaterra en forma oral, salvo excepciones. En cuanto a la posibilidad de que el juez designe a un experto, en Alemania es normal en los casos complejos, en Francia y Estados Unidos se deja abierta la posibilidad y en Inglaterra nunca se hace.

ser suficiente para entender que existe una «justificación cumplida» del retraso en la aportación<sup>89</sup>. Igualmente, aunque el apartado 4 se refiera a juicios con contestación escrita de la demanda, resultarán aplicables sus soluciones al proceso de trabajo —lo mismo que lo son al verbal<sup>90</sup>—. El art. 337 LEC determina como momento tope para la aportación de los dictámenes tardíos el de la audiencia previa al juicio ordinario o la vista en el verbal. Si adaptamos ambas normas al ámbito estudiado, podemos entender que:

a. Si no se tienen y se prevé que no se va a disponer de ellos en el momento del juicio, el demandante ha de anunciar en la demanda tanto este extremo como el objeto y finalidad de esta pericia.

b. El instante en el que debería presentarlo sería el del juicio, mas el plazo limitado que prevé el art. 82.1 LPL hace augurable que no sea posible disponer de él. Será oportuno por ello fijar el día en que se va a celebrar y, acreditada la falta, suspender inmediatamente. Mejor que acudir a los plazos de suspensión de los que habla el art. 83.1 LPL, probablemente demasiado limitados, será oportuno acudir a la aplicación analógica del inciso final del art. 87.1 *in fine* y dejar plena libertad al juez para determinar discrecionalmente cuánto dura la suspensión. Es cierto que la regla se sigue con rigor para no comprometer los principios de concentración y celeridad<sup>91</sup>, pero el paliativo que a estos efectos existe de

<sup>89</sup> Téngase en cuenta en todo caso que lo normal será que el trabajador actúe como demandante y que goce del beneficio de justicia gratuita. En este caso el art. 339.1 LEC sienta la regla contraria y exige de presentar dictamen junto con la demanda, limitando la obligación del litigante a anunciarlo y pedir al juez que designe al perito. Vale lo que se dice en el texto en cuanto a plazos de espera.

<sup>90</sup> Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, «Comentario al art. 336 LEC», en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Comentarios a la LEC*, Madrid, 2001, pp. 587-588.

<sup>91</sup> Tal y como destacan M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R. M. ALONSO GARCÍA, *Derecho procesal del trabajo*, Madrid, 2004, p. 196.

las pruebas anticipadas cuando se trate del Derecho extranjero no es viable, teniendo en cuenta los supuestos en que éstas son practicable.

Si durante ese tiempo no se hubiera podido obtener resultados entraríamos en la hipótesis de imposibilidad de conocer el Derecho extranjero a la que hemos hecho referencia más arriba.

c. Si es el demandado el que está a la espera del dictamen, *mutatis mutandis* las mismas reglas son aplicables, o sea, en el acto del juicio acreditará su falta y se decretará la suspensión durante un plazo razonable que le permita obtener resultados, con idénticas consecuencias en caso de fracaso.

Si lo que ocurre es que se solicita al juez la designación de un perito, el art. 339.2 LEC determina como momento preclusivo el de la demanda y el de la contestación. Teniendo en cuenta que no existe esta última, parece razonable admitir que esa solicitud sólo se puede hacer en el momento del juicio. Ciertamente existe el peligro de que se convierta en maniobra dilatoria en manos del empleador demandado, pero –sin perjuicio de la concentración propia del proceso laboral, que impone una lógica que debe ceder ante el elemento conflictual si no se quiere generar indefensión en los litigantes– eso es en parte consecuencia también de la forma en que se ha entendido la imperatividad de la norma de conflicto. Es decir, bajo un sistema de vigencia plena del art. 12.6 CC el demandado normalmente no tiene necesidad de informarse sobre lo que dice el Derecho extranjero, sino que o se limita a dar por buenas las informaciones aportadas por el actor o excepciona que el caso se somete a una ley distinta a la del foro, sin más, para conseguir la desestimación de la demanda mal construida. Pero si a la indebida falta de alegación de la ley extranjera lo que sigue no es la desestimación de la demanda, y si el demandado quiere hacer valer sus razones según los criterios que han venido disciplinando su relación jurí-

dica desde que se originó, tendrá que acreditar contenido y vigencia del Derecho extranjero realmente aplicable, so pena que se le aplique el español con el que no contó. Ello desemboca en fin en que haya que permitir-se también a él hacer uso de esa facultad de pedir un perito judicial, con el coste que comporte sea cual sea, mejor que violentarle los derechos constitucionales.

Hay un evidente problema en lo que atañe a la ratificación del informe y a la posibilidad reconocida al juez y a los litigantes de formular preguntas al perito (art. 87.3 LPL). Si la parte o el juez lo piden, su comparecencia será obligatoria (art. 292 LEC), hasta el punto de poder suspender la audiencia si falta (§4<sup>o</sup>)<sup>92</sup>. Pero conviene matizar. Cuando se haya recurrido al asesoramiento de un perito con residencia en España no puede razonablemente afirmarse como regla que la solicitud de una parte para que concurra al juicio (art. 346 LEC, pero también téngase en cuenta el art. 169.4 del mismo texto legal) sea desproporcionada por excesivamente costosa. Su incomparecencia permitirá la petición de suspensión, antes del acto del juicio. Pero si se trata de peritajes realizados desde fuera de nuestro país, estaríamos ante circunstancias objetivas que hacen muy gravosa su comparecencia en la sede judicial, tal y como admite el legislador en la norma recién citada; es más lógico pensar que si en estos casos se solicita aquélla se debe poder sustituir su presencia acudiendo a procedimientos análogos, como el previsto en los arts. 313 LEC y 315.2 LEC para el interrogatorio de las partes<sup>93</sup>, utili-

<sup>92</sup> En el bien entendido que el plazo de tres días del art. 90.2 LPL es impracticable.

