

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO SOCIAL**

Fecha Sentencia: 22/05/2001  
Recurso Num.: 2507/2000  
Ponente Excmo. Sr. D. : Luis Gil Suárez

SENTENCIA NUM.:  
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Luis Gil Suárez  
D. Aurelio Desdentado Bonete  
D. Victor Fuentes López  
D. Antonio Martín Valverde  
D. Manuel Iglesias Cabero  
D. Mariano Sampedro Corral  
D. Fernando Salinas Molina  
D. Luis Ramón Martínez Garrido  
D. José María Botana López  
D. Gonzalo Moliner Tamborero  
D. Juan Francisco García Sánchez  
D. Joaquín Samper Juan  
D. Jesús Gullón Rodríguez  
D. Bartolomé Ríos Salmerón  
D. Jesús González Peña  
D. Arturo Fernández López  
D. Leonardo Bris Montes  
D. José María Marín Correa  
D. Miguel Ángel Campos Alonso

---

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil uno. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA interpuesto por la trabajadora Doña GLORIA A. S., representada y defendida por el Letrado Don Juan Cristóbal González Granel, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 4-mayo-2000 (rollo 529/00), en recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora ahora recurrente, contra la sentencia de fecha 15-noviembre-1999 (autos 646/97), dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid, en procedimiento seguido a instancia de la referida trabajadora recurrente frente al MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, en este proceso parte recurrida representado y defendido por el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez PTE. S4

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de noviembre de 1999 el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid, dictó sentencia en la que se declararon como probados los siguientes hechos: 1º.- " Previa propuesta del Consulado de España en la ciudad de Los Ángeles (California, Estados Unidos) y autorización de la Subdirección General de Personal de la Dirección General del Servicio Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores, la actora, de nacionalidad guatemalteca y residente en la citada ciudad de Los Ángeles, suscribió contrato de trabajo de naturaleza indefinida ante dicho Consulado. Ostentaba la antigüedad de 15.7.87, la categoría profesional de empleada de limpieza y percibía un salario mensual, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 292.964 pesetas. 2º.- La parte actora no ha ostentado representación legal o sindical de los trabajadores. 3º.- Mediante carta --obrante en autos--, fechada y notificada el día 14.8.97, el Cónsul General comunicó a la parte actora que el Ministerio de Asuntos Exteriores había concedido autorización para dar por finalizada su relación laboral, a lo que se procedía con efectos inmediatos, con la liquidación económica correspondiente al salario pendiente de abono y a las partes proporcionales de las pagas extraordinarias y de las vacaciones no disfrutadas, mediante cheque adjunto a la carta, cuyo contenido íntegro se tiene por reproducido. 4º.- El art. 2.922 del Código Laboral del Estado de California (EE.UU.), dispone: ' 2922. Termination at Will: An employment, having no specified term, may be terminated at the will of either party on notice to the other. Employment for a specified term means an employment, for a period greater than one month.' 5º.- A tenor de la traducción ofrecida en certificación emitida por el Cónsul General de España --obrante en el expediente administrativo aportado por el organismo demandado, al folio 30 de estas actuaciones-- el texto anterior significa lo siguiente: '2922. Terminación Discrecional: Un empleo que no tenga período específico, puede ser terminado según el deseo de cualquiera de las partes, notificándolo a la otra parte. Se entiende por período específico un período superior a un mes'. 6º.- La misma certificación emitida por el Cónsul General de España --que se tiene por reproducida--, indica que, a tenor del Código Laboral del Estado de California, la discrecionalidad del despido está limitada por la obligación del empleador --salvo renuncia del trabajador-- de satisfacer a éste inmediatamente el salario devengado y no satisfecho (art. 201, Código Laboral de California). El incumplimiento de esa obligación es origen de una indemnización a cargo del empleador, excepto en el supuesto de elusión maliciosa del cobro o rechazo del mismo por parte del trabajador, en que no tiene efecto aquélla; que se materializa en el devengo de salarios desde la fecha en que fueron debidos hasta que sean satisfechos o hasta el ejercicio de una acción dirigida a su cobro, con el límite, en todo caso, de treinta días art. 203, Código Laboral de California). 7º.- La parte actora ha agotado en tiempo y forma la vía previa a la jurisdiccional".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Gloria Aguirre Suchite, absuelvo de sus pretensiones al Ministerio de Asuntos Exteriores".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Gloria A. S., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 2000, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Gloria A. S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Madrid, de fecha 15 de noviembre de 1999, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente, contra Ministerio de Asuntos Exteriores, en reclamación de despido, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia".

TERCERO.- Por el Letrado Don Juan Cristóbal González Granel, en nombre y representación de Doña Gloria A. S., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el 5 de julio de 2000, en el que se denuncia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, la contradicción existente entre la citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4-V-2000 (rollo 529/00) y la dictada por la Sala de lo Social del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7-X-1999 (rollo 4002/99).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de noviembre de 2000, se admitió a trámite el presente recurso dándose traslado del escrito de interposición y de los autos al Abogado del Estado, en nombre y representación del Ministerio de Asuntos Exteriores, para que formalizara su impugnación, presentándose por el mismo el correspondiente escrito.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos y se señaló para votación y fallo el día 13 de febrero de 2001. Pero a la vista de la complejidad y trascendencia del asunto se suspendió tal señalamiento y se convocó Sala General, del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fijándose el día 9 de mayo del año en curso para que la misma se llevase a cabo la votación y fallo de este asunto; los cuales se efectuaron el día y hora señalado. Como el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, que en principio era ponente de este recurso, votó en contra del parecer mayoritario de la Sala y anunció la redacción de voto particular, se nombró nuevo ponente al Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, de nacionalidad guatemalteca, con domicilio en la ciudad de Los Angeles (California.- U.S.A.), sin que conste en parte alguna que haya residido ni estado en España, suscribió contrato de trabajo con el Consulado General de España en Los Angeles el 15 de Julio de 1987, en virtud del cual llevó a cabo la labor de empleada de limpieza de tal organismo.

