

Id Cendoj: 28079140012004101202
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2652 / 2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- DESPIDO
- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
- APLICACION DEL DERECHO NACIONAL
- CONTRADICCION DE SENTENCIAS
- VOTO PARTICULAR

Resumen:

Derecho extranjero. Cuando la norma de conflicto señala a éste como aplicable y no resulta acreditada su contenido y vigencia, ha de resolverse la controversia aplicando subsidiariamente el derecho interno, tal y como se desprende de la STC 33/2002. Se rectifica la doctrina anterior de Sala General contenida en la STS de 22 de mayo de 2.001 (recurso 08/2507/2000).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil cuatro.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Sara López Blanco, en nombre y representación de D. Pedro Antonio , contra la sentencia de 4 de marzo de 2.003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 222/03 , interpuesto frente a la sentencia de 18 de noviembre de 2.002 dictada en autos 444/02 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao seguidos a instancia de D. Pedro Antonio contra Automatización y Telecontrol, S.L. Equipamientos Eléctricos y Electrónicos Pine, S.A. e Ingelectric Team, S.A., sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Equipamientos Eléctricos y Electrónicos Pine, S.A., acualmente PINE INSTALACIONES Y MONTAJES, S.A. representada por la Letrada D^a Sonsoles González Solís.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de noviembre de 2.002, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la excepción opuesta por la entidad INGELECTRIC TEAM, S.A. así como desestimando la demanda deducida por D. Pedro Antonio contra las entidades AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L., EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A. e INGELECTRIC TEAM S.A. debo absolver como absuelvo a las entidades AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L., EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINES, S.A. e INGELECTRIC TEAM S.A. de las pretensiones deducidas contra las mismas."

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El actor D. Pedro Antonio , con D.N.I. NUM000 , fue contratado verbalmente en Brasil por D. Antonio para prestar sus servicios en AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L., donde comenzó a trabajar como DIRECCION000 Administrativo el día 5 de Noviembre de 2.000, percibiendo conforme a las nóminas aportadas un salario

mensual, sin incluir la prorrata de pagas extras, de 2.000 unidades monetarias no determinadas.- 2º.- La entidad codemandada AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. se constituyó mediante contrato suscrito en Mossoró RN, el 17 de Julio de 1.998 por D. Adolfo , de nacionalidad brasileña, y D. Luis Miguel , de nacionalidad española, con un capital inicial desembolsado de 1.000 reales, dividido en 1.000 participaciones de 1 real cada una. En dicho contrato se fijó la sede de la sociedad en la calle Julinha Paula, nº 140, Barrio Costa e Silva-Mossoró.- Su objeto social conforme a la cláusula 5ª del contrato es: -Fabricación de máquinas, aparatos y equipamientos para la generación, transporte, distribución, medición y control de energía eléctrica, piezas y accesorios.- Fabricación de material para instalaciones eléctricas.- Reparación o mantenimiento de máquinas, aparatos y equipamientos industriales, comerciales, eléctricos y electrónicos.- Montajes industriales e instalación de máquinas y equipamientos.- Servicios de facturación de energía eléctrica, corte y conexiones de suministro eléctrico.- Contrato que se encuentra registrado en el Sistema Nacional de Registro de Comercio, del Departamento Nacional de Registro de Comercio, del Ministerio de Industria y Comercio de Brasil.- 3º.- El día 24 de Marzo de 2.000, como resumen de las reuniones mantenidas en Recife y Natal los días 21 al 24 de Marzo de 2.000, se suscribió el documento que transcrito literalmente señala: Tras las reuniones mantenidas entre representantes de INGELECTRIC TEAM S.A., PINE S.A., D. Luis Miguel para negociar sobre la constitución de una sociedad en Brasil se han alcanzado los siguientes: PREACUERDOS BASICOS: 1º) Implantar una filial de PINE S.A. en Brasil con un capital inicial de 200.000 U.S.D. de forma que posibilite la obtención del certificado de residencia permanente para el DIRECCION002 .- 2º) Salvo que las circunstancias lo impidan o desaconsejen, la implantación de la filial de PINE, S.A. se realizará partiendo de la actual empresa AUTOMATIZACION y TELECONTROL, S.L. propiedad de D. Luis Miguel .- Aunque susceptible de ser modificada, la Sede Social se mantendrá, en principio, en Mossoró, abriéndose delegaciones donde se estime oportuno.- 3º) La aportación de la actividad actual y cartera de pedidos de la empresa A y T se valora en 10 millones de pesetas. Queda pendiente de definir la forma en que se hará efectivo este importe por parte de PINE, S.A. a D. Luis Miguel .- 4º) La participación en el Capital Social una vez ampliado hasta 200.000 U.S.D. quedará como sigue: - PINE S.A. (75%) 150.000 U.S.D.- D. Luis Miguel (25%) ... 50.000 U.S.D.- PINE S.A. realizará la inversión mediante la aportación de efectivo.- D. Luis Miguel realizará la inversión del siguiente modo: - Aportación en efectivo ... 33.000 U.S.D.- Mediante un préstamo sin interés concedido por la empresa a devolver con beneficios futuros ... 17.000 U.S.D.- 5º) El objeto de la actividad de la empresa será: Ingeniería de montaje, suministro de materiales y montaje eléctrico en alta y baja tensión para los sectores industrial, naval, energía y terciario.- Diseño y construcción de cuadros eléctricos de baja tensión (fuerza y control).- Obra civil asociada y mantenimiento de instalaciones eléctricas.- La dirección del Grupo INGELECTRIC estudiará la posibilidad de incorporar otras actividades del Grupo a esta filial, concretándose en su caso las condiciones.- 6º) La Gerencia se encomendará a D. Luis Miguel , quien tendrá plena autonomía para dirigir la Sociedad siguiendo las directrices marcadas por los socios de la misma.- El DIRECCION002 tendrá la siguiente retribución .- Doce mensualidades de 500.000 ptas.- Trece mensualidades de 5.000 R\$.- Alquiler de un apartamento, que en Mossoró se estima en 600 R\$ mensuales. Este importe se adaptaría en su caso a las posibles nuevas ubicaciones.- El DIRECCION002 dispondrá para realizar su trabajo de coche de empresa con gastos pagados.- Queda pendiente de definir la forma en que se harán efectivas estas retribuciones en Brasil y en España, procurando que supongan el menor costo para la Empresa.- El DIRECCION002 tendrá derecho a realizar un viaje pagado a España cada 3 meses.- 7º) Para ultimar el estudio de ampliación de capital o constitución de una nueva sociedad D. Luis Miguel aportará a la mayor brevedad la siguiente documentación de A y T: .- Escritura de constitución y Estatutos.- Balances de la Sociedad.- Certificados de estar al corriente de los pagos de Impuestos y Seguridad Social.- Número de identificación fiscal (CGC).- Inscripción en el CREA.- Cualquier otro documento que se estime oportuno.- 4º.- El día 20 de Septiembre de 2.000, D. Adolfo y D. Luis Miguel suscribieron un documento de modificación contractual del contrato social suscrito, dándose dicho documento por reproducido señalando a los efectos que a este pleito interesan: 1. Deciden los socios-partícipes, alterar la composición societaria, el capital social, su domicilio, apertura de una filial y el objeto social en la forma siguiente: a) Se retira de la sociedad por su libre y espontánea voluntad, el socio Luis Miguel , cediendo y transfiriendo por venta de la totalidad de las participaciones del capital, a favor del nuevo socio abajo identificado, declarando haber recibido del mismo el valor por sus cuotas ahora cedidas y transferidas, dándose por satisfecho el pago, en todos sus derechos y haberes, no quedando nada a deber ni a reclamar a la empresa, así como de sus componentes societarios, por lo que se firma en presencia de los mismos, en total y absoluta conformidad.- b) Queda admitida en la sociedad el socio persona jurídica EQUIPAMENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE S.A., sociedad constituida y existente de acuerdo con las leyes de España, Código de identificación fiscal nº A48713416 de la Agencia Tributaria, con sede en la dirección PG Ugaldeguren II, P-9-I, Zamudio, Vizcaya C.P. 48016, en este acto representada suficientemente por su representante Don. Antonio , brasileño, casado, contable, residente y con domicilio en la CALLE000 , nº NUM001 , Santa Delmira I- Mossoró RN, con CI nº NUM002 expedido por la SSP/RN y del CPF nº NUM003 .- c) El nuevo socio aumenta la composición del capital social de la empresa de 1.000 (mil) a 369.000 (trescientas sesenta y nueve mil) participaciones, siendo el capital desembolsado a través

de la inversión de USD\$ 200.000 (doscientos mil dólares americanos).- d) La sociedad, a partir de esta alteración, tendrá la siguiente composición societaria:

Socio/participanteNº/Participaciones Valor en reales

Adolfo 1 1,00

EQUIPAMENTOS E. y E. PINE S.A. 368.999 368.999,00

Total 369.000 369.000,00

e) El domicilio de la empresa es trasladado a la Avenida Presidente Dutra, 2020, Alto Sao Manoel Mossoró RN.- f) A partir de esta fecha la empresa pasa a tener el siguiente objeto social: fabricación de máquinas, aparatos y equipamientos para la generación, transmisión, distribución, accesorios; fabricación de material para instalaciones eléctricas, reparación o mantenimiento de máquinas, aparatos y equipamientos industriales, comerciales, eléctricos y electrónicos; montajes industriales e instalación de máquinas y equipamientos; servicios de facturación de energía eléctrica; corte y conexiones de suministro de energía eléctrica; construcción de edificios; construcciones varias; importación y comercio al por mayor de productos importados; exportación de productos.- h) Apertura de una filial, en la calle proyectada, SN. Barrio Centro, en la ciudad de Tibau /RN, la cual explotará todos los objetivos sociales de la matriz.- El día 17 de Mayo de 2.002, D. Luis Miguel presentó ante los juzgados de lo Civil de la Comarca de Mossoró, Estado de Río Grande de Brasil, una demanda contra la entidad Equipamientos Eléctricos y Electrónicos Pine S.A. solicitando la nulidad del contrato anteriormente señalado por falsedad de su firma, falsedad de la firma que ha certificado un dictamen grafotécnico particular.- 5º.- En los Consejos de Administración de la entidad EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A., domiciliada en Zamudio, Polígono Ugaldeguren II, p 9-1, inscrita en el Registro Mercantil de Vizcaya al Tomo BI-864, Folio 107, Hoja BI-6.029-A, inscripción 1ª, toma parte como Consejero la entidad INGELECTRIC TEAM S.A. toda vez que tiene el 88% de las acciones de EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A.- 6º.- Mediante Acuerdo del Consejo de Administración de la entidad EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A. de 1 de Marzo de 2.000, elevado a público mediante Escritura autorizada por el Notario del ilustre Colegio de Bilbao D. José María Arriol Arana, el 28 de Junio de 2.000, al número 1.630 de su Protocolo, se decidió tomar una participación mayoritaria de la entidad Automatización y TELEcontrol S.L., confiriendo poder de representación de la entidad EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A. a D. Antonio , de nacionalidad brasileña, que fue la persona que contrató al actor, el cual recibía las órdenes de cómo ejecutar su trabajo de D. Luis Miguel .- 7º.- El día 1 de Junio de 2.001 D. Bartolomé , DIRECCION001 de la entidad EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A. confirió habilitación a D. Alfonso y D. Juan Ignacio para representar tanto a la entidad EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICO PINE, S.A. como a la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. en la tramitación de acuerdos y eventuales contratos a firmar entre COSERN y la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L.- 8º.- El 27 de Febrero de 2.002 tuvo lugar una reunión en Natal entre D. Luis Miguel , D. Bartolomé y representantes de COSERN, para quien la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. prestaba sus servicios con la finalidad de garantizar la prestación de servicios a COSERN por parte de la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. y para terminar a contabilidad de esta última entidad, donde entre otros externos se acordó que todo el dinero de la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. fuera movido por Dª Paloma , por medio de una cuenta abierta en el Banco de Brasil en el que figure como única autorizada, indicando asimismo que si antes de abrir esa cuenta fuere preciso hacer pago de salarios o a proveedores, se podrán realizar a través de una cuenta de la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. en Mossoró, en la que el autorizado es D. Antonio representante en Brasil de la entidad EQUIPAMENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A. (con la previa autorización firmada por D. Luis Miguel y Dª Paloma o de esta última únicamente).- También se acordó que D. Luis Miguel presentara las previsiones a Dª Paloma , a quien se le autoriza, transferencias a la cuenta de AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. desde una cuenta de INGELECTRIC -SUDAMERICA en la que a disposición de AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. existen 241.000 Reales.- Con la finalidad de que alcanzara efectividad la puesta al día de la contabilidad de la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L. viajó a Brasil, con un permiso de turista, Dª Esperanza , responsable de administración en la entidad EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE, S.A.- 9º.- Dª Paloma , quien se encargaba de hacer los pagos en la entidad AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L., le comunicó verbalmente el día 5 de Junio de 2.002 que estaba despedido.- 10º.- El día 28 de Junio de 2.002 el actor presentó la oportuna papeleta de conciliación, la que se llevó a efecto el día 15 de Julio de 2.002 con el resultado de intentado sin efecto.- 11º.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores."

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 4 de marzo de 2.003, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DESESTIMANDO el recurso de Suplicación interpuesto por Pedro Antonio frente a la sentencia de 18 de Noviembre de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Vizcaya en procedimiento sobre despido instado por el recurrente contra AUTOMATIZACION Y TELECONTROL S.L., EQUIPAMIENTOS ELECTRICOS Y ELECTRONICOS PINE S.A. e INGELECTRIC TEAM S.A., debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la resolución impugnada".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Pedro Antonio el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 8 de mayo de 2.003, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 16 de marzo de 1.999 y la infracción de lo establecido en el *artículo 12.6 del Código Civil*, vulneración del *art. 1.4 del ET* en relación con los *artículo 10.6 y 12.6 del Código Civil*. CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 1 de abril de 2.004, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de Pine Instalaciones y Montajes, S.A., se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 13 de septiembre de 2.004, con esta misma fecha estimó la Sala que, dadas las características de la cuestión planteada y su trascendencia procedía su debate en Sala General, por lo que se señaló de nuevo, convocándose a todos los magistrados de la Sala para el día 27 de octubre de 2.004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como consta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao en fecha 18 de noviembre de 2.002, el demandante, de nacionalidad española, fue contratado en Brasil para prestar servicios en este país como DIRECCION000 administrativo de una empresa brasileña, "Automatización y Telecontrol, S.L.", hasta que el día 5 de junio de 2.002, se le comunicó verbalmente el despido. Impugnada judicialmente esa decisión, la referida sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda y absolvió a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra, tras rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada. El razonamiento que el Juez de instancia expresa para desestimar la pretensión se contiene en el fundamento de derecho segundo, y en él se dice que, partiendo de la necesidad jurídica de resolver la controversia con arreglo al derecho brasileño, "... el derecho extranjero ha de ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, siendo las partes las directamente obligadas a dicha prueba" y se añade después que "en el supuesto de autos no se ha realizado dicha prueba por ninguna de las partes ..." de lo que se concluye que 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.