<sup>93</sup> Recuérdese que el primero se refiere al interrogatorio domiciliario de los testigos domiciliados en otra demarcación judicial, y el segundo establece que cuando la representación procesal del Estado, Comunidad Autónoma, entidad local o cualquier otro organismo público justifique no poder contestar las preguntas que se le formulan a propósito de las respuestas escritas que haya enviado, se remite, como diligencia final, nuevo interrogatorio por escrito.

zando a tal efecto las diligencias para mejor proveer, remitiéndole las preguntas que las partes y/o el juez quieran formular<sup>94</sup>; la vía del exhorto parece imponerse dada la necesidad de intervención judicial que certifique la identidad del respondente. Teniendo en cuenta la posibilidad de usar medios de comunicación por vía telemática, no debe suponer dilaciones desmesuradas (así en el art. 17.4 del reglamento 1206/2001)<sup>95</sup>.

Damos por reproducidas en este punto las observaciones formuladas a propósito del examen de los documentos por la contraparte: Dictámenes complejos, extensos, no se puede pretender que sean examinados sobre la marcha, por lo que el respeto de los derechos de defensa impone conceder un plazo para su estudio.

No es prueba pericial el mecanismo de cooperación para la obtención de información sobre el Derecho extranjero, tal y como viene regulado en los convenios e instrumentos a los que hicimos referencia más arriba o la solicitud mediante la cooperación judicial

<sup>94</sup> El art. 169.4 LEC no resulta directamente aplicable al caso, porque habla sólo de la ratificación del perito, no del interrogatorio.

<sup>95</sup> Dejando al margen los supuestos de asistencia jurídica gratuita, si se insistiera en la presencia en el acto del juicio del perito estaríamos en una dinámica que desincentiva y compromete la imperatividad de la norma de conflicto: Por una parte tenemos el art. 12.6 CC, que exige instalar el debate en la ley extranjera y por ello es recomendable acudir al dictamen que mejor informe de su contenido, que será el del profesional del Derecho del Estado en cuestión. En un litigio no muy importante desde el punto de vista cuantitativo, el demandante puede verse en la tesitura de terminar pagándole, aunque venza, una parte –como mínimo– de sus gastos de viaje y estancia en España (limitación de las costas del art. 394 LEC). Todo sumado, mejor no asumir riesgos, mejor solicitar la asistencia del tribunal (dilaciones), acudir al dictamen más barato y no al mejor o fundar la demanda en la *lex fori* (pérdida de la imperatividad de la norma de conflicto).

De otro lado, añádase en fin que en el Derecho alemán se prevé el examen de peritos por las partes (§441 ZPO), lo que no ocurre en Francia.

internacional del art. 177 LEC en relación con los arts. 277 y 278 LOPJ. Es evidente que no es este el lugar para exponer cómo funciona<sup>96</sup>, pero sí interesa ubicarlo dentro del proceso laboral, y en ese sentido existen dos momentos básicos en los que el juez puede instarlo. El primero es durante el acto del juicio, al amparo de la facultad concedida por el art. 95.1 LPL. Ciertamente no se trataría en puridad de que el juez oyera el dictamen de uno o varios expertos sobre la cuestión objeto del pleito, porque el objeto del pleito es la relación laboral, pero cabe ampliar la norma hasta incluir en su supuesto de hecho extremos vinculados indisolublemente a tal objeto, y es claro que lo que modela y dota de contenido a esa relación es el ordenamiento que la genera y disciplina. De otro lado, acudir al dictamen de peritos en este marco exige, de nuevo, decretar la suspensión. El segundo momento en el que se puede acudir a este mecanismo viene representado por las diligencias para mejor proveer, en el sentido del propio art. 95.1 y del art. 88 LPL. Se trata de cuestiones que han sido introducidas por las partes, por lo que cabe acudir a ellas. Indudablemente la referencia del art. 88 a la intervención de las partes tiene que ser filtrada por la peculiaridad del procedimiento del que hablamos, de suerte que lo único que cabe en

<sup>96</sup> Baste apuntar que la fórmula en el Convenio de Londres es la del exhorto del juez de lo social bien a través de diligenciamiento al juez de lo social de Madrid o bien directamente a la Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, que se encarga de transmitirla a la autoridad central extranjera. La respuesta que se reciba es remitida sin más trámites por el Ministerio de Justicia al juez español. El más grueso inconveniente es el de la traducción al español de los documentos remitidos, que no está prevista en el texto convencional. El juez dispone de las diligencias para mejor proveer para que le sean traducidos si tiene necesidad de ello, pero el gran problema viene de los costes que se generan y cuya imputación suscita dudas (a veces los asume el Ministerio, a veces se impone que sean los tribunales quienes lo hagan).

Ni que decir tiene que se excluye del uso de esta vía a los particulares, autoridades españolas no judiciales y consulares extranjeras en España.

su caso y como máximo es permitirles la formulación de preguntas aclaratorias (y no está demasiado claro que ni siquiera esto quepa)<sup>97</sup>. Ni que decir tiene, de otro lado, que el juez es *peritum peritorum*, es decir, no queda vinculado por el contenido de los informes, sino que los valora también según las reglas de la sana crítica y por tanto puede apartarse de sus afirmaciones.