El Cónsul General de España en Los Angeles comunicó a la actora el 14 de agosto de 1997, mediante carta, que a partir de ese día quedaba extinguida "la relación de empleo que mantiene con este Consulado General",

A consecuencia de ello, la citada demandante presentó en España, ante los Juzgados de lo Social de Madrid, la demanda de despido origen de las presentes actuaciones, cuyo conocimiento correspondió en turno de reparto al Juzgado nº 1 de los citados.

Dicho Juzgado dictó sentencia el 21 de enero de 1999, en la que se estimó "la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio alegada por el Ministerio de Asuntos Exteriores", por cuanto que consideró que el conocimiento de tal asunto, dado lo que disponían los arts. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la ley de Enjuiciamiento Civil, no correspondía a los Tribunales españoles. La actora interpuso recurso de suplicación contra esa sentencia, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 27 de septiembre de 1999, acogió favorablemente tal recurso, declaró la competencia de los

Tribunales españoles para resolver el presente asunto, y anuló la resolución de instancia, ordenando que se devolviesen los autos al juzgado de lo Social antedicho para que dictase nueva sentencia, en la que "partiendo de la Jurisdicción de los Tribunales Españoles, resuelva sobre la pretensión litigiosa planteada".

La nueva sentencia fue dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid el 15 de noviembre de 1999, y en ella se desestimó la demanda origen de este proceso, dado que "se estima acreditada esa normativa" (la laboral del Estado de California) y "por tanto, debe aplicarse el art. 2922 del Código laboral del Estado de California (hechos probados 4º y 5º), que permite la resolución unilateral de un contrato indefinido por cualquiera de las partes, sin más requisito que la notificación a la otra parte". Recurrída en suplicación esta sentencia por la actora, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 4 de mayo de 2000, desestimó dicho recurso y confirmó la resolución de instancia.

Contra esta sentencia de la Sala de lo Social de Madrid entabló la demandante el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En él se aduce, como contrapuesta, la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de octubre de 1999.

SEGUNDO.- No puede entenderse que exista contradicción entre la sentencia contra la que se dirige este recurso de casación para la unificación de doctrina y la mencionada sentencia referencial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de octubre de 1999, como ponen en evidencia las siguientes consideraciones:

1).- En primer lugar, se ha de tener en cuenta que la trabajadora demandante en esta litis, es de nacionalidad guatemalteca y tiene su residencia en los Estados Unidos de América, en concreto en la ciudad de Los Angeles (California), sin que conste que haya residido alguna vez en España, ni siquiera que haya venido a nuestro país en alguna ocasión. Por el contrario, en la sentencia de contraste lo lógico es pensar que el demandante es de nacionalidad española, pues así se infiere de los datos y circunstancias que aparecen en tal sentencia. Así pues, resulta que, mientras en esta litis se trata de una trabajadora extranjera que prestó servicios en el extranjero a un Consulado español; en cambio en la sentencia de contraste el contrato de trabajo analizado vinculaba a un trabajador español con una embajada de España (la embajada en Abidjan, en el país africano Costa de Marfil).

Y esta diferencia puede ser relevante a la hora de dar solución a uno y otro caso, dado lo que disponen los arts. 2, 4 y 6 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, al que se adhirió España por Convenio de 18 de mayo de 1992, ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993, publicado en el BOE de 19 de julio de ese año.

Es cierto que la sentencia de contraste aludida sostiene que en el caso en ella estudiado "los elementos a considerar no vinculan a varios Estados miembros de la Unión Europea", y por ello "no es de aplicación el Convenio de Roma, sino las reglas de conflicto del derecho español"; y además mantiene que "en cualquier caso, la aplicación del Convenio de Roma llevaría también al resultado de la aplicabilidad de la ley extranjera", en razón a la especial interpretación que dicha sentencia hace de los arts. 3-1 y 6, números 1 y 2, de tal Convenio; todo lo cual determina que examine y resuelva el problema que se suscita en los supuestos en que, siendo aplicable la ley extranjera, ésta no se ha acreditado en el correspondiente proceso, inclinándose tal sentencia en favor de la tesis según la que esa falta de prueba del derecho extranjero obliga a solucionar el litigio conforme al derecho español.

Pero no puede olvidarse que la "igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones" que impone el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, no se refiere, en principio y como norma general, a los fundamentos de las sentencias confrontadas, sino a los fundamentos de las pretensiones ejercitadas en cada litigio. Y es indiscutible que la disparidad fáctica antes indicada, objetivamente considerada, sí tiene trascendencia; téngase en cuenta que si el referido Convenio de Roma se toma en consideración en esos dos casos ( y tal criterio no es, en absoluto, descabellado ni desdeñable, dado lo que prescribe el art. 2 del mismo), una de las reglas básicas para la determinación de la ley aplicable, según los arts. 6-2 y 4-1, es la vinculación más estrecha del contrato con el país de que se trate, de ahí que la distinta nacionalidad de los autores puede constituir una divergencia importante, justificadora de la adopción de pronunciamientos distintos. De ello se infiere que, aunque tal cuestión haya sido resuelta por la sentencia de contraste dicha en el sentido de que los arts. 2, 3 y 6 del convenio de Roma no impiden que deba entenderse que la relación jurídica en ella examinada está sometida a la ley extranjera, a pesar de ello no es posible afirmar que entre estas dos sentencias concurre la sustancial identidad de hechos que impone el citado art. 217.