SEGUNDO.- La referida sentencia fue recurrida en suplicación por el trabajador, intentando éste en el primer motivo que se dejase sin efecto el hecho probado en el que se afirmaba que el contrato de trabajo se firmó en Brasil, y en todo caso, que además se dijera que se había pactado expresamente la sumisión a la legislación laboral española. Por otra parte, en el segundo motivo el recurrente ponía de relieve que a pesar de no haber invocado la aplicación de la legislación brasileña el actor, sino la empresa, y no haber acreditado ésta ni su contenido ni su vigencia, sin embargo los efectos negativos de esa ausencia probatoria se hicieron recaer sobre el demandante, lo que estimaba contrario al *artículo 24 CE*. Finalmente se denunciaba la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1.999 (recurso 1962/98), que es la que, como se verá después, se invoca como sentencia de contraste para sostener el recurso de casación para la unificación de doctrina.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia de 4 de marzo de 2.003, que hoy se impugna en el presente recurso, desestimó el de suplicación planteado, ratificando el criterio de que, con arreglo a lo previsto en el *artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, el derecho extranjero ha de ser probado respecto a su contenido y vigencia, de forma que al demandante correspondía demostrar que la legislación brasileña le amparaba tanto en su consideración de trabajador por cuenta ajena como respecto a las consecuencias laborales y económicas derivadas de la pretensión de despido.

TERCERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina que se interpone ahora por el demandante se pretende sostener sobre la contradicción que manifiesta la sentencia de la Sala de lo Social

del TSJ del País Vasco con la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 16 de marzo de 1.999 . En ésta, se viene a resolver sobre las demandas de varias trabajadoras de nacionalidad española que habían sido contratadas en Pekín para prestar servicios en la Oficina Comercial de España que el Ministerio de Economía y Hacienda tenía en dicha ciudad. Habiéndose pactado que la remuneración se pagara en marcos alemanes, a partir del año 1.995 se pasó a retribuirles en dólares americanos, de lo que se deducían diferencias que reclamaron mediante demanda, que fue desestimada por el Juzgado de instancia, al entender que la legislación china era la aplicable y no se había acreditado suficientemente su existencia por las actoras; recurrida ésta en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó en parte el recurso de las trabajadoras, pues partiendo de que, efectivamente, la legislación china era la aplicable, la ausencia de prueba sobre su contenido y vigencia debía suplirse con la aplicación del derecho español y no extraer de esa falta de prueba la desestimación de la demanda. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia de contraste que ahora se analiza, rechaza el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el Ministerio de Economía y Hacienda y confirma el criterio de la sala de suplicación al estimar que en los casos en que resulta aplicable la legislación extranjera y ésta no resulta acreditada en cuanto a su contenido y vigencia, ha de aplicarse para resolver el litigio el derecho interno.

Como puede verse, entre los supuestos analizados y resueltos en la sentencia recurrida y en la de contraste existe la identidad sustancial que exige el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues, partiendo de la realidad jurídica de que en ambos casos resulta aplicable el derecho extranjero y que también en las dos situaciones ese derecho no resultó probado, en la sentencia recurrida se afirma que no cabe la aplicación supletoria del derecho español, mientras que en la de contraste se afirma lo contrario. El hecho de que en la sentencia recurrida el actor pretendiera la aplicación del derecho español y que en la sentencia de contraste se tratase de aplicar la legislación china por las actoras no es una diferencia sustancial a efectos de apreciar la proximidad de las situaciones analizadas, pues la controversia, el debate y las distintas soluciones judiciales dadas se sitúa en el momento en que se ha decidido que la legislación aplicable es la extranjera y que esa legislación no se ha probado por ninguna de las partes. En esa cuestión jurídica, como se ha visto, es donde se aprecia la identidad sustancial de partida y la divergencia de soluciones dadas. Procede por tanto, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe que esta Sala lleve a cabo su función unificadora de la doctrina, señalando aquella que resulte ajustada a derecho.

CUARTO.- La cuestión que ha de resolverse entonces en este recurso, tal y como se ha planteado, consiste en determinar los efectos jurídicos que han de anudarse a la inexistencia de prueba del derecho extranjero cuando, como ocurre en este caso, la norma de conflicto señala que éste es el que resulta aplicable. Se trata de un problema jurídico no sencillo, en el que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya se había pronunciado en su sentencia de 19 de febrero de 1.990 , en la que se venía a sostener que la "falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa". Así se recuerda en una sentencia más reciente, dictada en Sala General, cuya fecha es de 22 de mayo de 2.001 (recurso 2507/2000), en la que, aunque se desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción entre las sentencia comparadas, dada la importancia del asunto se venía a sentar la misma doctrina anterior de 19 de febrero de 1.990, insistiendo en que la ausencia de prueba del derecho extranjero ha de conducir a la desestimación de la pretensión pues en tales casos "... no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello , no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario , lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida".

Esta doctrina, reiterada en nuestra sentencia de 25 de mayo de 2.001 (recurso 556/2000), aunque también en un supuesto en que se desestimó el recurso por falta de contradicción, vino a dejar sin efecto la opuesta doctrina anterior de la Sala, precisamente la de la sentencia que hoy se invoca como contradictoria, de 16 de marzo de 1.999, en la que, a su vez, se recogía la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 11.5.1989, 21.5.1989, 23.3.1994, 25.1.1999, 5.6.2000 y 13.12.2000 . En suma: la doctrina de la sentencia de contraste ha sido abandonada por esta Sala en las dos sentencias que se acaban de citar, razonándose en ellas el cambio de criterio adoptado.

QUINTO.- Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha abordado recientemente en tres ocasiones el problema de fondo que hoy aquí se suscita. La primera de ellas dio lugar a la STC 10/2000, de 17 de enero

, la segunda a la STC 155/2001, de 2 de julio y la tercera a la STC 33/2002, de 11 de febrero .

En la primera -única anterior a la SSTS, Sala 4ª, de 22 y 25 de mayo de 2.001 antes citadas- el Tribunal Constitucional , dejando claramente sentado que se trataba de un supuesto de características muy específicas y singular, viene a otorgar amparo a la recurrente, de nacionalidad armenia, que pretendía la aplicación del derecho de su país en el pleito de separación matrimonial que mantenía en España frente a su esposo, de la misma nacionalidad. Partiendo de la aplicabilidad, admitida por todos, del derecho armenio, el Juzgado de 1ª instancia desestimó la demanda de separación al no considerar suficientemente acreditado dicho Derecho extranjero aplicable como consecuencia de la falta de fiabilidad de la traducción privada del mismo. La Audiencia Provincial en fase de apelación había acordado tramitar a petición de la recurrente dos comisiones rogatorias para que quedara constancia procesal fehaciente de la existencia y vigencia del derecho extranjero aplicable, pero a la vistas de la tardanza y las dificultades surgidas en su tramitación, no esperó a que se cumplimentase debidamente dicho trámite y dictó sentencia, desestimando la pretensión de la actora por no haber acreditado el Derecho extranjero aplicable al caso. El Tribunal Constitucional otorga el amparo en este caso, porque la actuación de la Audiencia no sólo frustró la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo, sino que, además, le había causado indefensión (*art. 24.1 CE*), pues de esa ausencia de prueba del derecho extranjero se dedujo la desestimación de la demanda. Se achaca entonces a la Audiencia Provincial la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, teniendo en cuenta esa específica actuación procesal de no concluir las diligencias de averiguación o constatación acordadas. Todas estas circunstancias llevan al TC a precisar que en supuestos como el presente "y teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios". No hay, sin embargo, en esta sentencia doctrina constitucional alguna que determine la necesidad de aplicar la *lex fori* en caso de ausencia de prueba del derecho extranjero, cuando la norma de conflicto exige su aplicación. Por esa razón nuestra sentencia de 22 de mayo de 2.001 antes citada (recurso 2607/2000), dice en un inciso final que la doctrina de la STC 10/2000 no contradice la que se contiene en ella, sino que la corrobora.