El recurso a ese procedimiento tiene sentido en dos casos, a saber, cuando a pesar de la actividad probatoria de las partes el tribunal sigue albergando dudas sobre qué dice exactamente el Derecho extranjero y cuando el litigante diligente no ha conseguido acreditar su contenido y vigencia. En la primera hipótesis el verbo empleado por los arts. 88 y 95 («podrá») expresa de verdad una mera facultad del tribunal, no revisable por medio de recurso, según recuerda el TS; pero en la segunda, si se acredita la imposibilidad real de acceder al contenido de ese Derecho, tal «podrá» se convierte en un «deberá», cuyo incumplimiento abre la vía del recurso de amparo, según se deriva de la reiterada jurisprudencia constitucional.

No es tampoco una verdadera prueba pericial la del párrafo segundo del art. 95 LPL. La aplicación de esta norma al proceso internacional es más que discutible. Ciertamente puede ser necesario interpretar un convenio colectivo, pero si éste es extranjero no existe un procedimiento idóneo que permita al juez español obligar a una comisión paritaria extranjera a aportar un informe sobre la interpretación de ese convenio, entre otras cosas porque no tiene por qué tal comisión existir en el ordenamiento en cuestión. Con un escrupuloso respeto de los procedimientos de Derecho internacional privado, habrá que

convenir mejor en que el ordenamiento al que pertenezca ese convenio colectivo determinará cómo es interpretado, y eso será lo que tenga que hacer el juez español. Si ese procedimiento no es fácilmente trasplantable a un proceso ante nuestros tribunales o si nada se ha previsto a estos efectos, nuestros tribunales tendrán que conformarse con un dictamen pericial «usual», no emanado de una instancia particular.

### 5.3. Precisiones comunes a ambos medios de prueba

Finalmente, y con alcance general, precisemos lo siguiente:

*a.* Hechos nuevos o de nueva noticia del art. 286 LEC. En el tema que tratamos puede ser un cambio de legislación, una nueva sentencia que modifica sustancialmente las soluciones, la derogación de una norma... no necesariamente posteriores al día de la celebración del juicio, pero sí publicados después de este momento y conocidos con posterioridad. La norma habla de hechos, pero tanto el tratamiento procesal de la ley extranjera como la constatación de que la entrada en vigor de una disposición o la publicación de una sentencia son datos fácticos aconsejan incluirlos en su supuesto de hecho. Consecuentemente, con el escrito de ampliación de hechos se aportarán las pruebas pertinentes, y se le dará traslado a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga. A partir de aquí, a tenor del art. 286.3 LEC, parece que lo único posible será acudir a las diligencias finales (para mejor proveer) tanto si a quien alega esos hechos le ha sido materialmente imposible probarlos como si la prueba aportada se revelara incompleta como, en fin, si la parte contraria cuestionara la realidad de lo probado<sup>98</sup>. Lo que no cabe es dar rele-

<sup>97</sup> En todo caso, si se precisan aclaraciones lo que procede es cursar una nueva solicitud de asistencia: Cfr. M. FRIGO y L. FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padua, 2003, pp. 201-202, con abundante jurisprudencia.

<sup>98</sup> En contra de la aplicación del art. 286 LEC al proceso laboral se esgrimen los principios de concentración y oralidad (R. M. ALONSO GARCÍA, *El proceso de trabajo y*

vancia a la admisión que de este «hecho» nuevo pudiera hacer la contraparte (es decir, inaplicación de los párrafos 2 y 3). El riguroso mantenimiento de los principios procesales exige velar por la realidad del conocimiento tardío y restringir la aplicabilidad del art. 286 a las normas y actos publicados con posterioridad al juicio, sancionándose –y presumiendo– la obligación de conocimiento del Derecho en vigor hasta ese instante, y usando al efecto las sanciones de su párrafo 4.

b. De la misma forma que el juez no puede dar entrada en el proceso a un Derecho no alegado ni probado por las partes, sobre el que no han podido discutir (generaría indefensión), menos aún puede valer su conocimiento privado<sup>99</sup>. No basta aplicarlo y dejar constancia a efectos de ulterior recurso, porque sería tanto como postponer el respeto de los principios básicos y la tutela de los derechos, privando de una instancia a las partes.

c. No es lo mismo un dictamen pericial que recoja el contenido del ordenamiento extranjero que el que describa un estado de cosas o informe sobre la composición de un producto, por ejemplo. Aquel se refiere a una realidad esencialmente cambiante, de modo que su duración no es indefinida. Otro tanto dígase de los documentos. Ello permitiría formularse la pregunta sobre si es posible rechazar el dictamen o un documento fechado hace demasiado tiempo a juicio del juez (sería una prueba inútil en el sentido de los arts. 87.2 LPL y 283.2 LEC), y si la respuesta es afirmativa la cuestión será la definición de cuánto es demasiado tiempo. Podría alegarse a este respecto la norma del art. 295.3 LEC (pérdida de valor de las pruebas practicadas anticipadamente si no se interpone la demanda en el plazo máximo de dos meses), que

puede ser leído como expresión de la voluntad del legislador de limitar la validez temporal de las pruebas.

