

**STS 27 diciembre 2006**

(= elección de Ley reguladora del contrato y prueba del Derecho extranjero)

***Cuestiones:***

1º) ¿Qué postura sigue el TS en esta resolución en torno a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero que rige el fondo del asunto?

2º) ¿Incide en la cuestión anterior el hecho de que el Derecho extranjero sea reclamado por una norma de conflicto contenida en un Convenio internacional?

3º) ¿Existe en este caso una elección de Ley reguladora del contrato?

4º) Diseñe un cuadro sobre las posibles cláusulas flotantes de elección de Ley.

**STS 27 diciembre 2006**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I El debate**

1. La demanda había sido estimada en Primera Instancia, condenando a la entidad demandada y a su Administrador único al pago de las cantidades reclamadas.

2. En Apelación, se solicitó la revocación de dicha sentencia en base a tres alegaciones:

(a) La falta de jurisdicción de los tribunales españoles, al ser competente la jurisdicción rusa para conocer de la acción principal, lo que arrastraría además la acción de responsabilidad del Administrador.

(b) Con carácter subsidiario, en todo caso sostenían los recurrentes que la legislación aplicable al fondo es la rusa.

(c) El contrato inicial que vincula a las partes en litigio, suscrito en 4 de mayo de 1995, fue novado por otro de 4 de julio del mismo año, que atribuía la obligación de pago al «tour operador» ruso «Transviamarket, S.A.», y los pagos posteriores a la indicada fecha llevados a cabo por la entidad demandada se hacía en nombre de la entidad que se acaba de indicar, y no pueden ser entendidos como «actos propios» pues resultan «pagos indebidos».

3. Nada se alegó respecto de las demás excepciones, por lo que la sentencia recurrida lo

tiene por aquietado respecto de ellas, así como respecto del Auto en que se desestimaba el Recurso de reposición planteado contra la providencia que acordaba no haber lugar a proveer sobre la «nulidad de la demanda».

## II La Sentencia recurrida

4. Respecto de la primera de las alegaciones, presentada como falta de jurisdicción, la Sentencia recurrida toma como punto de partida el artículo 22.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contiene la regla general de competencia de los tribunales españoles, en el orden civil, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente o cuando el demandado tenga su domicilio en España. Y deduce que en el caso de autos la competencia de los tribunales españoles es incuestionable por cuanto: (a) En el contrato de 4 de mayo de 1995 se contiene una sumisión «a la jurisdicción de los Tribunales del país de la parte demandada Rusia o España, respectivamente o, con mutuo acuerdo, a la jurisdicción de un tercero país»; (b) El país de la parte demandada es España, donde se hallan domiciliados los demandados; (c) La falta de jurisdicción debe tratarse por el cauce de las declinatorias, y en el caso la parte demandada en el escrito de contestación y en el suplico entra en el fondo, por lo que ha de aplicarse el artículo 58.2 LECiv (sumisión tácita).

5. En cuanto a la aplicación al supuesto litigioso de la Ley rusa, la parte que invoca este motivo debería alegar y probar el Derecho que entiende aplicable, pues el Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código civil (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada. Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6. II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero) no constituye una obligación.

6. En cuanto a la alegación de haberse novado el contrato inicial, asumiendo la obligación de pago la entidad «Transviamarket, S.A». no prospera:

(a) En el contrato de 4 de mayo de 1995 se establece que el pago del precio de los servicios será a cargo de la compañía demandada, y así se vino cumpliendo.

(b) En 14 de julio se suscribió documento por el que se acordaba que el pago de cada transporte lo realizaría «Transviamarket», pero con el escrito de proposición de prueba se acompaña un fax de la misma fecha por el que la reiterada entidad garantiza el pago de los vuelos, viniendo motivada tal garantía en base a cantidades adeudadas a la entidad española y ulteriores cruces de cuentas entre ellas;

(c) Con posterioridad al 14 de julio, el demandado Sr. Gabino siguió haciendo pagos a la entidad actora, acreditados en autos y reconocidos en confesión, sin que se mencione que se realizan por cuenta de «Transviamarket», a excepción de un documento. El Tribunal realiza un análisis conjunto y sistemático de las estipulaciones convenidas para fijar el alcance de las prestaciones, en ejercicio de su competencia, y llega a la conclusión de que la entidad obligada al pago es la demandada Extusa.

7. Nada se alegó sobre la condena solidaria al pago del Administrador Sr. Gabino, y por ello entiende que ha de sostenerla en base a lo razonado en la Sentencia de Primera instancia, una vez admitida por el propio Sr. Gabino la insolvencia e inactividad de la sociedad que no ha presentado ni depositado cuentas desde su

constitución en 1989.