La segunda STC de las antes enunciadas es la 155/2001 . Resulta conveniente decir que en ésta se viene a otorgar amparo a las mismas trabajadoras que se vieron afectadas (reclamando otros periodos de diferencias) por la sentencia invocada como contradictoria en este recurso, la STS de 16 de marzo de 1.999 (recurso 1962/98). Se trata, como se dijo al describir antes su contenido a efectos de saber si es contradictoria con la sentencia recurrida, de dos trabajadoras de nacionalidad española que habían sido contratadas en Pekín para prestar servicios en la Oficina Comercial de España que el Ministerio de Economía y Hacienda tenía en dicha ciudad que reclamaban las diferencias retributivas producidas, en su opinión, porque la retribución pasó a abonarseles unilateralmente en dólares cuando se había pactado el pago en marcos. El Juzgado entendió que no se había acreditado la existencia y vigencia del Derecho chino, aplicable al caso, pero estimó las demandas aplicando supletoriamente el Derecho español. Sin embargo la Sala de lo Social al resolver el recurso de suplicación planteado por la Administración, partiendo de la aplicabilidad del Derecho chino, la ausencia de su prueba y vigencia determinaba la desestimación de la demanda, no la aplicación del Derecho interno. En sede constitucional el TC afirma en la sentencia que comentamos que "la cuestión que se suscita desde la perspectiva constitucional que nos es propia consiste en determinar, *ex art. 24.1 CE* , si la Sentencia dictada en suplicación carece o no de suficiente motivación al haberse limitado a declarar la aplicabilidad del Derecho chino y la exigencia de su prueba por la parte actora, pero sin llegar a razonar, fundamentar o justificar en modo alguno el porqué de su decisión revocatoria de la Sentencia de instancia (que, reconociendo tales circunstancias, aplicó subsidiariamente la legislación laboral española con base en la propia doctrina del Tribunal Supremo)". Y de ello se extrae la conclusión de que "el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la "ratio decidendi" de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez a quo, sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de la deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, 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". En esta sentencia del TC, prácticamente coetánea a la de la Sala Cuarta TS pero posterior a la misma, ya se dice de forma clara que es más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva aplicar el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho Extranjero y se actúa en consecuencia otorgando el amparo a las mismas personas que lo habían obtenido en nuestra sentencia de 16 de marzo de 1.999 , sentencia que fue

aportada por las demandantes al recurso de amparo una vez iniciada su tramitación y unida a las actuaciones, tal y como consta en decimosexto de los antecedentes de hecho.

La tercera de las SSTC a que venimos haciendo referencia es la 33/2002, de 11 de febrero, en la que ha venido a decidir un caso en el que se debatía el mismo problema jurídico y en una situación de hecho prácticamente idéntica a la que en el presente recurso se ha de resolver ahora. Una trabajadora inglesa, contratada en Inglaterra, fue despedida y accionó en Madrid frente a esa decisión extintiva ante el Juzgado de lo Social, que, una vez afirmada su propia competencia, ante la falta de prueba del derecho extranjero por la demandante, desestimó la demanda de despido. Esa decisión fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la hora de resolver el recurso de suplicación que frente a aquélla se interpuso. Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante por falta de identidad entre la sentencia recurrida y la que se ofreció como contradictoria.

El Tribunal Constitucional en la referida sentencia estima que tales decisiones judiciales de instancia y suplicación son contrarias al *artículo 24 CE*, derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo de la pretensión articulada. El TC razona al respecto afirmando que "... ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que 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, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente *art. 12.6 del Código Civil* (hoy sustituido por la normativa establecida en el *art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000, de 31 de enero, FJ 2").

Analizando la doctrina que se contiene en la sentencia que se acaba de transcribir se observa que no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que -como aquí ocurre- la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso ha de aplicarse subsidiariamente la *lex fori*, la legislación laboral española. Esta es la verdadera razón de decidir de la sentencia constitucional, al margen de las argumentaciones complementarias que en la sentencia se formulan sobre la circunstancia concreta de que en este supuesto no debía hacerse recaer sobre la demandante los efectos desestimatorios de su pretensión por no acreditar la existencia y alcance de una norma extranjera, cuya aplicación ni siquiera invocó, sino que tales efectos adversos deberán recaer sobre la parte que invocó tal aplicabilidad, la empresa demandada. No obstante, el problema, como se ha dicho, no se resuelve por el TC aplicando los principios de la carga de la prueba y sus consecuencias sobre la pretensión, sino que la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva se aprecia al no haber suplido la Sala de lo Social del TSJ la realidad de la falta de prueba del Derecho extranjero con el Derecho español para resolver la controversia.

SEXTO.- Concluyendo, la doctrina del Tribunal Constitucional -máximo intérprete de la Constitución Española y del alcance de los derechos fundamentales (*artículos 53.2 y 161 CE*)- se muestra abiertamente opuesta a la que el Pleno de esta Sala adoptó en la sentencia antes citada de 22 de mayo de 2001, y ante tal situación procede rectificar la referida doctrina y ajustarla a los razonamientos del TC antes recogidos y a los que nos debemos remitir. 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.

Pudo también el TSJ o el propio Juzgado de lo Social en su día 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 Ley de Enjuiciamiento Civil*, 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", pero esa naturaleza potestativa de la utilización de tales facultades de indagación determina que ahora no pueda entenderse que se haya producido la infracción del referido precepto, aunque se recuerde de esta forma la existencia

de tal posibilidad como alternativa querida por el Legislador para resolver estos casos.

En consecuencia, la doctrina ajustada a derecho es la de la sentencia de contraste (TS 16 de marzo de 1.999) 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 2.001 , lo que determina la necesidad de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado y la devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia para que, con absoluta libertad de criterio pero partiendo de la necesidad de aplicar los criterios antes apuntados, decida lo que en derecho proceda sobre el recurso de suplicación planteado por el trabajador frente a la empresa demandada.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Sara López Blanco, en nombre y representación de D. Pedro Antonio , contra la sentencia de 4 de marzo de 2.003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 222/03 , interpuesto frente a la sentencia de 18 de noviembre de 2.002 dictada en autos 444/02 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao seguidos a instancia de D. Pedro Antonio contra Automatización y Telecontrol, S.L. Equipa

mientos Eléctricos y Electrónicos Pines, S.A. e Ingelectric Team, S.A., sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y acordamos la devolución de las actuaciones a la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, para que, con absoluta libertad de criterio, resuelva sobre las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, pero partiendo de la necesidad de aplicar el Derecho español ante la falta de prueba de la existencia y vigencia del Derecho Brasileño.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Gil Suárez, en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2652/2003, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Mariano Sampedro Corral y D. Manuel Iglesias Cabero. Mediante este voto particular expresamos con todo respeto nuestra discrepancia del parecer mayoritario de la Sala, que se recoge en la precedente sentencia. Las razones en que se apoya nuestro desacuerdo se exponen en los razonamientos jurídicos que siguen. PRIMERO.- La cuestión que se tiene que resolver en el presente recurso se refiere a aquellos casos en que la relación jurídica que da lugar al conflicto se rige por los preceptos propios de un ordenamiento jurídico extranjero, y el proceso judicial se sigue ante los Tribunales españoles, teniéndose que esclarecer cuales son los efectos o consecuencias del hecho de que en ese proceso judicial no se haya acreditado cual es el contenido de las normas del Derecho extranjero aplicables al caso. En concreto se trató de un trabajador español contratado en el Brasil por una sociedad brasileña, en noviembre del 2000 y que fue despedido de tal compañía el 5 de junio del 2002, lo que dio lugar a que el mismo presentase demanda de despido ante los Tribunales laborales de España, la cual demanda ha dado inicio a las actuaciones del presente proceso. Dicha demanda se formuló ante los Juzgados de lo Social de Bilbao, y el Juzgado nº 9 de dicha ciudad la desestimó en razón a que era claro que la relación laboral de autos se regía por el Derecho laboral brasileño y no se había acreditado en la litis el contenido y vigencia de las normas del mismo reguladoras del despido. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó íntegramente la citada sentencia de instancia. La sentencia mayoritaria de la que discrepa este voto particular, considera que en el caso de autos, ante la falta de prueba del derecho brasileño, procede aplicar el derecho español, basándose para ello en la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias 33/2002 de 11 de febrero, 155/2001 de 2 de julio y 10/2000 de 17 de enero . Por ello acoge favorablemente el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, casa y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en el mismo se impugna, y devuelve lo actuado a ese Tribunal Superior para que resuelva la acción de despido planteada, de acuerdo con las disposiciones del Derecho del Trabajo español. SEGUNDO.- No compartimos el criterio de la mayoría de la Sala. Entendemos que siendo aplicable el derecho extranjero (cosa que no se pone en duda, en absoluto, en el presente recurso), la falta de constancia o de prueba del contenido del mismo ha de determinar necesariamente el decaimiento de la acción ejercitada, al carecer ésta del apoyo jurídico necesario para que pueda prosperar. La relación jurídica de autos se rige por el derecho brasileño, por lo que el derecho español no puede servir de sustento a la pretensión de autos, que es claramente extraña al mismo; y ello aunque el demandante alegue la aplicación del derecho español, dado que, una vez que se llega a la conclusión de que éste