2).- Además, y esto tiene una trascendencia mayor, si cabe, en orden a la falta de contradicción de que ahora tratamos, en los hechos probados cuarto, quinto y sexto de la sentencia se declara probado el contenido del art. 2922 del Código Laboral del Estado de California (EE. UU.), expresado en idioma inglés, y luego su traducción al español y las condiciones de aplicación de tal norma. Estos hechos probados fueron impugnados expresamente en los motivos primero, segundo y tercero del recurso de suplicación, pretendiéndose en estas revisiones fundamentalmente la supresión de los hechos cuarto y quinto. Pero todos estos motivos fueron desestimados expresamente por la sentencia aquí impugnada, con lo que las aludidas declaraciones fácticas conservan plenamente su efectividad y vigor. Y aunque tal sentencia, al desestimar dichos motivos, expone unas puntualizaciones relativas a la fecha de la certificación del Cónsul General de España a que aluden los hechos probados quinto y sexto, y en el fundamento siguiente consigna ciertas conclusiones en relación a ese extremo, entendemos que las mismas no desvirtúan ni quebrantan la realidad y certeza de los hechos probados referidos, como se explica en el siguiente razonamiento jurídico de la presente sentencia.

Así pues, manteniéndose esencialmente incólumes los hechos probados cuarto, quinto y sexto, parece totalmente acertada la decisión adoptada por la sentencia de instancia, al considerar acreditada en autos la normativa norteamericana, y sostener que "debe aplicarse el art. 2922 del Código Laboral del Estado de California (hechos probados 4º y 5º), que permite la resolución unilateral por cualquiera de las partes, sin más requisito que la notificación a la otra parte..."

En la sentencia de contraste no se expresa ningún hecho similar, toda vez que, aún cuando en el apartado 7º) de su narración histórica se dice que " a los folios 58 a 119 figura la legislación laboral en Costa de Marfil, en vigor a 12-6-98, que se da por reproducida", en realidad en el momento actual se ignora cuál es el contenido de la misma al no aparecer en forma explícita en tal sentencia, y además debe tenerse en cuenta que, la sentencia dictada en la instancia en aquel proceso entendió que no había quedado probado el derecho extranjero "con la suficiente claridad y seguridad" (al contrario, de lo que acontece en el presente proceso), y esta conclusión no fue atacada en suplicación, lo que determinó que dicha sentencia referencial, en su fundamento de derecho tercero, aceptase como punto de partida el "que en este proceso no se ha acreditado en la instancia el contenido de esa legislación (la de Costa de Marfil), pues así lo ha entendido la Juzgadora y el recurso no impugna este aspecto de la sentencia".

La divergencia fáctica entre las dos sentencias confrontadas, en extremo tan relevante es manifiesta.

Debe concluirse, en consecuencia, que no se cumple en este recurso el requisito de recurribilidad que impone el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- Lo que se acaba de exponer en el fundamento de derecho precedente es razón suficiente para desestimar este recurso. Pero, a mayor abundamiento, la Sala considera conveniente además examinar dos hipótesis de trabajo diferentes, en las que se prescinde de la conclusión y argumentos expresados en el razonamiento anterior y se presupone, como base de tales hipótesis, que concurre la contradicción referida, lo que permitiría entrar en el análisis y estudio del fondo del asunto que en esta litis se suscita. De estas hipótesis de trabajo se trata en los fundamentos de derecho que siguen.

CUARTO.- En la primera de ellas, que implica, como se acaba de decir, el análisis de las cuestiones de fondo del proceso, se parte de las declaraciones fácticas que se recogen en los hechos probados cuarto, quinto y sexto de la sentencia recurrida.

1.- El hecho cuarto afirma que "el art. 2922 del Código Laboral del Estado de California (EE UU) dispone", reproduciendo a continuación el contenido de este precepto en idioma inglés. Se destaca que en este concreto hecho probado no se hace ninguna remisión ni referencia a la certificación emitida por el cónsul General de España en Los Angeles, con lo que es evidente que este hecho probado cuarto está declarando el real y propio contenido del art. 2922 del citado Código laboral, y que no pretende ser una mera reproducción de lo que dice aquella certificación. Y además afirma que ese artículo "dispone" (utilizando el verbo en presente de indicativo), lo que hace lucir que, según esta declaración fáctica, tal norma estaba vigente cuando acontecieron los hechos de autos. Lo cual concuerda totalmente con la conclusión que el Juzgador de instancia (que fue quien redactó dicho hecho probado) expresa en su tercer razonamiento jurídico, estimando acreditada la normativa laboral norteamericana aplicable al caso enjuiciado.

La alusión a la referida certificación del Cónsul General de España en Los Angeles sí se recoge, en cambio, en los hechos probados quinto y sexto. Pero el hecho quinto se limita a dar la traducción al idioma español del citado art. 2922; y el hecho sexto explica ciertos extremos complementarios para efectuar una interpretación adecuada de este artículo.

Por consiguiente, conforme a la narración histórica de autos, en este proceso se ha acreditado adecuadamente la legislación laboral norteamericana aplicable al supuesto que aquí se enjuicia.

2.- Tan es así, que la parte actora en su recurso de suplicación dedica sus tres primeros motivos a la revisión de los mencionados hechos probados cuarto, quinto y sexto; destacando por su importancia el primero de esos motivos, en el que se pretende que los hechos cuarto y quinto sean suprimidos y expulsados del relato fáctico de autos.

