

MEDIDAS CAUTELARES, PRUEBA ANTICIPADA Y CONVENIO DE BRUSELAS (NOTA A LA STJCE 28 ABRIL 2005)

MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS*

SUMARIO: I. EL ASUNTO ST.PAUL DAIRY. II. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBA, LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL CONVENIO DE BRUSELAS. III. EL REGLAMENTO 1206/2001. IV. CONCLUSIONES

Cuando el Profesor González Campos me propuso como tema para la realización de una tesis doctoral la obtención de prueba en el extranjero el principal núcleo de problemas se centraba en el uso de los instrumentos elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya relativos a esta materia. Probablemente, en este momento, era muy reciente la decisión de un juez norteamericano que cuestionaba la aplicación del Convenio de La Haya de 1970¹ con el argumento de que si bien en el caso el material probatorio estaba situado en el extranjero, éste debía ser aportado al proceso que se desarrollaba en Estados Unidos y, por tanto, sería allí donde se practicaría la prueba². Todo lo cual conducía a entender que no existía el elemento foráneo necesario para la aplicación de dicha norma³.

* Profesora Contratada Doctora de la Universidad Autónoma de Madrid. Área de Derecho internacional privado. mariajesus.elvira@uam.es.

El presente trabajo se concluyó el día 29 de septiembre de 2005 y fue revisado con fecha 22 de diciembre.

¹ Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 *BOE*, de 25 de agosto de 1987.

² Nos referimos a la Sent. Supreme Court of US, de 15 junio 1987, en el asunto *Société Nationale Industrielle Aérospatiale et al. v. United States District Court for the Southern District of Iowa, International Legal Materials*, 1987, pp. 1021-1033. Si bien no es el único pronunciamiento en el que se aplica la denominada «ficción geográfica», sí tuvo una mayor repercusión no sólo por el órgano que la pronunció sino también por el desarrollo de la deliberación y su aprobación final.

³ Para obtener este resultado se le da un uso «alternativo» al Convenio de La Haya de 1965, principalmente por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana mediante las denominadas «*removal orders*».

No obstante, y pese a que, en efecto, las discusiones en torno a éste y otros instrumentos convencionales constituirían el bloque central de las cuestiones que se plantean en torno a la prueba con elemento extranjero, entonces intuimos que existían otros espacios en los que podrían generarse problemas relacionados con la misma. Tal conclusión, sin embargo, no era de todo original pues en el Informe que acompañaba la reforma producida en 1978 del Convenio de Bruselas por el que incorporaban al mismo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca ya se apuntaba la posibilidad de que la cuestión probatoria pudiese entrar en contacto con aquél⁴. La razón de tal «visión de futuro» pudiera ser explicada porque en tal ocasión dos Estados de tradición jurídica distinta se incorporaban a un «instrumento» comunitario y ello podría generar algunos problemas de «concepción» del Convenio. Las afirmaciones hechas en el mencionado Informe pudieron parecer «exóticas» en el momento en el que hicieron: si las medidas cautelares que tenía por objeto una prueba estaban o no incluidas en el Convenio, si podían ser reconocidas y ejecutadas resoluciones que contuviesen pronunciamientos relativos a las pruebas. Entonces no parecían más que aclaraciones preventivas, disquisiciones teóricas. Pero la realidad ha materializado aquellos abstractos problemas y los ha concretado en una cuestión prejudicial que el Tribunal de Justicia resolvió el pasado 28 de abril de 2005.

Pese al interés que pudiera despertar la presente resolución al fallar sobre la cuestión de si las medidas de aseguramiento de prueba, *lato sensu*, están incluidas en el art. 24 del Convenio de Bruselas (o en el art. 31 del Reglamento 44/2001 que lo sustituye⁵) -como en múltiples ocasiones ha abordado la doctrina- debe advertirse, no

Las «*removal orders*» consisten en la atracción de la prueba al Estado donde se ha entablado o pueda entablarse el proceso. Ello supone, de una parte, que no hay ejercicio de la soberanía en el territorio del Estado donde se localiza el material probatorio porque no hay coerción extraterritorial y, de otra parte, que la ejecución de la prueba no se realiza en el lugar de situación sino en ante las autoridades que van a conocer del litigio.