derecho no rige la referida relación laboral, esa alegación del actor carece por completo de eficacia y trascendencia, pues el fundamento de toda pretensión procesal es algo objetivo, que existe con base en la propia naturaleza de la misma y de la relación jurídica discutida, y sin que tal fundamento y naturaleza puedan ser alterados por la voluntad, la conveniencia o el capricho del actor. Y es sabido que éste está obligado a demostrar la certeza y realidad de todos los elementos que constituyen la base de su pretensión (salvo la vigencia y contenido del derecho patrio, al que alcanza de lleno el principio "iura novit curia"), de modo tal que si no logra demostrar dicha realidad y certeza de alguno de esos elementos, su pretensión no puede prosperar por faltar un punto de apoyo esencial de la misma. El criterio que se mantiene en este voto particular es el que esta Sala proclamó en su reciente sentencia del Pleno de la misma de 22 de mayo del 2001 ; el cual criterio había sido ya mantenido en una anterior sentencia de 19 de febrero de 1990 , y fue seguido también en la sentencia de 25 de mayo del 2001 . Se recuerda que la citada sentencia de 19 de febrero de 1990 manifiesta que "tal falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa". Y la sentencia de Sala General de 22 de mayo del 2001 explica: "la parte demandante ha fundado su pretensión en el Derecho español y , al no resultar aplicable éste , aquélla ha de ser desestimada, pues carece de fundamento. Esta conclusión no puede obviarse por una aplicación indirecta del Derecho nacional como consecuencia del fracaso en la prueba del Derecho extranjero . En primer lugar , porque , como ya se ha dicho , la parte no ha tratado en ningún momento de probar el Derecho extranjero , sino de excluir la aplicación de éste a favor de su tesis favorable a la del Derecho nacional y esta posición lleva a la desestimación de la pretensión deducida. En segundo lugar , porque las reglas de la carga de la prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de hechos que de normas que han de ser imperativamente aplicadas. En efecto, aquí no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida. Esto no está suficientemente claro en el *art. 12.6.2º CC* , que señala que es " la persona que invoque el derecho extranjero" la que tiene el deber de probarlo. Pero la recta inteligencia del precepto parte de que tiene obligación de acreditar el Derecho extranjero quién ha de fundar su demanda en él por ser el Derecho necesariamente aplicable. Hay una tercera razón que impone esta conclusión y es que, como ha señalado la doctrina científica, la norma del *párrafo 1º del art. 12. 6 del CC* es imperativa y establece con claridad que los órganos judiciales españoles tienen que aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Pues bien, si la norma de conflicto española establece que el Derecho aplicable es el extranjero , esta conclusión imperativa no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría en disponible algo que no lo es y favorecería además las conductas estratégicas, como la presentación de demandas fundadas en un Derecho notoriamente inaplicable con la expectativa de que la inhibición probatoria del demandante y el eventual fracaso de la prueba por el demandado pudieran llevar a la aplicación de un Derecho que resulta más conveniente para los intereses del primero". Y añade a continuación que "la tesis del recurso al Derecho nacional por falta de prueba del extranjero conduce además a la inseguridad jurídica, pues se desconoce cuál es el Derecho aplicable al ser éste un mero resultado de la prueba que ha de realizarse en el proceso. Y, por último, esa tesis conduce a consecuencias que pueden resultar contrarias a la propia lógica de las reglas de conflicto cuando como consecuencia del resultado -siempre contingente- de la prueba pudiera resultar aplicable un Derecho que, como sucedería en este caso, está completamente al margen de los elementos de conexión que pondera la norma de conflicto para establecer la regla sustantiva que ha de ser aplicada. Por lo demás, esta conclusión no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la parte ha tenido oportunidad a lo largo del proceso de probar el Derecho aplicable y las dificultades que esta prueba pudiera plantear no justifican en ningún caso la exclusión del Derecho aplicable según la norma de conflicto". TERCERO.- La sentencia mayoritaria, para adoptar su decisión modificadora de la anterior y reciente doctrina de esta Sala, se basa en tres sentencias del Tribunal Constitucional: la sentencia 10/2000 de 17 de enero , la sentencia 155/2001 de 2 de julio y la sentencia 33/2002 de 11 de febrero ; sobre todo se apoya en esta última. Pero ninguna de estas tres sentencias justifica, en nuestra opinión, este cambio jurisprudencial. A).- La sentencia 10/2000 en ningún momento concluye que ante la falta de demostración del contenido y vigencia del derecho extranjero, el Juzgador deba aplicar el derecho español; lo que tal sentencia decretó fue la nulidad de la sentencia impugnada en amparo y ordenó "retrotraer las citadas actuaciones judiciales seguidas ... al momento inmediatamente anterior a la providencia de 21 de febrero de 1997, para que se proceda a la práctica de la prueba del derecho extranjero aplicable al caso". Para la exacta valoración de esta decisión y su relación con el caso debatido en la presente litis, se recuerda que en el recurso de apelación tramitado ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, se recibió el pleito a prueba, a solicitud de la apelante, y la citada Audiencia Provincial remitió una comisión rogatoria a fin de que se aportase a los autos el derecho