Con ser ello razonable, reconozcamos que no existe no obstante cauce alguno para ello, más que nada porque los costes de su puesta en práctica son elevadísimos. El juez carece de instrumentos para juzgar anticipadamente si prueban o no el Derecho vigente. La discusión sobre su vigencia o derogación debe encomendarse a la otra parte, sin perjuicio del referido juego del art. 286 LEC, y, en todo caso, si el juez alberga dudas fundadas –o algo más que dudas– tiene a su disposición las diligencias para mejor proveer, dentro de las cuales puede o bien indicar al litigante la conveniencia de practicar una prueba (art. 429.1 LEC) o bien acordarla de oficio (art. 284 LEC). El objetivo podría ser tanto una nueva información exhaustiva cuanto la mera certificación de que no ha habido modificación alguna desde la fecha del texto aportado hasta la actualidad. Ni que decir tiene que el uso de estas posibilidades tiene que ser tanto más restringido cuanto que afecta a los principios de concentración y celeridad.

d. La existencia de convenio internacional que vincule a España con el país cuyo ordenamiento se pretenda conocer no significa que el único procedimiento utilizable sea el diseñado por aquél. Nada excluye que el juez, en presencia de una solicitud de asistencia procedente de las partes o de dudas residuales sobre el contenido y vigencia de una ley foránea, opte por la vía que le parezca más adecuada: Si tiene la posibilidad de designar a un experto local no tendría demasiado sentido obligarle a recorrer la penosa, costosa, lenta vía de las comisiones rogatorias (y menos en un proceso como el laboral). En caso de concurrencia de instrumentos internacionales susceptibles de entrar en juego es evidente que habrá que preferir los especiales (convenios sobre información del Derecho extranjero) sobre los generales (los de obtención de pruebas o de cooperación civil), con la salvedad de que los de fuente comunitaria, al construirse

la nueva LEC, Madrid, 2001, p. 88), pero no es menos cierto que el objetivo es la verdad sustancial, y frente a él ceden exigencias adjetivas.

<sup>99</sup> En contra, J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *Las normas jurídicas...*, op. cit., p. 60.

sobre el objetivo de integración (léase cooperación reforzada), proporcionan canales de asistencia más rápidos (más útiles, pues, para los particulares y mejor adaptados al principio de celeridad), y –siempre que sea posible su uso– deberían por ello desplazar a los demás.

Conviene desterrar la idea de que la ratificación de instrumentos internacionales sobre información de la ley extranjera altera en las relaciones con los demás Estados signatarios la lógica del art. 12.6 CC, de forma que en estos casos sea imperativa la aplicación de oficio del Derecho reclamado por nuestra norma de conflicto. Ninguno de esos instrumentos interfiere en los planteamientos nacionales al respecto, limitándose a facilitar el conocimiento de ese ordenamiento, que será aplicable o no en función de la concurrencia o no de las condiciones previstas a este fin por el sistema internacionalprivatístico de cada Estado. Es decir, los convenios no prejuzgan el qué, contentándose con la facilitación del cómo. Lo único que cambia es que cuando se trate de aplicar la ley de uno de esos Estados será más difícil que el juez invoque imposibilidad o dificultad para aprehenderla.

## 6. EL TRATAMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO EN LOS RECURSOS

Siendo el principio el de única instancia, los recursos son extraordinarios, esto es, procedentes por motivos concretos tasados legalmente. No vale, pues, operar con lógica procesal civil. Ello mismo exige extremar las cautelas a la hora de afirmar que cabe este o el otro cuando la cuestión debatida sea de interpretación o aplicación de la ley extranjera.

Dicho esto, distingamos dos facetas. Uno es el problema de los recursos contra la pretendida infracción de normas de ordenamiento español y otro el de la violación de disposiciones de la *lex causae*. Al hilo del proceso de aplicación de un ordenamiento extranjero el juez tiene que tomar determinadas decisio-

nes que aplican exclusivamente normas del sistema jurídico español, procesal o sustantivo. Si suspende, si pone en marcha una comisión rogatoria, si acude a las diligencias para mejor proveer, son decisiones (autos) que toma a partir de los datos suministrados por la normativa procesal, y que por lo tanto no se alejan del régimen normal de recursos (es decir, reposición y súplica), sin perjuicio de que se trate de actos que en sí mismos pueden ulteriormente configurar otros recursos. Otro tanto dígase del quebrantamiento de las normas de conflicto españolas (no aplicación, interpretación deficiente o discutible); también aquí el sistema de impugnación es el normal para cualquier violación de una norma española.

Siguiendo el orden del razonamiento conflictual, la disconformidad con una resolución causada por alguna faceta del tema genérico «tratamiento procesal del Derecho extranjero» puede venir dada por una o varias de las siguientes razones:

a) la interpretación de la norma de conflicto y del sistema conflictual en general (particularmente importante en el caso del CR, con su flexible art. 6.2 o la discrecionalidad en la toma en consideración de las normas imperativas);

b) la irrupción inopinada de una determinada ley en el proceso (por ejemplo, aplicación de un ordenamiento dado como consecuencia del conocimiento privado del juez, discusión vertebrada en torno a la aplicabilidad de un sistema jurídico y aplicación de otro diferente, no alegación del Derecho extranjero y aplicación de la ley del foro);

c) la desestimación de la pretensión por falta de alegación y prueba de la ley extranjera aplicable (hipótesis habitual en la jurisprudencia);

d) la negativa judicial a la colaboración con el litigante en punto a obtención de pruebas, o a esperar un tiempo retenido razonable

para lograr resultados (el caso de la famosa STC de 17 de enero de 2000; en este sentido también cabe apuntar la negativa injustificada a aguardar la recepción de un dictamen sobre la ley extranjera anunciado en momento oportuno, al amparo del art. 336 LEC, o a designar un perito judicial de acuerdo con el art. 339 LEC, o a utilizar las vías de investigación que aportan los convenios sobre cooperación judicial, o la imposibilidad de formular preguntas a un perito domiciliado en el extranjero alegando razones de distancia, por ejemplo);

e) el desacuerdo con la valoración judicial de la prueba (*v. gr.*, no consideración de un dictamen pericial por razón de no tener la nacionalidad del Derecho objeto de información, inadmisión inmotivada de un medio de prueba, deducción de conclusiones manifiestamente erróneas a partir de las pruebas practicadas, la frecuente hipótesis en la que el juez considera que el ordenamiento extranjero está insuficientemente probado a pesar de la diligencia del actor y termina regresando a la *lex fori*);

f) la deficiente interpretación y/o aplicación del ordenamiento jurídico extranjero con los datos de que se disponía (no será raro que al tribunal se le suministren sólo las normas, sin referencias jurisprudenciales y sin un encuadramiento en los principios del sistema que le permita colocarse en la situación del juez del Estado cuyo Derecho se aplica).