Pero la sentencia ahora impugnada, que resolvió ese recurso de suplicación, rechazó totalmente estas revisiones fácticas "por carecer de soporte alguno, y la inserción pretendida (en los motivos segundo y tercero del recurso, consistente fundamentalmente en incluir la fecha de expedición de la repetida certificación) por innecesaria". Así pues, esta sentencia recurrida tuvo la oportunidad de reformar las manifestaciones de hecho de la sentencia de instancia, y entendió que no se podía acceder a tales reformas, manteniendo en su integridad dichas declaraciones fácticas. Por ello, no

cabe duda que, después de dictada la sentencia de suplicación conserva pleno vigor y eficacia la conclusión expresada en el último punto del número 1 inmediato anterior.

3.- En consecuencia, es desacertado e inaceptable el breve razonamiento que se expone en el párrafo segundo del fundamento de derecho segundo de la sentencia de suplicación según el que "no está justificada debidamente la vigencia de la normativa" norteamericana comentada, pues tal razonamiento se contrapone de forma patente con los hechos declarados probados, que la propia sentencia mantiene totalmente incólumes.

Esto es claro, habida cuenta que: a).- Como se ha explicado en el número 1 de este mismo fundamento de derecho, el hecho probado cuarto declara la existencia, real y actual, del art. 2922 del Código Laboral del Estado de California, cuyo texto reproduce en inglés; b).- Y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto del presente recurso de casación, desestimó claramente el primer motivo de la suplicación que pretendía la supresión de aquel hecho probado, con lo que este conserva en plenitud su valor demostrativo de la vigencia actual de ese precepto; c).- Se destaca que ese primer motivo de suplicación basaba su pretensión de que se suprimiese el aludido hecho cuarto, en la fecha de la certificación del Cónsul de España en Los Angeles obrante en autos; por ende, si se considera que esa fecha demuestra la falta de vigencia actual de la norma referida, se tenía que haber estimado ese motivo primero y suprimido el hecho probado cuarto de estos autos; o, cuando menos, se tenía que haber acogido parcialmente dicho motivo del recurso y consignar en ese hecho probado que no se había acreditado que dicho artículo estuviese vigente cuando se produjo el despido de la actora; d).- Pero, repetimos, nada de esto sucedió, pues el primer motivo de suplicación se rechazó totalmente, lo que obliga a concluir que la referida frase del segundo razonamiento jurídico de la sentencia impugnada es contraria a lo que se declara probado en el relato histórico de autos, y por ello no puede aceptarse.

Se reitera que la declaración fáctica que contiene ese hecho probado cuarto no alude, en ningún sentido, a la certificación del Cónsul de España en Los Angeles, y por ello tal declaración fáctica no puede quedar desvirtuada por la fecha en que se expidió esa certificación. A ella sí se refieren los hechos quinto y sexto, pero, dado el contenido de los mismos, tampoco de la fecha de aquélla se deduce frente a éstos ningún quebrando ni modificación, toda vez que en el hecho quinto se consigna la traducción del artículo comentado y sobre la veracidad y acierto de esa traducción no repercute ni incide el tiempo o momento en que se llevó a cabo; y en cuanto a los datos complementarios del hecho sexto cabe presumir que conservan su efectividad, pese a la data de la certificación, cuando el anterior hecho probado cuarto está proclamando la existencia real y actual del art. 2922 mencionado.

4.- Todas estas consideraciones, ponen de manifiesto que, de acuerdo con el relato fáctico de autos, ha quedado demostrada en esta litis la legislación extranjera por la que se rige la relación de trabajo de la actora, como con acierto sostuvo la sentencia de instancia. Por ende, como esa legislación laboral del Estado de California "permite la resolución unilateral de un contrato indefinido por cualquiera de las partes, sin más requisito que la notificación a la otra parte", como también precisa esa sentencia de instancia, es forzoso concluir aplicando al caso enjuiciado dicha normativa, lo que determina la desestimación de la demanda origen de este proceso.

QUINTO.- La segunda de las referidas hipótesis de trabajo analiza las consecuencias de la falta de prueba del derecho extranjero, cuando el mismo es el que resulta aplicable conforme a las normas de conflicto correspondientes. Es claro que, el discurso dialéctico de esta segunda hipótesis se construye sobre la base de prescindir de la conclusión expuesta en el primer fundamento de derecho de la presente sentencia sobre la falta de contradicción entra las

resoluciones confrontadas, así como también de la postura que se mantiene en el cuarto razonamiento jurídico en relación con la primera de las hipótesis estudiada. Pues bien, también en este nuevo análisis o alternativa se llega al resultado de desestimar el recurso de que tratamos, como se deduce de los razonamientos que seguidamente se exponen.

1.- El art. 12.6 del CC – vigente en el supuesto que aquí se examina - pese a su derogación por la nueva Ley Enjuiciamiento Civil - establece que “ los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español” y añade que “ la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba de la ley española” , previendo , sin embargo, que para la aplicación del Derecho extranjero “el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas” . El precepto citado no contiene ninguna previsión específica para el supuesto de que quien tiene la carga de probar el Derecho extranjero aplicable, según la regla de conflicto, no lo pruebe. En principio, son posibles distintas soluciones, de las que cabe destacar, por su importancia, las dos siguientes. La primera consiste en desestimar la demanda , porque el que tiene la carga de probar la norma jurídica que debe fundamentar necesariamente su pretensión, de acuerdo con la norma de conflicto, no lo ha hecho y en consecuencia debe soportar las consecuencias de esa falta de prueba de la normas que habrían de servir . La segunda solución consiste en aplicar el Derecho nacional . No desconoce la Sala que la reciente sentencia de 16.3.1999 se ha inclinado por la segunda solución , citando una reiterada doctrina de la Sala 1ª de este Tribunal ( las sentencias de 11.5.1989 , 21.5.1989 , 23.3.1994 , a las que pueden añadirse las de 25.1.1999 , 5.6.2000 y 13.12.2000) , a tenor de la cual cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán entonces según el derecho nacional . Pero esta Sala, valorando las especialidades del ordenamiento laboral , ya mantuvo posición distinta en la sentencia de 19.2.1990 , en un caso en el que ,de acuerdo con la norma de conflicto española , era aplicable el Derecho extranjero y el demandante – como ha sucedido en el presente caso – se limitó a citar determinadas normas españolas, sin alegar, ni acreditar el Derecho extranjero aplicable . La sentencia razona 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.”