El problema radicaría, pues, en admitir que estas «*orders*» sean compatibles con el Derecho internacional público. Con este objetivo, los tribunales y la doctrina norteamericana apoyan la compatibilidad con la facultad de un Estado para regular situaciones acaecidas en otro Estado y que produzcan efectos en el primero. Véase, en este sentido, la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia internacional en el asunto del vapor *Lotus* de 7 septiembre 1927, en el asunto del vapor *Lotus* (Francia c. Turquía), *Court Internacional de Justice*, Serie A, núm. 10, 1927, pp. 18-19.

Para tener una visión de conjunto de la jurisprudencia norteamericana véanse, entre otros T. J. PERCY, «Judicial Treatment of the Hague Convention and the worth of Internacional Judicial Comity: in *Re Anschuetz and Co*», *The American University of International Law and Policy*, 1987-1, vol. 2, pp. 331-360; y G.B. BORN/S. HOING, «Comity and the Lower Courts: Post-Aerospatiale Applications of The Hague Evidence Convention», *International Lawyer*, 1990, pp. 393-407.

⁴ «Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia» elaborado por el Profesor P. SCHLOSSER (en adelante Informe SCHLOSSER), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante, DOCE), núm. C 189, de 28 julio 1990.

⁵ Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. L 12,

obstante, que no es la primera vez que se propone ante el Tribunal de Justicia tal interrogante. En efecto, con anterioridad la Cuestión prejudicial C-99/95⁶, en el asunto Saueressig GmbH & Co. v. Forbo-Krommenie BV, Hoge Raad, presentada en el Registro del Tribunal de Justicia de las Comunidades el 22 abril 1996 contenía una pregunta similar a la de abril de 2005. Cuestión, que, sin embargo, no fue resuelta al ser archivada.

Otra circunstancia destacable en el presente asunto es que en él se hace referencia a la relación del Convenio/Reglamento con otros instrumentos que regulan materias específicas, como es el Reglamento 1206/2001⁷. Es cierto que este asunto se atiende tangencialmente, con indicaciones poco precisas e incluso, en algún caso, erróneas. Valga como en las Conclusiones del Abogado General se menciona una hipotética aplicación residual del Convenio de Bruselas/ Reglamento 44/2001 a materias como la presente (§ 61). Sin embargo, para excluir tal posibilidad se utiliza el argumento de la «*lex posterior*» frente al, tal vez –como tendremos oportunidad de considerar posteriormente– de la «*lex specialis*».

Por último, creemos destacable el paralelismo que presenta la cuestión plantea y el modo de plantearla con el «*pre-trial discovery*»⁸. No en balde, como veremos con

de 16 de enero de 2001; corr. de errs, *DOCE* núm. L 307, de 24 noviembre 2001; *DOCE* núm. L 176, de 5 julio 2002; modificado en *DOCE* núm. L 225, de 22 de agosto de 2002.

Téngase en cuenta, además, que toda referencia que en el presente trabajo se haga al art. 24 del Convenio de Bruselas puede hacerse extensible a las cuestiones que pudiera plantear el art. 31 del Reglamento.

⁶ *DOCE*, C 137, 3 junio 1995.

⁷ Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, *DOCE* núm. L 174, de 27 de junio de 2001.

⁸ El «*pre-trial discovery*» es una fase previa al proceso en la que se prepara el proceso posterior. Su finalidad es la preparación óptima del proceso y evitar sorpresas en el transcurso del mismo. Es una fase en la que el juez ocupa una posición secundaria. Esta circunstancia, junto al hecho de que la información que se solicitan las partes tiene perfiles imprecisos, lo que genera no pocas reticencias ya que permite la utilización de dicha información para fines distintos de la preparación del proceso (decidir la conveniencia o no de iniciar el proceso o de buscar soluciones extrajudiciales).