## 6.1. Suplicación

Siempre que estemos en alguna o algunas de las situaciones de decisiones recurribles en suplicación previstas en el art. 189 LPL (será lo normal, aunque sólo sea por razón de la cuantía; si no se alcanzaran esos 1.803 euros la jurisprudencia muestra que con frecuencia se trata de procesos por despido –párrafo 1 letra *a*– o reconducibles de todas formas a la subsanación de una falta esencial del procedimiento –apartado *d* del párra-

fo 1–), no es difícil encajar esos motivos en alguno de los previstos en el art. 191 LPL: Los supuestos elencados en las letras b), c) y d) entran en la noción de quebrantamiento de las normas o garantías del procedimiento susceptibles de generar indefensión<sup>100</sup>; la letra e) engarza con el tenor del apartado segundo del mencionado art. 191, y los supuestos a) y f) son denuncias de infracciones de normas sustantivas o jurisprudenciales del apartado *c* de esa disposición (las de normas procesales van por el apartado primero, como es sabido). Va de suyo que una resolución puede incurrir en varias causas de infracción de forma simultánea (por poner un par de ejemplos, el caso de la precitada STC 10/2000 de negativa a auxiliar a la parte diligente seguida de la desestimación de la pretensión). Hay que realizar algunas observaciones al respecto:

*a.* La inclusión de la hipótesis de desestimación de la demanda por falta de alegación y/o prueba de la ley extranjera, como se puso de manifiesto más arriba, no genera indefensión alguna a nuestro juicio, mas la evolución reciente de la jurisprudencia obliga a no descartarla a los efectos de una eventual impugnación. De otro lado, el doble perfil procesal y conflictual del problema de la ley extranjera en el proceso hace que pueda ser reconducida también por la vía del apartado *c* del art. 191 LPL (esto es, infracción de la reconstrucción del sistema sancionada por el TS).

*b.* Desde el momento en que la prueba de la ley extranjera viene sometida al régimen procesal de los hechos, que la norma del art. 191.b se refiera a «hechos declarados probados» no equivale a limitación de la suplicación al aspecto exclusivamente fáctico. No es una disposición pensada para problemas de tráfico externo, y por ello nada empece para que

<sup>100</sup> Por supuesto, con protesta previa y recurso de reposición, porque como señala el TS, lo que se pudo corregir mediante recurso ordinario no debe ser corregido en el extraordinario.

abarque la revisión de documentos y dictámenes. Del resto, si eventualmente se hubiera utilizado un medio de prueba diferente de los expuestos *supra*, sus resultados no son revisables en esta instancia.

Si el actor —o el demandado en las nuevas corrientes— ha hecho bien su trabajo y ha probado la ley extranjera tienen derecho a que sea aplicado. Si en suplicación se aprecia insuficiente declaración de los hechos probados, el juez de instancia podrá practicar diligencias para mejor proveer antes de dictar su nueva sentencia<sup>101</sup>.

c. Podría ser discutible que la interpretación y aplicación de ley extranjera pueda convertirse en objeto del recurso de suplicación; desechada por artificial e insuficiente la idea de que su infracción tenga que quedar subsumida en la de las normas de conflicto, el amplio tenor de la norma y el hecho de que en suplicación prime el interés de las partes sobre el del sistema jurídico permite que el TSJ pueda revisar la interpretación realizada en instancia. Si se trata de proteger al ordenamiento y a través suyo y simultáneamente los derechos individuales, nos da igual que éstos vengán regulados por la ley del foro o, mediante la intervención de la norma de conflicto, una extranjera. Lo que se fiscaliza es un proceso intelectual, desenvuelto de idéntica forma cuando se aplica un Derecho foráneo o local<sup>102</sup>.

d. Teóricamente sería posible la inadmisión del recurso en los términos del art. 198 LPL. De todas formas, huelga recordar que el derecho de igualdad no exige inadmitir recursos iguales a los ya resueltos, sino que bastaría con motivar el cambio de criterio del tribunal. La inadmisión pasa por constatar la identidad no sólo de los hechos sino también que la ley aplicable sea la misma y que no

<sup>101</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R. M. ALONSO GARCÍA, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 381.

<sup>102</sup> Respecto a la casación civil, cfr. M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 385.

haya habido modificación alguna en sus normas o en su interpretación jurisprudencial. Una reforma de la norma de conflicto no incide en este punto, porque de lo que tratamos es de soluciones sustantivas. Todo lo cual nos pone en contacto con la suficiencia del material probatorio que obre en autos, claro.

e. La regla general prohibitiva de las alegaciones por los litigantes y la aportación de documentos del art. 231 LPL (270 LEC) vale en general también para los elementos probatorios que tuvieron que aportar las partes junto con la demanda o en el acto del juicio<sup>103</sup>. La situación normal (más improbable es que la prueba documental de la ley extranjera «tardía» esté en manos de las partes) será aquella en la que alguno de los litigantes haya anunciado un dictamen y a pesar de ello el tribunal haya resuelto sin esperar, o ha esperado un tiempo prudencial y las informaciones llegan pasado este plazo. Evidentemente, la norma no impide que la Sala tenga en cuenta otros contenidos probatorios solicitados por el propio órgano judicial y que lleguen después de dictar sentencia<sup>104</sup>.