2.- Esta es la solución que se impone en el presente caso , porque 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. Esto se advierte con claridad en el presente caso , en el que la parte que tendría que haber probado el Derecho aplicable para resolver su pretensión no sólo no lo ha hecho , sino que ha tratado en todo momento de cuestionar la prueba de la contraria . 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 . La reciente sentencia 10/2000 del Tribunal Constitucional no sólo no establece conclusión contraria a la anterior , sino que la corrobora , pues la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que en ella se aprecia lo es no por la falta de aplicación del Derecho español , sino en no haber permitido a la parte la prueba del Derecho extranjero.

SEXTO.- Todo cuanto se ha venido exponiendo, obliga a desestimar totalmente el recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por la demandante contra la sentencia de la Sala de lo Social de Madrid de 4 de mayo de 2000.

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

## F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA interpuesto por la trabajadora Doña GLORIA A. S., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 4-mayo-2000 (rollo 529/00), en recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora ahora recurrente, contra la sentencia de fecha 15-noviembre-1999 (autos 646/97), dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid, en procedimiento seguido a instancia de la referida trabajadora recurrente frente al MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, en este proceso parte recurrida Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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 Magistrado Excmo. Sr. Don Fernando Salinas Molina, relativo a la sentencia de esta Sala 4ª del Tribunal Supremo de 22-V-2001 (recurso 2507/2000), al que se adhieren los Magistrados Excmos. Srs. Don Luis Ramón Martínez Garrido, Don Gonzalo Moliner Tamborero, Don Juan Francisco García Sánchez, Don Jesús Gullón Rodríguez, Don Bartolomé Ríos Salmerón, Don Arturo Fernández López, Don Miguel Ángel Campos Alonso.

La tesis que se defiende en el presente voto particular se fundamenta en los siguientes razonamientos, que llevarían a estimar la procedencia del recurso de casación unificadora interpuesto por la trabajadora demandante:

PRIMERO.- 1.- La cuestión sometida al conocimiento de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el presente recurso de casación unificadora versa sobre la determinación de la parte que deba acreditar la vigencia, contenido y alcance del derecho extranjero aplicable y, en concreto, sí ante la falta de acreditación de los referidos extremos debe desestimarse la demanda o, por el contrario, debe resolverse el litigio mediante la aplicación del derecho interno español.

2.- Concurren en el caso las siguientes circunstancias con posible relevancia para la decisión del mismo: a) en anterior sentencia firme recaída en estos mismos autos, la Sala de suplicación declaró la competencia de los tribunales laborales españoles para conocer del litigio, devolviendo lo actuado al Juzgado de instancia para que resolviera conforme a derecho la cuestión planteada relativa a la extinción de un contrato de trabajo decretada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español con respecto a una trabajadora, de nacionalidad guatemalteca, contratada para que prestara sus servicios en el Consulado de España en la ciudad de Los Ángeles (Estados Unidos); b) la ulterior sentencia de instancia, aceptó la oposición de la Administración demandada de que el derecho aplicable era el del Estado de California, estimando probado el contenido y vigencia de la normativa extranjera invocada por la demandada y, aplicando ésta, desestimó la demanda; c) recurrida en suplicación por la trabajadora demandante, argumentando la falta de prueba del derecho extranjero y la consecuente aplicabilidad del derecho interno español, la nueva sentencia de suplicación (STSJ/Madrid 4-V-2000 -rollo 529/00), ahora impugnada en casación unificadora, entiende no acreditado el contenido y vigencia del derecho extranjero, pero desestima el recurso argumentando que la legislación española no es la aplicable, que la actora invocaba su aplicabilidad, que la demandada opuso serlo la legislación extranjera y esta pretensión prosperó, por lo que acogida la postura de la empleadora en el sentido de ser la ley extranjera la rectora, resulta que "el contenido, extensión y vigencia de ésta carga probatoria es de la trabajadora al ser hecho constitutivo del derecho que invoca y de acuerdo con el 'onus probandi' establecido en el art. 1214 del Código Civil, sin que sea de aplicación la doctrina que la Sala primera del Tribunal Supremo ha reiterado, por cuanto en los casos por ella resueltos se partía de la petición de aplicación de la ley extranjera que reconocía la existencia del derecho con mayor extensión o intensidad que la legislación nacional, y que al no probarse aquélla había de reconocerse en los límites previstos por ésta, situación dispar a la aquí planteada en que la legislación española no es de aplicación al supuesto enjuiciado como hemos indicado arriba y como 'a priori' así se admite por la recurrente quien, en contra de lo que debía, no ha acreditado los derechos que en su caso

pudieran corresponderle de acuerdo con la de aplicación, cuya ausencia aquí sólo puede acarrear la desestimación del recurso".