Por otra parte, otra de las funciones de la «*discovery*» es la de incrementar las posibilidades de resolución sobre el fondo; aumentar las posibilidades de lealtad y precisión en resolución de fondo; precisar con mayor perfección los procesos; constituirse en un filtro para procesos con escasos fundamentos; o reducir los costes de transacción para la resolución de los litigios. En este sentido, véanse, entre otros, «Discovery Abuse Under the Federal Rules: Causes and Cures», *Yale Law Journal*, 1982-2, pp. 356-357; y R. COOTER/D.L. RUBINFELD, «An Economic Model of Legal Discovery», *Journal of Legal Studies*, 1994-1, p. 436.

La aplicación del Convenio de La Haya de 1970 o el alcance de la reserva del art. 23 del mismo son dos cuestiones centrales en las discusiones entorno a dicho texto que escenifican las diferencias entre los sistemas anglosajones y continentales. A este respecto, véanse, entre otros, Véanse sobre los problemas de éste en relación con la obtención de pruebas en Europa, A. MENTZ, «Das «Pre-trial Discovery» Verfahren im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht», *RIW*, 1981, pp. 73 y ss; H.V. von HÜLSEN, «Gebrauch und Mißbrauch US-amerikanischer «pre-trial discovery» und die internationale Rechtshilfe», *RIW*, 1982, pp. 225 y ss.; R. BECKMANN, Das Haager Beweisübereinkommen und seine Bedeutung für die Pre-Trial Discovery; *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (en adelante, *IPRax*), 1990- 4, pp. 201 y ss o M.J. REUFEL/M. SCHERER, «Pre-Trial Discovery nach dem Haager Beweisübereinkommen», *IPRax*, 2005-5, pp. 456 y ss.

mayor detenimiento, el elemento que integra el argumento central para excluir la aplicación del Convenio al examen de testigos previo al proceso es que ésta pueda tener un carácter instrumental, al servicio de una defensa más eficaz. Tal circunstancia, además, permite enlazar nuestra reflexión, por una parte, con el texto de La Haya de 1970 y, lo que en este momento puede resultar más de interés, su inclusión o no en el Reglamento 1206/2001.

I. EL ASUNTO ST PAUL DAIRY

St Paul Dairy Industries NV es una empresa con sede en Bélgica. Esta mantiene relaciones comerciales con Unibel Exser BVBA, también con domicilio en Bélgica. Tras surgir diferencias entre ellas en relación con la fijación de la cuantía de una indemnización por daños y perjuicios causados por el defectuoso funcionamiento de una maquinaria instalada por Unibel en una planta industrial de St Paul, ésta solicita al Rechtbank te Haarlem que conforme a lo previsto en el art. 186, apdo, 1º de la Ley de enjuiciamiento civil holandesa (*Welboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, en adelante LECN) se examine, con anterioridad al inicio de un previsible litigio, a un testigo localizado en los Países Bajos. Esta media fue admitida por el tribunal.

Detengámonos un momento en el supuesto planteado. Todos los datos destacables se localizan en Bélgica. Por una parte, ambas partes están allí domiciliadas. Por otra, el lugar del incumplimiento también es Bélgica. Es decir, en principio, el litigio, de hacerse efectivo, sería puramente interno ya que todos los elementos están localizados en un único Estado. Así, el elemento «internacional» que justifica la invocación del art. 24 del Convenio de Bruselas es la existencia de un testigo localizado en los Países Bajos. A los tribunales de éstos acuden directamente para solicitar la adopción de una medida para el examen provisional del testigo, anterior al proceso. Aunque volveremos más adelante sobre esta cuestión, recuérdese que el Tribunal de Justicia ha indicado que para usar el Convenio de Bruselas, en los supuestos en los que se solicite, además, una medida cautelar, es necesario que tanto el proceso cautelar como el principal se encuentren incluidos en el ámbito del mismo.

Contra la decisión adoptada por el Rechtbank te Haarlem, Unibel interpuso recurso de apelación ante el Gerechtshof te Amsterdam. Es este órgano jurisdiccional quien, conforme a lo dispuesto en el art. 3.2º del Protocolo al Convenio de Bruselas de 1971⁹ plantea la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

⁹ Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Luxemburgo el 3 de junio de 1971, *DOCE* núm. C 27, de 26 de enero de 1998.