extranjero (en aquel caso, el de la República de Armenia) aplicable al caso; esta comisión rogatoria se cumplimentó pero no de modo correcto, por lo que la citada Audiencia Provincial ordenó el envío de una segunda comisión rogatoria, la cual resultó extraviada en el Ministerio de Justicia; por todo ello, poco después la Audiencia acordó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, se celebró tal vista, y se dictó sentencia desestimando el recurso de apelación y confirmando la resolución de primera instancia, que había denegado la pretensión ejercitada en la demanda. La sentencia del Tribunal Constitucional 10/2000 acogió favorablemente el recurso de amparo formulado por la actora del pleito originario, basándose en que "es obligado considerar que la frustración de la práctica de la prueba sobre el derecho extranjero es imputable a la actitud de la Audiencia Provincial, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar Sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal pueda tenerse el simple hecho, por otra parte evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citada segunda comisión rogatoria"; de lo que deduce que "no cabe sino concluir que la Audiencia Provincial no sólo ha frustrado la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo (práctica en la que había acordado, a instancia de la recurrente, colaborar para su consecución), lo que de suyo ha lesionado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (*art. 24.2 CE*) de la señora Ch., sino que, además, causándole indefensión (*art. 24.1 CE*), desestimó su demanda de separación a consecuencia, precisamente, de la frustración de dicha prueba, sólo imputable al órgano judicial". Por todo lo cual el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya y ordenó "retrotraer las citadas actuaciones judiciales seguidas ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya al momento inmediatamente anterior a la Providencia de 21 de febrero de 1997, para que se proceda a la práctica de la prueba del derecho extranjero aplicable al caso". Resulta claro, por consiguiente, que el supuesto examinado en esta sentencia del Tribunal Constitucional no es equiparable al que se aborda en la presente litis, dado que la nulidad que en aquella se declara se funda esencialmente en el hecho de no haberse practicado una prueba del derecho extranjero que había sido admitida y ordenada por la propia Audiencia Provincial; situación ésta que no aparece en el actual proceso. Y además dicha sentencia 10/2000 no dispone en ningún momento la aplicación del derecho español; es más, el mandato de que se practique la prueba del derecho extranjero, no se compagina, en absoluto, con la aplicación al caso del derecho español. B).- La sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001, de 2 de julio, estimó el recurso de amparo ejercitado en aquel caso, por entender que la sentencia en él impugnada, que había sido dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, carecía "de motivación suficiente al haberse limitado a declarar la aplicabilidad del derecho chino y la exigencia de su prueba por la parte actora, pero sin llegar a razonar, fundamentar o justificar en modo alguno el porqué de su decisión revocatoria de la sentencia de instancia (que, reconociendo tales circunstancias, aplicó subsidiariamente, la legislación laboral española con base en la propia doctrina del Tribunal Supremo)". A este respecto esta sentencia 155/2001 precisa que "en el supuesto enjuiciado lo cierto es que el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la «ratio decidendi» de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez «a quo», sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de la deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia". Pero en el caso analizado en la presente litis ni la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco revocó la de instancia, sino que se limitó a confirmarla, ni existió ningún reconocimiento por la parte demandada de la existencia de deuda alguna en favor del actor. Además, en nuestra opinión, tal sentencia tiene una motivación adecuada y suficiente con lo que no puede sostenerse que vulnera el mandato del *art. 120-3, en relación con el art. 24-1, de la Constitución española*; a lo que se añade que dicha sentencia no conculca, en absoluto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo imperante en el momento en que se dictó, sino que, por el contrario, la sigue fielmente. Estas claras diferencias entre el caso que dio lugar a la sentencia 155/2001 que estamos comentando y el que se aborda en la presente litis, explican perfectamente que no se adopte en éste una solución similar a la que aquélla propugna, y por tanto no procede resolver la controversia planteada en la presente litis mediante la aplicación del derecho español. C).- Resta, por examinar la sentencia 33/2002 de 11 de febrero. La decisión que esta sentencia adopta se construyó sobre la base de partida de considerar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al dictar la sentencia impugnada en amparo, "impidió de forma no razonable la adopción de una resolución sobre el fondo de la pretensión ejercitada en la demanda, pues "optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora"; el Tribunal Constitucional estima que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ligó "a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés ... la inadmisión de la demanda, aunque a través de sentencia", de lo que deduce que es obvio "que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión". Debe destacarse que la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su fallo dispuso la desestimación del recurso de suplicación "sin entrar a conocer sobre el fondo al haber incumplido la actora la obligación de acreditar el contenido y la vigencia del Derecho aplicable" como se

constata en el apartado d) del antecedente 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional; por ello en el fundamento jurídico 4 de la misma se estima que "se ha inadmitido la demanda al entender los órganos judiciales que existía un motivo impeditivo para entrar a conocer del fondo del asunto, cual era la falta del Derecho extranjero". Ahora bien, en el supuesto de autos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no manifiesta, en modo alguno, que se abstenga de entrar a conocer del fondo del asunto, lo que supone una diferencia relevante en relación con el supuesto tratado en la sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002 . En cualquier caso, en los supuestos en que en conflictos análogos al de autos la sentencia de los Tribunales ordinarios desestima la pretensión de la demanda por no haberse acreditado el derecho extranjero, la cuestión de determinar si tal sentencia resuelve o no el fondo del proceso, no es, en absoluto, una cuestión de interpretación de la Constitución, sino de mera legalidad ordinaria, y por ello el criterio que pueda mantener el Tribunal Constitucional con respecto a este punto concreto no vincula a los demás Tribunales de Justicia. Y en nuestra opinión es obvio que tal sentencia desestimatoria resuelve el fondo de la cuestión planteada en la litis y lo hace denegando la pretensión base del proceso, siendo desacertado sostener que esa sentencia no resuelve la pretensión de la demanda. Las razones que se recogen en los próximos fundamentos jurídicos de este voto particular, confirman plenamente este criterio. Tampoco es materia de interpretación constitucional, sino de mera legalidad ordinaria, dilucidar si la falta de prueba del derecho extranjero aplicable al caso determina la desestimación de la demanda o produce la consecuencia de tener que solucionar la controversia mediante la aplicación del derecho español. Y no tratándose de materia de interpretación constitucional, el criterio que con respecto a tal cuestión mantiene el Tribunal Constitucional tampoco vincula a los Tribunales ordinarios. Por todo lo expuesto, estimamos que la doctrina y decisiones de las tres sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas no deben obligar a esta Sala a modificar la jurisprudencia por ella sentada en sus aludidas sentencias de 22 y 25 de mayo del 2001 y 19 de febrero de 1990 . Aún cuando lo consignado hasta este punto, es suficiente para explicar los fundamentos de este voto particular, creemos conveniente añadir las consideraciones que se recogen en los siguientes razonamientos jurídicos. CUARTO.- Toda relación jurídica, salvo supuestos excepcionales que no hacen al caso, se rige por la normativa propia de un solo ordenamiento jurídico nacional. Por ello, en los casos en que se presentan o pueden presentarse interferencias o conexiones entre diferentes ordenamientos de tal clase, las correspondientes normas de conflicto determinan cual es la legislación nacional aplicable a la relación jurídica de que se trate. Es sabido que en el ámbito propio de las relaciones de trabajo, esas normas de conflicto se recogen en el *art. 6, en relación con los arts. 3 y 4, del Convenio Internacional sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980* . Por consiguiente, no cabe duda que la ley nacional que los Tribunales de Justicia han de aplicar al caso debatido es necesariamente la que resulte de los mandatos contenidos en estas normas de conflicto, las cuales son de carácter imperativo; no siendo posible, a tal objeto, aplicar otros criterios no establecidos en tales mandatos y menos aún eludir la aplicación de la ley extranjera que éstos impongan y resolver el asunto conforme a la ley nacional basándose en la sola razón de que el contenido y vigencia de esa ley extranjera no fue demostrado en el juicio correspondiente. Este último criterio infringe frontalmente las referidas normas de conflicto. 1.- Pero además esta posición, según la que aunque la norma de conflicto imponga con toda evidencia la aplicación de la norma extranjera, los Tribunales españoles tienen que resolver el proceso conforme a la ley española, si el contenido y vigencia de aquélla no resultó demostrado en el pleito, no sólo supone vulnerar las normas de conflicto mencionadas, sino que introduce un amplísimo margen de inseguridad en las relaciones jurídicas que de un modo u otro puedan verse inmersas en tal clase de situaciones, habida cuenta que: a).- Antes de que la relación jurídica de que se trate, haya dado lugar al planteamiento de ninguna demanda judicial ni a la tramitación de ningún proceso, los sujetos que en dicha relación intervienen no pueden saber a ciencia cierta si la legislación nacional por la que ésta se viene rigiendo, es la que en definitiva resultará aplicable en cada reclamación judicial que sobre ella pueda suscitarse, pues todo dependerá del resultado de la prueba practicada en cada proceso futuro. b).- Una vez que se haya iniciado un pleito referente a esa relación jurídica, la aplicación en él de una u otra legislación nacional dependerá, no de una pauta o criterio objetivo y seguro, sino del resultado de la prueba en el pleito, que es siempre algo aleatorio y contingente. c).- Incluso, si son varias las contiendas judiciales que se plantean con respecto a esa relación jurídica, cabe la posibilidad de que el resultado y valoración de la prueba sean diferentes en cada uno de esos litigios, lo que conduciría al absurdo de tener que aplicar distintas legislaciones nacionales, según cada caso, a una misma relación jurídica. d).- Estas inconsecuencias e inseguridades se deben a que la posición de la que discrepamos, en primer lugar se aparta de los mandatos de las normas de conflicto, cuya observancia es de obligado cumplimiento en estos casos, y las vulnera; y en segundo lugar, sustituye tales normas de conflicto por la aplicación de un criterio que, por un lado, es eventual e inseguro, y por otro es manifiestamente ajeno y extraño a la naturaleza del vínculo discutido y al alcance y ámbito de vigencia de los ordenamientos jurídicos nacionales. 2.- La tesis que defiende la sentencia mayoritaria propicia, de forma nada desdeñable, el empleo por alguno de los interesados de conductas estratégicas e incluso fraudulentas, pues le da la oportunidad de alegar la aplicación de la legislación que le sea más favorable en la controversia planteada, aunque sepa perfectamente que tal legislación no es aplicable; alegación que puede verse coronada por el éxito dada la eventualidad de los criterios que esa tesis propugna. Así lo destacaron con especial insistencia las citadas