3.- En la sentencia invocada como de contraste (STSJ/Madrid 7-X-1999 -rollo 4002/99) se resuelve un supuesto en el que concurrían las siguientes circunstancias: a) en anterior sentencia firme recaída en los propios autos, la Sala de suplicación declaró la competencia de los tribunales laborales españoles, devolviendo lo actuado al Juzgado de instancia para que resolviera conforme a derecho la cuestión planteada sobre la extinción de un contrato de trabajo decretada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español con respecto a un trabajador contratado para que prestara sus servicios en la Embajada de España en Costa de Marfil, figurando una cláusula en el contrato en la que se pactaba que la legislación aplicable sería la de dicho país; b) la ulterior sentencia de instancia, aceptando que el derecho aplicable era el de Costa de Marfil, afirma que no se ha probado el contenido de dicha legislación y aplicando la legislación española declara el despido improcedente con sus legales consecuencias; c) recurrida en suplicación por la Administración empleadora, el único aspecto de la sentencia con el que muestra su discrepancia se refiere a la solución que ha de darse a la cuestión de la falta de prueba del derecho extranjero, entendiendo la recurrente que debe ser la desestimación de la demanda y no la aplicación del derecho nacional; d) la sentencia de suplicación desestima el recurso, argumentando, en esencia, que "este Tribunal viene manteniendo, con apoyo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 12.6, párrafo segundo, del Código Civil, que la carga de la prueba del derecho extranjero corresponde, con independencia de la posición procesal que ostente, a quien lo invoque en el juicio, y que la ausencia de prueba no puede conducir a la desestimación de la demanda, sino a la aplicación de la Ley sustantiva española, a menos, naturalmente, que la demanda formulara una pretensión sustentada exclusivamente en el derecho extranjero".

4.- Entiendo que, a pesar de lo que se sostiene en la sentencia mayoritaria, concurre el requisito o presupuesto de contradicción entre sentencias exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues, - en procesos en que se ejercita una acción impugnatoria de la extinción contractual decretada por la empleadora en la que concurren elementos de extranjería, y en los que ya no se cuestiona ni la determinación de la competencia jurisdiccional internacional en los correspondientes asuntos litigiosos surgidos en la ejecución de contratos de trabajo ni, partiendo de la competencia de los tribunales españoles, la determinación del régimen jurídico-laboral o conjunto de normas sustantivas aplicables a los referidos contratos de trabajo, al haberse ya resuelto la aplicabilidad de la legislación extranjera -, resulta que, ante la falta de prueba del contenido, extensión y vigencia del derecho extranjero aplicable, las soluciones son discrepantes. Así, la sentencia recurrida imputa la carga a la parte actora y concluye desestimando su pretensión, en cambio, la sentencia de contraste, entiende que la parte que alega la aplicabilidad de la norma extranjera es la empleadora y que la falta de prueba del derecho extranjero acarrea la aplicabilidad de la ley sustantiva española.

SEGUNDO.- 1.- Para la resolución de la cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora esta Sala, - como temas definitivamente resueltos en suplicación y que la condicionan -, debería haber partido de la ya declarada competencia de los tribunales laborales españoles para el conocimiento del litigio, de que la norma aplicable al contrato individual de trabajo es la ley extranjera, así como de que esta normativa foránea no ha sido acreditada a juicio de la Sala de suplicación.

2.- No podría, por tanto, esta Sala en este concreto recurso, - y con independencia de la corrección jurídica de las resoluciones dictadas y actuaciones procesales efectuadas seguidas con

relación a tales temas ya resueltos -, entrar, en principio, a determinar si la jurisdicción española era la realmente competente y, en su caso, la ley que resultara aplicable, en posible aplicación e interpretación, entre otros, de los art. 25.1º LOPJ, 1.1, 2, 3, 4 y 6 del "Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19-VI-1980" (Convenio 18-5-1992, ratificado por Instrumento 7-5-1993, BOE 19-VII-1993) o de la normativa sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil contenida en el "Convenio de Bruselas de 27-IX-1968" (ratificado por Instrumento 29-X-1990, BOE 28-I-1991) y en el "Convenio de Lugano de 16-IX-1988" (ratificado por Instrumento 9-VIII-1994, BOE 20-X-1994), cuya problemática ha sido abordada por esta Sala, entre otras, en sus SSTS/IV 29-IX-1998 (recurso 4796/1997) y 24-IV-2000 (recurso 3341/1999), destacándose en esta última que "como se explica con detalle en las ... sentencias precedentes de esta Sala de 17-julio, 29-septiembre y 20-noviembre-1998, una cosa es la determinación del régimen jurídico-laboral o conjunto de normas sustantivas aplicables a los contratos de trabajo en los que se incluye un elemento de extranjería, cuestión regulada en el Convenio de Roma de 1980 y en varias disposiciones de derecho interno (art. 10.6 del Código Civil, art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, Ley 45/1999 de 19-noviembre, sobre desplazamientos transnacionales de trabajadores), y otra cosa distinta es la determinación de los órganos jurisdiccionales que hayan de resolver los litigios derivados del cumplimiento o ejecución de los contratos de trabajo".

3.- No podría tampoco entrar ahora a valorar la conducta o actitud procesal de los órganos judiciales con relación a la exigencia constitucional de una actuación judicial positiva en orden a la averiguación del contenido del derecho extranjero que pudiera resultar aplicable, - para lo que, con respecto al vigente en determinados Estados, los órganos judiciales laborales pueden utilizar los medios establecidos, entre otros, en el "Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7-VI-1968" (BOE 7-X-1974) o en la "Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8-V-1979" (BOE 13-I-1988) o en algunos convenios bilaterales -, como destaca la jurisprudencia constitucional "si bien es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el derecho extranjero es un «hecho» que debe ser probado por quien lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 12.6 del CC, sin que semejante interpretación y aplicación del citado precepto de la legislación civil deje de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena, en principio, a la jurisdicción de amparo, no lo es menos, sin embargo, que en el inciso final de ese mismo apartado sexto del art. 12 del CC se dice que para la aplicación de ese derecho, «el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos e averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Extremo que ... puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión el órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio. En efecto, 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" (STC 10/2000 de 17-I).