SEGUNDO En el primero de los motivos, acogido al ordinal 4º del artículo 1692 LECiv , se denuncia la infracción del artículo 10, apartado 5, del Código civil , de los artículos 2 y 4 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y de la jurisprudencia que cita.

El motivo se desestima.

Los recurrentes tratan de demostrar que es aplicable la legislación rusa, argumentando a partir de los artículos 2 y 3 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y del artículo 10.5 del Código civil. La Ley rusa, siguen diciendo los recurrentes, debía haber sido traída a autos por la parte actora en apoyo de sus pretensiones. El motivo invoca la Sentencia de esta Sala de 31 de diciembre de 1994, y reprocha a la Sala de instancia que no la haya leído en su integridad.

Esta posición no resiste un análisis detenido. La Sala de instancia centra la ratio decidendi, en este punto, en el artículo 12.6 II del Código civil, texto entonces vigente y hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero (ahora artículo 281.2 LECiv), y no verifica una invocación ni del Convenio de Roma ni del artículo 10.5 CC. La parte actora basaba su reclamación en el Derecho español y fue la parte demandada, hoy recurrente, la que había alegado que la Ley aplicable es la rusa, y en alguna ocasión la había denominado «legislación soviética», pero sin mencionar norma o precepto alguno, ni menos mostrar datos sobre vigencia e interpretación. La posición de la Sala de instancia viene amparada por una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien alega o invoca o postula la aplicación del «Derecho extranjero», la existencia, el contenido y la vigencia de la norma que cuya aplicación se pretende. Es lo que decía la Sentencia de 31 de diciembre de 1994, con expresa referencia de que la prueba corresponde «a quien invoca el «Derecho extranjero»», y es lo que cabe leer en múltiples decisiones de esta Sala, como las que se contienen en las Sentencias de 4 de mayo de 1989 , 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 , 9 de febrero de 1999 , hasta la de 4 de julio de 2006 . Pues, de no haberse aportado la prueba de la existencia, contenido y vigencia del «Derecho extranjero» que se estima aplicable, se produce un vacío jurídico que los Tribunales han de llenar fallando de acuerdo con la Ley española: Sentencias de 16 de julio de 1991 (), 23 de marzo de 1994 (), 17 de julio de 2001 (), 5 de marzo de 2002 (), 3 de julio de 2003 (), etc. Ello basta, pues, para dejar sentado que la Sala de instancia ha procedido correctamente, desestimando el motivo.

Es ocioso, en consecuencia, acudir al Convenio de Roma (arts. 2 y 3) para fundamentar la aplicación de la Ley rusa sobre la base de que, no habiendo habido en el contrato una elección de Ley aplicable, se ha de regir la relación establecida por la Ley del país con el que presente vínculos más estrechos pues, aún en el hipotética caso de que así resultara, corresponde a los demandados la alegación y prueba del «Derecho extranjero aplicable. Ello en el supuesto de que no cupiera entender que la cláusula 4.11 del contrato de 4 de mayo de 1995, cuyo texto traducido obra en Autos (folios 24 a 31) verifica la elección de Ley aplicable a que se refiere el artículo 3.1 del Convenio de Roma al señalar que habrá de resolverse la deferencia entre partes acudiendo a lo que denomina «vista de un pleito arbitral» según el país del demandado. Lo que, salvando las dificultades de formulación, agravadas por la traducción, podría ser entendido como una reclamación de acuerdo con la legislación del país en que hubiere de formularse la demanda. No debe perderse de vista que se trata de reclamar el pago de un servicio prestado, esto es, el cumplimiento de una de las obligaciones básicas que de seguro son exigibles en los términos pactados de acuerdo con uno u otro Derecho.

TERCERO En el Motivo segundo, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692

LECiv/1881 (, denuncian los recurrentes la infracción de la «doctrina de los propios actos». Los recurrentes entienden que el punto de apoyo decisivo para la sentencia recurrida se encontró en el hecho de que los pagos posteriores al Convenio adicional de 14 de julio de 1995 fueron al menos en su mayor parte realizados por el demandado Sr. Gabino sin manifestar que los hacía por cuenta de «Transviamarket, S.A.», entidad que los habría asumido según lo acordado en dicho Convenio. Tales pagos, vienen a decir los recurrentes, no pueden constituir actos propios porque serían indebidos. El motivo se desestima.....

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS: NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Tomás Alonso Ballesteros en nombre y representación de D. Gabino y Explotaciones....

- - - -