«(1) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas la institución jurídica del «examen provisional de testigos antes de formular la demanda» regulada en los artículos 186 y siguientes [de la LECN] entendiéndose que, como prescribe la mencionada Ley, se pretende no sólo que poco después de haberse producido los hechos controvertidos se pueda tomar declaración a los testigos, evitando que se pierdan las pruebas, sino también, y sobre todo, que se ofrezca a los interesados en una eventual acción subsiguiente ante el juez de lo civil –a quien están pensando ejercitar una acción o a quien espere que se ejercite una en su contra o a un tercero que por algún motivo tenga interés en dicha acción- la posibilidad de obtener previamente esclarecimientos sobre los hechos (que, tal vez, todavía no conozcan con precisión) con el fin de poder apreciar mejor su posición, en particular, para determinar contra quién se debe dirigir la demanda?»

(2) En caso de respuesta afirmativa, ¿puede constituir una medida en el sentido del artículo 24 del Convenio de Bruselas?»

La primera cuestión que se plantea al Tribunal contiene dos enunciados diferentes. Por una parte, indicar que el primero es similar a la que en su momento plantease el asunto Saueressing, ya mencionado, con la única diferencia del texto legal que se invoca (el que se cita en esta resolución está en vigor desde 2002). En ella se solicita que se «califique» el examen provisional de testigos. Esta cuestión es, en principio, la esencial para poder contestar, en su caso, a la segunda pregunta. En efecto, la tipificación que se haga de esta medida bien como una medida de aseguramiento de prueba, bien como una prueba, aunque ejecutada con anterioridad al inicio del proceso y, en su caso, determinará que, «en caso de respuesta afirmativa» esta medida pueda considerarse incluida dentro del concepto de medida provisional o cautelar previsto en el art. 24 del Convenio de Bruselas.

Tal vez, como refuerzo para que el Tribunal dé una respuesta afirmativa, se incluye el segundo enunciado. En éste, en el que el peticionario parece poner especial énfasis, pese a que se utiliza, en apariencia, como argumento secundario o de refuerzo («sino también y, sobre todo»). En él se nos informa de que el objetivo de la medida solicita no es tanto la conservación de una prueba «idónea» (pertinente, útil y lícita) para la tutela judicial efectiva sino sirve para poder plantear una defensa más eficaz («poder apreciar mejor su posición, en particular contra quién se debe dirigir la demanda»)¹⁰.

¹⁰ Este argumento tiene su origen en la interpretación del Hoge Raad hiciera el 24 de marzo de 1995 (fecha de la petición en el asunto Saueressing) sobre una de las finalidades del examen provisional de testigos. En ella se considera que ésta no sólo evita la desaparición de pruebas sino que puede utilizarse para que cada parte «recabe aclaraciones previas sobre hechos, para lograr una mejor evaluación de su situación procesal» (citado en las Conclusiones del Abogado General RUIZ JARABO, de 9 de septiembre de 2004, § 9). Pese a que se presenta

Para justificar ésta se esgrimen dos razones: la primera, utilizada por el Tribunal de Justicia (§§ 13 y 18) que considera que una medida que tenga esta finalidad no es una medida cautelar o provisional a los efectos del Convenio¹¹. No dirigirse en tal sentido supondría, además, admitir ciertas que medidas que sirvan para eludir las reglas de competencia judicial establecidas en el Convenio, contrario a todas luces a los objetivos del Convenio así como a un principio básico de seguridad jurídica (§19). La segunda de las razones señaladas la encontramos en las Conclusiones del Abogado General que, sin embargo, no tienen eco en la resolución, y que hace referencia a la naturaleza «organizativa» que tienen estas medidas. Éste recuerda que en el Informe Schlosser se explicita la exclusión de aquellas medidas que tengan por objeto «organizar el curso del procedimiento» y tal parece ser el fin de la medida solicitada.

Resulta muy llamativo comprobar que todo el razonamiento de rechazo gira en torno a un elemento cuya finalidad parece ser de mero refuerzo del encuadre o no del examen provisional del testigo en el ámbito del art. 24 del Convenio. Pero, tal vez, esta reacción haya que conectarla con otra institución procesal que produce no pocos recelos: el «*pre-trial discovery*». En efecto, uno de los elementos característicos de éste es la de actuar como filtro para una preparación del proceso más eficaz. Tal vez el tribunal, en su «lucha» declarada hacia las «peculiaridades» del «*common law*»¹² haya decidido, sin explicitarlo, cortar de raíz posibles «veleidades» de los ordenamientos que contengan figuras similares.