TERCERO.- 1.- En consecuencia, para resolver la concreta cuestión suscitada en el presente recurso debería haberse partido, esencialmente, de lo dispuesto en art. 12.6.II del Código Civil,

vigente en la fecha de los hechos, en el que se disponía que "la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española" y que "sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas", así como de su interpretación jurisprudencial. El párrafo del precepto transcrito ha sido posteriormente derogado por la LEC/2000 (disposición derogatoria única.2.1º Ley 1/2000 de 7-I), y sustituido por la norma procesal en la que se declara como objeto de la prueba, los "hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso", siendo también objeto de prueba el derecho extranjero, respecto al que se dispone 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" (art. 281.1 y 2 LEC/2000), regulando la carga de la prueba en el art. 217 LEC/2000, del que debemos destacar su nº 6 en el que se preceptúa que "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

2.- En la interpretación de la norma civil indicada, vigente en la fecha de los hechos, cabe entender concordante la solución dada a las cuestiones ahora planteadas tanto por la jurisprudencia civil como por la social.

3.- La jurisprudencia civil ha reiterado que:

a) "La regla judicial reflejada en el art. 12.6 exige que quien invoca el derecho extranjero ha de acreditar en juicio: a) la existencia de la legislación de que se trate; b) la vigencia de la misma; y c) su aplicación al supuesto de debate", que "la utilización del derecho extranjero supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles (por todas, SSTS de 7-IX-1990)", con la conclusión de que "cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán entonces según el derecho patrio" (STS/I 25-I-1999 -recurso 2261/1994).

b) "La carga de la prueba del derecho extranjero correspondía a la parte actora que lo invocó y pretende hacerlo valer (sentencias 12-enero y 21-noviembre-1989, 10-julio-1990, 19-junio y 17-diciembre-1991, 13-abril-1992, 10-marzo-1993, 31-diciembre-1994, 25-enero y 9-septiembre 1992)" (STS/I 5-VI-2000 -recurso 2184/1995).

c) En cuanto a la postura activa que debe adoptar el órgano judicial en orden a la averiguación del derecho extranjero, se ha destacado que "en nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción dada al Título preliminar del Código civil por Decreto 1836/1974, de 31-mayo, el art. 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se 'acredita'; b) que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos", que "el término 'acreditar' no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente 'libre', o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación", así como que "si el Juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable", por lo que "en consecuencia, los informes periciales (aparte las

posibles informaciones testificales) que sirvan a este fin no tienen necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba, como así resulta, también, del dictamen pericial atípico que regula el Convenio Europeo acerca de la información del Derecho extranjero, de 7 de junio de 1968, al que adhirió España en 19 de noviembre de 1973" (STS/I 3-III-1997 -recurso 1051/1993).

d) El orden público del foro ha de ser observado y protegido por los Tribunales españoles, por lo que "la aplicación del Derecho Extranjero tampoco se presenta como si se tratase de una sumisión inevitable, ya que la dispensa la establece en forma imperiosa e inevitable el art. 12-3 del Código Civil, al decir que en ningún caso se hará aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, el que por su propia naturaleza se presenta flexible y variable, como dice la sentencia de 23-noviembre-1995, en relación a las circunstancias y realidades sociales (Ss. de 5-4-1966 y 31-12-1979), al conformarse básicamente por principios jurídicos públicos y privados, sin perjuicio de los económicos, políticos, morales y hasta supranacionales, que hay que preservar para mantener el orden y paz social en toda su amplitud" (STS/I 22-III-2000 -recurso 1976/1995).

e) En síntesis, la STS/I 13-XII-2000 (recurso 3275/1995) analiza la jurisprudencia civil sobre la prueba del derecho extranjero y la consecuencia de su falta de acreditación, señalando que "las sentencias de 11-V-1989 y de 3-III-1997 consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca", que "las de 9-XI-1984 y 10-III-1993, aluden a que los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios", que "por otra parte, la sentencia de 23-X-1992 recuerda que no puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera, cuando la misma no ha sido alegada suficientemente" y que "finalmente, la sentencia de 31-XII-1994, se preocupa de señalar las diferencias entre las normas de conflicto, que deben ser observadas de oficio, en cuanto se limitan a indicar cual es el derecho material aplicable a la relación jurídica controvertida, y el propio derecho material, al que no se refiere el art. 12.6ª del Código Civil y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal", concluyendo que en el supuesto "en que los órganos judiciales se ven imposibilitados para fundamentar la aplicación del derecho extranjero, ya porque no ha sido suficientemente acreditada su exacta entidad o su verdadero alcance e interpretación, ya porque ... la parte que lo invoca se ha desentendido totalmente de la actividad inherente a la carga de la prueba que respecto al mismo, como cuestión de hecho, pesa sobre ella" resulta que "la solución a que ha llegado la doctrina jurisprudencial a que nos referimos (SS de 7-IX-1990 y 11-V-1989, entre muchas otras) es la de que procede resolver la cuestión debatida con arreglo a las normas de derecho sustantivo de nuestro propio ordenamiento jurídico".