sentencias de esta Sala de 22 y 25 de mayo del 2001 y 19 de febrero de 1990 . Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que este tipo de conductas son especialmente frecuentes en relación con la aplicación del Derecho del Trabajo español, dado el carácter marcadamente protector y beneficioso para los trabajadores que el mismo ostenta. Es más, es evidente que el caso sobre el que versa el presente proceso encaja perfectamente en esta clase de supuestos, pues el demandante funda su demanda en el derecho español, cuando es totalmente claro que el derecho que rige la relación jurídica de autos es el brasileño. QUINTO.- La postura que se defiende en la sentencia mayoritaria y en las otras resoluciones judiciales que siguen igual criterio, mantiene que, como el demandante, en la mayoría de los casos, solicita en su demanda la aplicación del derecho español, no está obligado a demostrar en el juicio la realidad y vigencia del derecho extranjero, por cuanto que dicha carga recae sobre el demandado, al ser éste quien insta la aplicación de ese derecho extranjero. No compartimos, en absoluto, este parecer, habida cuenta que: A).- Como se desprende de lo que se explicó en el primer párrafo del segundo fundamento de derecho de este voto particular, la obligación de demostrar el contenido del derecho extranjero no se tiene que unir a la concreta solicitud de que tal derecho se aplique a ese caso, sino que está vinculada claramente con la pretensión ejercitada en la demanda. Y si ésta pretensión se basa en una relación jurídica regida por el derecho extranjero (como es el caso de autos), es indiscutible que ese derecho extranjero es fundamento ineludible de esa pretensión, lo quiera o no lo quiera el demandante; y por ello es totalmente irrelevante que diga en su demanda que su reclamación se apoya en el derecho español. Como se dijo en el referido razonamiento jurídico de este voto particular, "el fundamento jurídico de toda pretensión procesal es algo objetivo, que existe con base en la propia naturaleza de la misma y de la relación jurídica discutida, y sin que tal fundamento y naturaleza puedan ser alterados por la voluntad, la conveniencia o el capricho del actor". Esta conclusión no se contrapone, de ningún modo, a lo que prescriben los arts. 217 y 281-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Es obvio que el art. 217-2 liga la carga de la prueba, no con las alegaciones concretas de aplicaciones normativas o de hechos, sino con la pretensión ejercitada, pues con toda claridad habla del "efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvección", efecto jurídico que se producirá "según las normas jurídicas a ellos aplicables". Y en el caso de autos las normas aplicables son las propias del derecho brasileño, y por tanto el contenido de estas normas tenía que haber sido acreditado por el actor. Y no desvirtúa esta conclusión el art. 281-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no dice nada respecto a quien tiene que demostrar el contenido del derecho extranjero. Lo mismo acontecía bajo la vigencia del ya derogado art. 1214 del Código Civil que aludía al cumplimiento de la obligación o a la extinción de la obligación, materias centrales y básicas de las pretensiones ejercitadas en el pleito. Así pues, si la relación jurídica debatida se rige por el derecho extranjero, este derecho es uno de los elementos básicos en que se asienta la pretensión del demandante, y por ende es dicho demandante quien está obligado a demostrar el contenido y vigencia de ese derecho extranjero. Por consiguiente, si esta demostración no se realiza la acción ejercitada en la demanda no puede prosperar, debiendo ser desestimada. Desestimación ésta que alcanza por completo al fondo del asunto debatido, como es obvio que acontece en los casos en que no se logra probar los hechos en que se apoya la demanda o cuando quiebra alguno de los elementos nucleares de la pretensión ejercitada en las misma. Las razones determinantes de esa desestimación son manifiestas y claras, no alcanzándose a comprender que en ocasiones se afirme que tal desestimación carece de motivación suficiente. B).- Pero aunque se admitiese como hipótesis que la demanda se funda en el derecho español, tampoco podría ser acogida favorablemente la misma, al haberse llegado a la conclusión de que la normativa aplicable al caso debatido es la extranjera; cosa totalmente clara en el presente litigio. Si la demanda funda su pretensión en la aplicación del derecho español, y resulta que éste es inaplicable a la relación jurídica discutida, pues se rige por el derecho extranjero, quiebra y se desmorona totalmente el fundamento de tal demanda, debiendo ser rechazada, sin necesidad de más razones ni argumentos. También se trataría de un rechazo o desestimación que afecta al fondo de pretensión ejercitada y que está adecuadamente fundado, pues necesariamente se ha de rechazar una demanda cuando se pone de manifiesto que el fundamento esencial en que la misma se basa, es inexistente o irreal. SEXTO.- La decisión adoptada por la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco contra la que se dirige el recurso de casación para la unificación de doctrina de que ahora tratamos, no vulnera, en forma alguna, ningún precepto de la Constitución española. Lo expresado en el razonamiento jurídico precedente hace lucir con nitidez que dicha decisión resuelve el fondo del asunto y se apoya en fundamentos acertados y sólidos, lo que impide que aquí puedan tener efectividad argumentos que en ocasiones similares se han manejado con base en los arts. 24 y 120-3 de la Constitución . Si uno de los elementos constitutivos de la pretensión base de la demanda resulta irreal o inexistente, o no se logra su constatación o probanza, necesariamente esa demanda tiene que ser desestimada; siendo tal desestimación totalmente respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva; máxime cuando el interesado tuvo la oportunidad a lo largo de todo el proceso de acreditar la realidad y contenido de ese elemento básico de su pretensión. Pero lo que en nuestra opinión no resulta explicable es que, en aras a una pretendida violación del derecho a la tutela judicial efectiva, se acuda a la aplicación a la relación jurídica combatida de unos preceptos legales (los del derecho español) que nada tienen que ver con ella y que en ningún momento han regulado ni regulan tal relación. Esta particular solución, para nosotros, sí que quebranta los derechos fundamentales de la contraparte, toda vez que dicha contraparte se

encuentra con que los Tribunales resuelven la controversia planteada aplicando, sin verdadera justificación razonable, una normativa completamente ajena y extraña a esa relación jurídica de que se trata. Y resulta especialmente inadecuado e ilógico hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos casos (nada infrecuentes, y entre los que se encuentra el de autos, en nuestra opinión) en que el demandante, a sabiendas de que la relación jurídica debatida se rige por el derecho extranjero, insta en su demanda la aplicación del derecho español, por la sola razón de que le es más favorable. Estimar en estos supuestos que la desestimación de la demanda, en razón a la no acreditación del derecho extranjero, infringe el *art. 24 de la Constitución*, nos parece incomprensible, máxime cuando la parte demandante conoce que esa legislación extranjera es la que regula la relación jurídica controvertida, y ella ha hecho todo lo posible para impedir su aplicación a la misma. SÉPTIMO.- Todo cuanto se deja expresado pone de manifiesto que debió haberse desestimado el recurso de casación para la unificación de doctrina analizado, al ser, en opinión de los firmantes de este voto particular, totalmente correcta y conforme a derecho la sentencia contra la que dicho recurso se dirige. En Madrid, a cuatro de noviembre de 2.004.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez así como los votos particulares formulados, de una parte, por el Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez al que se han adherido los Excmos. Sres. D. Mariano Sampedro Corral y D. Manuel Iglesias Cabero y de otra el Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL, EN RELACION CON LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2004, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA nº 2652/2003.