## 6.2. Las casaciones

No hay mucho que añadir respecto al recurso de casación. Bajo las rúbricas de las letras c), d) y e) del art. 205 LPL<sup>105</sup> sigue sien-

<sup>103</sup> Ampliamente, J. MOLINS GARCÍA ATANCE, «La aportación de documentos en suplicación», *RL*, 2004, pp. 1334 y ss.

<sup>104</sup> Los documentos con las informaciones sobre la ley extranjera necesarios para dictar sentencia se obtendrán en instancia, a lo sumo pueden llegar durante el recurso, y por ello es inimaginable un recurso de revisión por el motivo del art. 510.1º LEC, único dentro de este artículo que podría ofrecer alguna peculiaridad en este tema. No es necesario precisar nada, pues, respecto a este recurso del art. 234 LPL.

<sup>105</sup> Recuérdese: quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas procesales, error en la apreciación de la prueba e infracción de las normas del ordenamiento y la jurisprudencia, respectivamente.



do posible impugnar las mismas disconformidades elencadas más arriba, con la única restricción es que no cabe el nuevo análisis de la prueba pericial (y teniendo en cuenta la flexibilidad reinante en la cita de los motivos del recurso). La discusión acerca de la idoneidad de subsumir la infracción de la ley extranjera en la letra e) de esta disposición adquiere nuevos perfiles: El problema no es para nosotros el propio de los sistemas que consideran que la ley extranjera es un hecho, y que por eso tienen que recurrir a extrañas fórmulas para admitir su revisión en casación (el caso de la desnaturalización francesa<sup>106</sup>). El problema es otro: En España, en el proceso social, lo mismo que en el civil, la casación tiene como fin esencial crear doctrina legal, y su evolución reciente en nuestro ordenamiento lo pone de manifiesto bien a las claras. Sólo de forma secundaria atiende a la protección de los intereses de las partes y la aplicación correcta del ordenamiento, y ese objetivo sólo tendría sentido en relación con las normas de la ley española<sup>107</sup>. No obstante, tan cierto es que el TS no tiene por qué preocuparse por defender la uniformidad, integridad y pureza de un determinado ordenamiento extranjero, como que ni la casación social participa de todos los caracteres de la civil, ni se limita a la tutela de normas sustantivas ni excluye el reexamen –aun limitadamente– de los hechos ni, en definitiva, es

<sup>106</sup> Las cuestiones de hecho son reexaminadas por las *Cours d'appel*, nunca en casación, salvo que el tribunal inferior haya dejado de aplicar correctamente los términos de un documento escrito cuyo significado está perfectamente claro. Aunque sea raramente, esta doctrina se ha aplicado por analogía a la ley extranjera tal y como venga reproducida en documentos o en los informes de expertos aportados al juez de fondo. También en Inglaterra las cuestiones de hecho escapan a los recursos, pero se reconoce que la ley extranjera es un hecho peculiar, de modo que las Cortes están predispuestas a revisar los hallazgos sobre este tema en mayor medida que frente a los demás hechos: T. HARTLEY, «Pleading and Proof...», *op. cit.*, p. 284.

<sup>107</sup> F. GARAU SOBRINO, «La prueba del derecho...», *op. cit.*, p. 2365.

ajena a la protección de las posiciones de las partes. Por ello el tratamiento del Derecho extranjero tiene que ser el mismo que el del español a los efectos de la aplicación de aquella norma<sup>108</sup>.

Plantearse que el TS pueda admitir un recurso de casación para unificación de doctrina y que el objeto de la unificación sea un Derecho extranjero puede resultar chocante<sup>109</sup>. Se trataría nada menos que de desarrollar una actividad cuasi normativa frente a una ley foránea. Es una cuestión más teórica que real, porque, de entrada, la hipótesis fáctica exigirá tal acumulación de identidades (las del art. 217 LPL) que sería más bien de laboratorio: Sentencias españolas que apliquen el mismo ordenamiento a los mismos hechos y con pretensiones idénticas y que sin embargo lleguen a resultados contradictorios. Pues bien, ni siquiera en esa situación teórica se podría admitir esta casación para la unificación de la ley extranjera:

a. La guía de interpretación no puede ser que los recursos legalmente establecidos no pueden quedar limitados más que excepcionalmente porque ello es lo más acorde con el art. 24 CE. Eso supondría desconocer la libertad del legislador para disciplinarlos. Antes bien, la regla en el procedimiento laboral sigue siendo la instancia única.

b. Es cierto que, a diferencia de su equivalente civil centrado sólo en la unificación jurisprudencial, éste también protege la legalidad y atiende los intereses de los particula-

<sup>108</sup> Cfr. M. ALONSO OLEA, C. MIÑAMBRES PUIG y R. M. ALONSO GARCÍA, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 349. No deja de ser llamativo que en el sistema alemán la infracción del Derecho extranjero muere en segunda instancia, salvo –entre otras excepciones puntuales– la materia laboral.

<sup>109</sup> Huelga decir que cabe sin duda cuando los Tribunales Superiores de Justicia sigan criterios diferentes en la interpretación y aplicación de las normas procesales o las de conflicto, es decir, en los cinco primeros números del catálogo que venimos usando.

res: ello abogaría por su admisibilidad, por las mismas razones alegadas en relación con la casación ordinaria.

c. Sin embargo, para la tutela de los intereses individuales se dispone ya del recurso de casación ordinario, que tiene la ventaja de no conferir al Supremo funciones cuya atribución quebrantaría la propia finalidad del recurso estudiado. Corresponde por lo tanto reservar esa vía para la revisión de la correcta interpretación y aplicación de la ley extranjera, y no pretender algo tan extravagante como que un tribunal español declare con eficacia vinculante cómo debe interpretarse una norma pakistaní, sueca o chilena.