Se deja así, en un segundo plano, la cuestión relativa a la inclusión o no en el art. 24 del Convenio del examen de testigos previo al proceso. El Abogado General, por su parte, sí menciona esta circunstancia y se pronuncia favorablemente para su inclusión «siempre que se demuestre la existencia de un riesgo de periclitamiento de la prueba, el juez está facultado para aplicar las reglas del Convenio (§ 57). Sin embargo, poco o nada más se refiere sobre si una prueba anticipada o una medida para asegurar una prueba podría ser cubierta por el art. 24 del Convenio de Bruselas.

Otra cuestión que queda sólo apuntada es la posibilidad de utilizar el Reglamento 1206/2001 en este supuesto u otro similar. Se menciona tangencialmente esta posibilidad tanto en las Conclusiones (§61) como en los fundamentos de la Sentencia

en segundo lugar, es éste el centro de la argumentación para justificar la exclusión del examen de testigos en el art. 24 del Convenio.

¹¹ Véase la definición autónoma de esta categoría contenida en la Sent. TJCE, de 26 marzo 1992 (As. 261/90), en el asunto M. Reichert, H. Reichert & Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG, en AA.VV. *Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras*, Mc Graw Hill, pp. 283 y ss (en especial, punto 34 de la resolución).

¹² Respectivamente, Sentencias del TJCE de 27 de abril de 2004, en el asunto (C-159/02) Turner c Grovit et. al; y de 1 de marzo de 2005, en el asunto (C-281/02) A. Owusu c. Villa Holidays Bal-Inn Villas et al. En el primero, se excluían las «*anti-suit injunctions*» del Convenio de Bruselas. En el segundo, la exclusión se refería al «*forum non conveniens*».

(§23). Las razones que en ellas se dan hacen referencia a que su uso ofrecería las garantías necesarias para su plena eficacia o, en su caso, que es una norma posterior y que, por tanto, desplazaría a la anterior, sea ésta el Convenio de Bruselas, sea el Reglamento 44/2001.

De todo ello, cabe concluir que el Tribunal, tal vez, hace un análisis baladí de las cuestiones planteadas. Tal afirmación se sustenta en el hecho de que aquél fija el eje de su razonamiento en un aspecto accesorio y que tiene, por tanto, un interés relativo. Además, como consecuencia del punto de vista adoptado, otros aspectos importantes quedan sin resolver o bien quedan defectuosamente resueltos. Un ejemplo del primero es la ausencia, ya referida, de valorar si la medida solicitada tiene naturaleza cautelar o no y, si, en su caso, sería posible el uso del Convenio para su adopción. Por su parte, ejemplifica la segunda afirmación las consideraciones que se hacen en relación con el Reglamento 1206/2001, respecto a su posible o conveniente aplicación, su contenido y la resolución de un hipotético conflicto positivo de normas.

Por las razones indicadas, consideramos preciso, en primer lugar, definir los supuestos que pueden estar comprendidos en el art. 24 del Convenio. En nuestro caso, valoraremos la posibilidad de que, como se plantea en el asunto propuesto, la prueba anticipada esté o no incluida; y, en caso negativo, qué cauces podrían ser utilizados para su adopción y ejecución. En esta misma línea, conviene referirse al uso del Reglamento 1206/2001 como, en su caso, alternativa al Convenio de Bruselas, así como los mecanismos de relación entre ambos textos.

II. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBA, LA PRUEBA ANTICIPADA Y EL CONVENIO DE BRUSELAS¹³

Como sabemos, el art. 24 del Convenio de Bruselas hace referencia a la competencia para la adopción de medidas provisionales y cautelares a un tribunal distinto del que conoce de la acción principal. Para determinar qué debe entenderse por medidas provisionales o cautelares se ha defendido la necesidad de una noción autónoma¹⁴ que podría permitir la utilización del Convenio de Bruselas para la práctica de prueba anticipada, si bien el citado artículo no determina qué puntos de conexión deberían considerarse en tal caso.