PRIMERO.- La cuestión litigiosa resuelta en la sentencia mayoritaria, de la que respetuosamente se disiente, versa sobre la aplicación de la norma sustantiva que debe aplicarse en el supuesto de un trabajador español contratado, en Brasil, por una entidad mercantil brasileña en el mes de noviembre del año 2000, que fue despedido cuando prestaba servicios laborales en dicho país, en fecha 5 de junio de 2.002 y que interpone demanda en reclamación de despido ante el Juzgado de lo Social de Bilbao. Este Juzgado, al igual que la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco, que confirmó la sentencia de instancia, desestimó la pretensión actora con fundamento en que debiéndose de aplicar el Derecho del Trabajo brasileño a la relación litigiosa no se había acreditado la norma reguladora del despido de tal derecho foráneo. Esta sentencia ha sido revocada, por la sentencia de la que disintimos.

El problema litigioso debatido -no alcanzando la controversia a la competencia de la jurisdicción española para conocer del asunto, ni a la aplicabilidad del derecho extranjero, que son temas pacíficos- se concreta en determinar si la falta de acreditación del derecho extranjero comporta automáticamente la aplicación de la norma correlativa del derecho español -tesis de la sentencia mayoritaria, con apoyo en tres sentencias del Tribunal Constitucional- o la desestimación de la demanda -tesis de este voto particular-.

SEGUNDO.- En este voto se admite y acoge plenamente el contenido del voto particular de dos magistrados de la Sala, al que me he adherido y firmado, y, únicamente, se emite para aportar algunas matizaciones en relación con la aplicación del derecho interno, cuando se ha tenido por no probado el derecho extranjero aplicable, que es la doctrina sentada por la sentencia mayoritaria.

1.- El sistema de conflicto de leyes aplicable al contrato de trabajo ha sido regulado, tras una inicial inhibición de los órganos competentes en el ámbito comunitario, por el *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980*, -Convenio que aún no siendo derecho comunitario, sino Convenio Internacional suscrito por los entonces miembros de la Comunidad Europea, pueden ser interpretado por el TJCE, a partir de uno de agosto de 2004-, regulador de la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Este Convenio, que determina la ley que ha de regir en una relación jurídica cuyos miembros estén dispersos, y que tiene carácter universal y consecuente aplicación preferente incluso si la ley designada por el mismo es la de un Estado no contratante (STS 29 de septiembre de 1998; Rec. 4796/1997 en relación con el *artículo 2 del Convenio*), no ha sido objeto de controversia en la sentencia mayoritaria que parte del supuesto, antes afirmado, de la aplicación al despido controvertido de la ley extranjera, en el caso, el derecho brasileño. Por ello no se argumentan, ni se hará, en este voto particular, referencia alguna a los diferentes criterios establecidos en el citado convenio sobre designación de la norma conflictual aplicable al contrato de trabajo, sino que lo que va a considerarse es si la determinación de la ley conflictual, conforme la legislación interna, puede ceder a favor de la ley extranjera, cuando no se ha acreditado en el proceso, ni por prueba de la

parte que la alegó principalmente, ni por la averiguación de oficio del órgano judicial, la norma correspondiente de derecho extranjero.

2.- Sostengo, con el mayor respeto a la decisión mayoritaria -que antaño y en fechas no muy lejanas fue la contraria.; sentencia de la Sala General de 22 de mayo de 2.001 - que en el fondo de la sentencia puede latir una confusión "entre ius y foro" de modo que la pacífica competencia -en cuanto no discutida, ni examinada en el caso litigioso- del órgano jurisdiccional español para conocer de la pretensión de despido ejercitada por el trabajador español, contratado en territorio extranjero por empresa mercantil extranjera, que le despidió, cuando prestaba servicios en dicho territorio, se extiende "con carácter imperialista" a lo que prácticamente constituye una derogación judicial de la norma conflictual aplicable, según el derecho interno, que tiene carácter imperativo.

3.- La aplicación de la norma conflictual no depende del resultado de la prueba tendente a acreditar su contenido y significación, ni, consecuentemente, puede estar mediatizada por la doctrina de la carga de la prueba.

De todas maneras, aún dando beligerancia a la influencia de la prueba practicada en el proceso, sobre la aplicación o no de la norma conflictual, creemos que la no acreditación del derecho extranjero no autoriza la conclusión de la aplicación de la norma interna, que sienta la sentencia mayoritaria. El derecho procesal laboral -como ámbito jurídico en el que se actúa un derecho subjetivo de naturaleza privada- está regido por el principio dispositivo; principio que, a su vez, implica el principio de libre aportación de los hechos por las partes -el juzgador no puede introducir hechos en el proceso; STS 7 de diciembre de 1988 - y de su prueba por quien los alegó, con el efecto negativo de que la parte que alega los hechos y no los prueba, debe soportar las consecuencias inherentes a la no probanza (artículos 1.214 del Código Civil, hoy derogado, y 217.2 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*).

También puede ser objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero, (*artículos 1.3 C.c . y 281.2 LEC*) pero que la prueba pueda tener como objeto las normas de costumbre y del derecho extranjero no implica la desvirtuación de los principios de alegación y prueba de parte sobre los hechos, sino la confirmación de los mismos a salvo de ciertas matizaciones, como las que hacen referencia a la aplicación del derecho extranjero. Al efecto, el artículo 12.b) apartado segundo del C.c., derogado expresamente por la *Disposición derogatoria única 2.1 de la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero* , establecía que "la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española", añadiendo que "para su aplicación el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios dictando al efecto las providencias oportunas". Esta disposición ha sido sustituida por la contenida en el *artículo 281.2 LEC 1/2000* , en forma diferente y mas matizada, al preceptuar, tras una primera afirmación expresiva de que "también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero", 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 "de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

El principio dispositivo de aportación de parte admite ciertas matizaciones, tanto en el Código Civil como en la vigente y supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ninguna de ellas tiene el alcance que reconoce la sentencia mayoritaria, y antes al contrario, a la luz del *artículo 12.1 C.c .* , que se encuentra vigente, expresivo de que "la calificación para determinar la norma de conflicto se hará siempre con arreglo a la ley española", parece que infringe dicho precepto la decisión judicial que abandona su rectoría, que tiene carácter imperativo, para condicionar su aplicación a lo que resulte acreditado en la fase probatoria del proceso. Si se entiende que el juzgador debió extremar la actividad tendente a averiguar de oficio el contenido y vigencia del derecho extranjero, la solución correcta sería declarar la nulidad de actuaciones con retroacción de los autos a la fase probatoria o a la de diligencia para mejor proveer (*art. 88.1 LPL*) -diligencia final en la Ley de Enjuiciamiento Civil-, a fin de que, se proceda a averiguar la existencia de la ley extranjera, que ha de aplicarse imperativamente, pero no, a partir de dicha falta de probanza aplicar el derecho interno.

Madrid, 4 de noviembre de 2.004