d. Por supuesto que la seguridad jurídica implica tener los elementos para saber anticipadamente cómo se va a aplicar un determinado ordenamiento extranjero, pero para ello la vía no es forzar los esquemas de atribuciones sino utilizar las normas procesales españolas de manera tal que no se obstaculice, se posibilite y se incentive la aportación de informaciones sobre esos ordenamientos, procedentes de quien esté en condiciones de decir cómo son y cómo funcionan, y ese quien no es, por descontado, el TS español<sup>110</sup>. Dicho de otro modo, lograr la mayor certeza en este punto está antes que nada en manos de las partes, de suerte que si actúan diligentemente lo normal es que aporten al tribunal un suficiente nivel de conocimientos que no deje espacio a las especulaciones sobre cómo se va a resolver una controversia, y si no pueden alcanzar ese aquilatado nivel de informaciones también tienen en su mano el obligar al juez a procurárselas.

## 7. UN CÍRCULO PERFECTO (UNA ESPECIE DE CONCLUSIÓN)

Hay un lugar común cuando se habla del modelo español de alegación y prueba del

<sup>110</sup> Recuérdese además que la igualdad constitucional no padece como consecuencia de soluciones diferentes, siempre que vengan motivadas.

Derecho extranjero, y es la afirmación según la cual éste ofrece una textura abierta. Grueso error. Se confunde dispersión de normas –absolutamente razonable desde el punto de vista sistemático, por lo demás, teniendo en cuenta que hay opciones legislativas puramente internacionalprivatísticas y otras de contenido procesal– con indefinición, incluso ven lenidad en la flexibilidad. La imperatividad de la norma de conflicto en sí misma no implica que la ley extranjera tenga que ser probada por la parte que funda en ella su pretensión, pero da la casualidad de que es ésta precisamente la fórmula acogida por la LEC; por ello, la desestimación de las pretensiones mal planteadas es la solución coherente con las opciones previas. A partir de ahí caben las adaptaciones que se quiera para atender a casos extremos, marginales o en los que los principios inspiradores de la normativa material impongan el aligeramiento de las obligaciones procesales de las partes, pero de nuevo en este punto el legislador es libre –dentro del respeto de los imperativos constitucionales derivados del art. 24 CE– para fijar los mecanismos idóneos al logro de esos fines<sup>111</sup>. En otras palabras, la respuesta al interés público en la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto o a las dificultades en la acreditación de su contenido y vigencia no tiene por qué ser su investigación de oficio, ni la vuelta irremediable a la ley del foro, pudiendo muy bien que-

<sup>111</sup> No parece por ello muy ajustada la crítica de S. ALVAREZ GONZÁLEZ en el sentido de que exista hoy por hoy un modelo en el que todo vale salvo la seguridad jurídica («Aplicación judicial del Derecho extranjero: La desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa», *Diario La ley*, 4 de julio de 2005); el sistema está perfilado a nivel normativo, y en la práctica judicial ha quedado igualmente definido (otra cosa es el divorcio entre estos dos niveles), pero nadie podría decir que se ha visto sorprendido por las respuestas que recibe. Falta eso sí mayor riqueza jurisprudencial para ir estableciendo «mini reglas» que contemplen cada caso específico, pero mientras perviva la tendencia a recurrir a la ley del foro es difícil que los tribunales españoles puedan afrontar esa tarea.

darse en la instrumentación de mecanismos de asistencia jurídica gratuita o la previsión de facultades-deberes de cooperación de los tribunales con los litigantes. Las sentencias de la Sala de lo Social del TS de 22 y 25 de mayo de 2001 dibujaban un círculo perfecto, reconstruyendo el diseño normativo de manera impecable, cohonestando sin fisuras los principios inspiradores del sistema con los derechos fundamentales en el proceso. Las intervenciones posteriores del TC invaden su esfera de competencia, quebrantan la voluntad del constituyente expresada en el art. 123.1 CE y restringen la soberanía de los tribunales ordinarios y del legislador. Con esos precedentes, la escuálida STS Social de 4 de noviembre de 2004, al alinearse con una presunta doctrina del Constitucional –justo cuando comienza a marchar en sentido contrario– y sancionar la aplicación de la ley del foro cuando no se alegue ni pruebe la extranjera competente según nuestras normas, merece, como mejor destino, ser sepultada por el olvido, y redescubrir «el antiguo y buen Derecho».

En las páginas anteriores hemos pretendido poner de relieve los desajustes provocados por la nueva orientación, que no son más que las consecuencias de la falta de la imperatividad de la norma de conflicto (ya no es obligatorio contar con ellas, ni cabe exigir diligencia a los litigantes en este sentido, de suerte que la ley extranjera puede razonablemente ser un elemento inesperado del proceso), pero también recoger un cuadro –razonable– de soluciones. El modelo español presenta suficiente flexibilidad como para dar respuestas asumibles a las diferentes vicisitudes que surgen en un litigio social con elemento internacional, con inevitable pero asumible sacrificio, eso sí, de la celeridad y concentración propias del proceso. Caben alternativas, mejoras, revoluciones legislativas, pero el material con el que contamos puede atender todos los objetivos y situaciones.

A modo de recapitulación nos parece aceptable que:

1. La guía de interpretación es la primacía de los derechos fundamentales –entre ellos el de valerse de cuantos medios de prueba admita el ordenamiento– sobre las normas adjetivas, por lo que el anunciado sacrificio de los principios de concentración y de celeridad es asumible (STCo 158/89). En este sentido, quien requiera la asistencia del órgano judicial para obtener las informaciones necesarias debe contar con que ello sin duda comportará dilaciones.