¹³ En este apartado se analizan las cuestiones generales relativas a estos aspectos de la prueba. No obstante, debemos advertir que existen regulaciones específicas en materia probatoria. Tal es el caso de la Directiva 2004/48/CE sobre Propiedad Intelectual, *DOCE* núm. L 157, de 30 de abril de 2004. En ella se establecen reglas específicas para la protección de prueba (art. 7).

¹⁴ Véase, en este sentido, el asunto *M. Reichert, H. Reichert & Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG*, cit., *supra*.

Por otra parte, se deja a la regulación de las normas procesales nacionales el tipo de medidas concretas que pueden adoptarse a su amparo, claro ésta, siempre que sus características se identifiquen con la noción autónoma. Así, debe entenderse que sólo es posible adoptar una medida de aseguramiento de prueba si se reconoce esta posibilidad en los ordenamientos del Estado requirente y del Estado requerido (doble calificación) y sólo en los supuestos previstos por el ordenamiento del primero¹⁵.

Se entiende que «procede considerar como ‘medidas provisionales o cautelares’ a efectos del artículo 24 las medidas incluidas en el ámbito de aplicación de Convenio que están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto»¹⁶.

En este concepto encontramos la exigencia de que las medidas que se soliciten se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio. La Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de 1982¹⁷ establecía que el art. 24 del Convenio de Bruselas sólo se aplica cuando el objeto del proceso está incluido dentro del ámbito de aplicación de aquél y, además, cuando la medida cautelar está destinada a proteger la cuestión principal del litigio, no cuando aquélla tiene por objeto una cues-

Véanse, además, las Sents. TJCE, de 6 marzo 1980, en el asunto De Cavel c. De Cavel (II), *Recueil de Jurisprudence de la Cour* (en adelante Rec.), pp. 731 y ss.; y de 21 mayo 1980, en el asunto Bernard Denilauler c. SNC Couchet Frères, *Rec.*, pp. 1553 y ss., apartado 33.

La doctrina alemana también se ha pronunciado favorable a esta naturaleza autónoma. Así B. R. HEISS, *Einstweiliger Rechtsschutz in europäischen Zivilrechtsverkehr (art. 24 EuGVÜ)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, pp. 56 y ss; y, con matices, CH. ALBRECHT, *Das EuGVü und der einstwertige Rechtsschutz in England und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991, pp. 108 y 167. En contra, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 274-275.

Asimismo, ténganse en cuenta las Sents. de la Cour cass. (1ère Ch. civ.), de 22 enero 1991, en el asunto Soc. Krupp et al. c. Soc. Trailigaz et al., *Revue critique de droit international privé* (en adelante rev.crit.dr. int priv.), 1993,-1, pp. 46 y ss., y nota G. Couchez, *Journal de Droit International* (en adelante, Clunet), 1993-1, pp. 156-157; y Cour de Cassation (Chambre commerciale, financière et économique), de 10 marzo 1992, en el asunto Krupp Widia GmbH c. Société Schlumberger Industries, *Clunet*, 1993-1, pp. 156 y ss.

¹⁵ Véase, en este sentido, I. SZASZY, *International Civil Procedure (A Comparative study)*, Budapest, 1967, p. 285.

La calificación desde el ordenamiento nacional es útil para concretar la respuesta que el derecho patrio ofrece en la aplicación de ciertas normas. Sin embargo, ésta no puede extrapolarse con el fin de identificar el ámbito material de aplicación de éstas. Así, por ejemplo, la tipificación como probatoria o cautelar en nuestra LEC de las medidas de aseguramiento de prueba o de la prueba anticipada no predetermina que éstas tengan cabida para el uso de un determinado instrumento internacional. Así, por ejemplo, M. P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 20 y ss. Esta autora parte de la definición que el legislador español prevé para las instituciones mencionadas. No obstante, ésta no puede servir para definir, por ejemplo, el ámbito de aplicación del Reglamento 1206/2001 que exige una noción autónoma de prueba ya que en él conviven realidades como la del art. 145 del NCPC francés siempre polémico.

¹⁶ En este sentido, véase el asunto M. Reichert, H. Reichert & Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG, cit., *supra*.