4.- La jurisprudencia social ha seguido, desde antiguo, una línea interpretativa coincidente con la civil expuesta. Afirmándose, en esencia, que:

a) "Nuestra jurisprudencia respecto de la aplicación de la ley extranjera, cuando proceda, ha proclamado que la ley extranjera, como hecho que es, deberá ser alegado y probado por la parte que la invoque - SS de 1-II-1934, 4-XII-1935 y 9-I-1936 -, que la cita aislada de los artículos de Códigos extranjeros no es suficiente para justificar la obligación en ellos determinada, siendo insuficiente la cita aislada del Código vigente en país extranjero, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles, ya que es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas vigentes, sino su alcance e interpretación por los respectivos Tribunales - S de 30-VI-1962 -, y que hay que probar el derecho extranjero con certificación legalizada del Consulado y aclarado su concepto por dos juristas de esa nacionalidad - S. de 28-X-1968 -" (STS/Social 15-III-1984).

b) Se concreta que "la aplicación de ley extranjera, cuando procediera, requerirá que fuera alegada y probada por quien la invocare, lo que exige no sólo su cita, sino su demostración en plenitud, tanto en sus normas como en su alcance e interpretación por los tribunales u juristas del país a que aquéllas correspondan, pues su exégesis no incumbe a los tribunales españoles" (SSTS/Social 9-V-1988 y 7-XI-1989, con invocación de la precedente STS/Social 15-III-1984).

c) Se precisa que "el derecho extranjero ha de ser valorado como un hecho, a sus efectos de alegación y prueba en el proceso" (STS/Social 10-XII-1990).

d) En un supuesto específico en el que el beneficiario demandante no había introducido en la demanda, y ni siquiera señalado indiciariamente el derecho extranjero que consideraba aplicable, se estableció que "tal falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente ..., 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" (STS/Social 19-II-1990).

e) Finalmente, en unificación de doctrina, ante la falta de prueba del derecho extranjero que resulta aplicable, se afirma que "la solución de este problema viene dada por la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil de este Tribunal en el sentido de que ... cuando el derecho extranjero aplicable no haya quedado probado con seguridad en el pleito ha de aplicarse para resolver el litigio el derecho interno, sentencias de 11 de mayo y 21 de 1989 y 23 de marzo de 1994, entre otras" (STS/IV 16-III-1999 -recurso 1962/1998).

CUARTO.- 1.- Como ya hemos indicado, no se cuestiona la competencia de la jurisdicción española para su conocimiento, ni la legislación aplicable que sería la del Estado de California (Estados Unidos), sino que partiendo de que la sentencia de suplicación ahora recurrida ha entendido que este derecho extranjero no ha sido suficientemente probado en su contenido y vigencia, deben determinarse las consecuencias que se derivan de tal falta de prueba.

2.- La norma civil ex art. 12.6.II Código Civil, - que debe ser considerada como un precepto específico y de preferente aplicación al entonces también vigente art. 1214 del propio Código, en el que se contenían los principios generales sobre la carga de la prueba -, sin perjuicio de la potestativa colaboración judicial en su averiguación, imponía la carga de la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero, al que configuraba como un "hecho" conforme a la interpretación jurisprudencial antes expuesta, a la persona que lo invoque, con independencia de su carácter de parte actora o demandada.

3.- La invocación de la aplicabilidad del derecho extranjero se efectuó en la instancia por la Administración empleadora demandada que era la parte a la que, de ser cierto su contenido invocado sobre la posibilidad existente en tal normativa de poder efectuar libremente el despido, le favorecía su aplicación, y, además, en el caso concreto, coincide con la parte que por su condición tenía una mayor disponibilidad y facilidad probatoria, por lo que la carga de la prueba le incumbía a la Administración empleadora. Este principio en orden a la carga de la prueba resulta, además, acorde con las específicas reglas que sobre la carga de la prueba en los procesos de despido o extinción contractual se establecen en el texto procesal laboral, en el que se varía incluso el orden de intervención de las partes para intentar lograr una igualdad real y se proclama que corresponderá al demandado "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo" (art. 105.1 LPL), lo que, considerado el derecho extranjero como un hecho, - siquiera de naturaleza singular o "peculiar" (en la terminología de la

jurisprudencia constitucional ex STC 10/2000) -, permite interpretar que es al empleador a la parte a la que, en su caso, le incumbe probar la legalidad de la causa extintiva invocada conforme a la normativa extranjera que pudiera resultar aplicable.

4.- Ante la falta de prueba del derecho extranjero aplicable, como proclama la sentencia recurrida, la conclusión no puede ser la en ella decretada consistente en desestimar la demanda como consecuencia de imponer a la trabajadora demandante la obligación de probar un derecho extranjero que no había alegado y cuyo contenido discutía precisamente en el recurso de suplicación por dicha parte interpuesto y en tal concreto extremo estimado, sino que la solución de este problema, - conforme a la jurisprudencia de esta Sala antes referida, concordante con la jurisprudencia civil -, debe ser la de aplicar el derecho interno español para resolver el litigio.

5.- Esta solución es, por otra parte, la que se propugna doctrinalmente como la más acorde con la legislación comparada (normativa inglesa, italiana, suiza o austriaca) y con el principio de tutela judicial efectiva ex art. 24.1 de la Constitución que impediría, una vez declarada la competencia de los tribunales españoles para conocer el litigio y determinado que la normativa aplicable es el derecho extranjero, el no resolver el fondo del litigio porque se ignorara la norma jurídica relevante para resolverlo, así como se defiende que en tales supuestos la aplicación a título subsidiario de la legislación española o "lex fori" respondería a un principio de vocación subsidiaria de tal ordenamiento interno.

6.- En consecuencia, el recurso de casación debería haber sido estimado en la forma expuesta, casándose y anulándose en el extremo impugnado la sentencia recurrida, pero al resolver el debate suscitado en suplicación debería devolverse lo actuado a la correspondiente Sala para que, partiendo de la solución dada de aplicación del derecho interno español ante la falta de prueba del derecho extranjero, resolviera conforme a nuestra normativa las pretensiones de la parte actora.

Madrid, 22 de mayo de 2001.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Gil Suárez y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Luis Ramón Martínez Garrido, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Juan Francisco García Sánchez, D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Bartolomé Ríos Salmerón, D. Arturo Fernández López, D. Miguel Ángel Campos Alonso, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.