2. La hipótesis usual será la de la demanda que ni invoca ni por supuesto prueba el contenido y vigencia de la ley extranjera normalmente aplicable. El demandado puede optar por hacerlo él o guardar silencio, lo que equivale a elección tácita de la ley del foro. La primera respuesta pasa por un aviso en la conciliación previa y en su caso la necesidad de decretar la suspensión del acto del juicio para permitirle la obtención de informaciones; la segunda exige en todo caso acreditar el contenido de la ley objetivamente aplicable, único modo de cumplir las exigencias de tutela previstas en el art. 6 CR, lo que –de forma excepcional– se ha de encomendar al propio juez.

3. En presencia de dificultades reales de averiguación del tenor del Derecho foráneo aplicable, la facultad de investigación del juez de la que habla el art. 281 LEC se convierte en obligación, tanto menor en cuanto a la exigencia de resultados cuanto mayor sea la homogeneidad del ordenamiento español y el extranjero implicado.

4. En el bien entendido que es bastante inexacto pretender que no cabe conocer un determinado ordenamiento extranjero: España ha suscrito convenios para la información de la ley extranjera y es destinataria de reglamentos comunitarios suficientemente expandidos en cuanto a su ámbito territorial de aplicación como para poner esa afirmación en cuarentena. En todo caso, recordemos que el juez español no queda vinculado a las informaciones obtenidas mediante su puesta en marcha.

5. Esa tupida red de cauces de cooperación unida a la asistencia jurídica gratuita a los trabajadores es un corolario perfecto del modelo imperatividad + prueba de la ley extranjera por el actor. Se reparten las cargas de forma proporcionada y sin quiebra de derechos constitucionales.

6. La ley reclamada por la norma de conflicto es soberana para regular las diversas cuestiones de la relación laboral, con el solo límite del orden público. Pero superado éste, la ausencia de una disciplina para aquellas materias que el sistema patrio regula de forma imperativa determina la sujeción de esos mismos aspectos a la *lex fori*.

7. Por las mismas razones que los derechos laborales son indisponibles, no es posible aplicar en esta materia la doctrina de los hechos admitidos respecto al Derecho extranjero.

8. Conviene fijar un plazo máximo de espera en las investigaciones conducidas por el juez sobre la ley extranjera (léase comisiones rogatorias, por ejemplo). Los instrumentos internacionales sobre cooperación judicial así lo avalan; no es razonable paralizar los procesos más allá de seis meses.

9. La inversión de la carga de la prueba prevista en el art. 105 LPL para los procesos de despido se refiere sólo a la veracidad de los hechos imputados, no a la ley extranjera aplicable.

10. Realmente, los instrumentos de prueba idóneos se limitan a dos, la documental y la pericial. Como no se acompañan con la demanda, la contraparte no los conocerá has-

ta el instante en que se inicie el juicio, con lo que se genera el riesgo de romper el principio de igualdad de armas si no se le concede un tiempo razonable para analizarlos. Procede a tal efecto acordar la suspensión.

11. Nada en la ley impide que como expertos intervengan sujetos de distinta nacionalidad a la del Derecho objeto de información. Cosa distinta es la valoración judicial de la prueba. Si el profesional informante reside en el extranjero, no se pierde el derecho a interrogarlo, pero tendrá que realizarse por medio de mecanismos de cooperación judicial.

12. La impugnación de decisiones judiciales por motivos reconducibles al tratamiento de la ley extranjera debe distinguir los supuestos en los que está en juego la interpretación y aplicación de una norma española (de conflicto o procesal) de aquéllos otros en los que se trata de revisar las de la ley extranjera. Se da por descontado que los primeros acceden a suplicación, casación y unificación de doctrina; los segundos no pueden ser objeto de este último, porque no es función del TS español declarar cómo se tiene que interpretar y aplicar una norma foránea. La tutela de los intereses individuales no padece, porque para eso existe la casación ordinaria.

13. Un deseo para terminar: Ante el previsible divorcio que se va a producir, de nuevo, entre TC y TS en cuanto a tratamiento del Derecho extranjero (esta vez con las posiciones invertidas), sólo cabe reivindicar la independencia del juez en la interpretación y aplicación de la ley, augurar una nueva casación para la unificación de la doctrina con resultados distintos a la última y la consolidación del respeto a la imperatividad de la norma de conflicto. Así sea.

**RESUMEN** La cuestión abordada en el estudio ha permanecido durante muchas décadas desprovista de tratamiento doctrinal, lo que unido a una interpretación poco frecuente de los tribunales de justicia hacía de ella materia desconocida y hasta esotérica. Curiosamente, las cosas han cambiado mucho en los últimos cinco años, en los que se han dictado sobre todo varias sentencias de particular trascendencia interpretativa, de parte de los dos más altos Tribunales, el Constitucional por un lado y el Supremo por otro. Es cierto que particularmente la jurisprudencia social —e igual podría decirse de la civil— no ha seguido una línea inalterable, sino que se han producido cambios de interpretación significativos, si bien parece llegado el momento en que los árboles empiezan a permitir que se vea una cierta luz, particularmente en materia de alegación y prueba de la ley extranjera por los juzgados y tribunales españoles.

El trabajo procede a una exposición clarificadora de esta evolución, abordando directamente los problemas típicos de cada momento procesal: La imperatividad de la norma de conflicto, los deberes procesales de las partes, la carga de la prueba, los medios de prueba, la reacción del ordenamiento ante la omisión probatoria de los litigantes, idoneidad de sus soluciones si se quiere dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que a la postre el hilo conductor del estudio se superpone al *iter* del propio proceso social. Particular interés tiene la determinación de aquellas soluciones propias del proceso civil que pueden ser exportadas al proceso social, para diferenciarlas de aquellas otras incompatibles con las intensas peculiaridades del primero.