¹⁷ Véase la Sent. TJCE, de 31 marzo 1982, en el asunto CHW c. GJH, *Rec.*, 1982, pp. 1189 y ss.

ción accesoria al mismo, como es la medida cautelar destinada a asegurar la prueba o, en su caso, evitar su empleo¹⁸.

Junto al requisito anterior, podemos encontrar la necesidad de que exista un derecho que debe protegerse (*fumus boni iuris*) y que, de no hacerse, existiría un riesgo para su salvaguardia (*periculum in mora*)¹⁹. Además, en último lugar, se exige que la medida adoptada sea instrumental al proceso principal²⁰.

Todas estas condiciones pueden encontrarse en las denominadas «medidas de aseguramiento de prueba». En efecto, éstas tienen como finalidad la preservación del material probatorio de cualquier alteración hasta la práctica de la prueba²¹ (provisionalidad) de un riesgo inminente (*periculum in mora*) y siempre que existan garantías por parte del peticionario (*fumus boni iuri*)²². Sin embargo, esto no es así en lo referente a la prueba anticipada.

La prueba anticipada se practica a fin de evitar que por el transcurso de tiempo la prueba pueda desaparecer o deteriorarse antes de la interposición de la demanda o antes del momento procesal de la práctica de la prueba (*periculum in mora*) siempre que, además, le sean aportados al juez los elementos necesarios para considerar la necesidad de aquélla en relación con un procedimiento futuro (*fumus boni iuris*). En todo caso, la prueba anticipada carece de la finalidad cautelar, provisional ya que el resultado que se obtiene de tal medida es, con todas sus consecuencias, una prueba²³.

¹⁸ Esta interpretación, sin embargo, debe matizarse tras la Sent. TJCE de 17 noviembre de 1998, en el asunto (C-391/95) Van Uden Maritime c. Firma Deco-Line, apartados 3 y 4 de la decisión.

¹⁹ Sobre la concurrencia de ambos requisitos véanse el art. 145 de la Nouvelle Code de Procedure Civile francés (en adelante NCPC francés) y la interpretación de estos requisitos en las Sentencias de Apelación de Orleans, de 4 marzo 1983, *Recueil Dalloz*, 1983, p. 343; y de París, de 8 junio 1988, *Recueil Dalloz*, 1988, IR 206. En estas sentencias se precisa que el art. 145 NCPC francés no sirve para concretar las pretensiones de la parte cuando estas aparezcan de manera abstracta y difusa.

Ténganse en cuenta, además, arts. 693 y 696 del Nuovo Codice de Procedura Civile italiano (en adelante, NCPC italiano); parágrafo 487 de la de Zivilprozessordnung alemana (en adelante, ZPO alemana) y arts. 24 de la Ley Competencia Desleal (Ley 3/91, de 10 enero (*BOE*, 11 enero); y 129 de la Ley de Patentes (Ley 11/86, de 20 marzo (*BOE*, 26 marzo).

Véanse, además, las sentencias de la High Court of Justice, Chancery Division, 24 oct. 1984, en el asunto Altertext Inc. c. Advanced Date Communications Ltd, *GRUR Int.*, 1985-10, p. 681; y Cour d'appel de Versailles (14ème ch.), de 9 abril 1993, en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitracco et al., *Rev. crit. dr. i. pr.*, 1995-1, pp. 80-83, entre otras.

²⁰ Véase sobre el cumplimiento del requisito de la instrumentalidad en las medidas de aseguramiento de prueba cuando éstas revistan la forma de prueba anticipada, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción de Patentes en la Comunidad Europea*, ed. Eurolex, Madrid, 1996, pp. 178-179.

²¹ Por ejemplo, a través del depósito judicial de los bienes o su embargo hasta la práctica de la prueba.

²² Falta texto nota

²³ Un buen ejemplo de la distinción entre ambas figuras la encontramos en el ordenamiento español. La LEC distingue entre la prueba anticipada (arts. 293 a 296) y las medidas de aseguramiento de prueba (arts. 297 y 298).

Respecto de la primera, la LEC exige que, en primer lugar, exista un motivo fundado que puede impedir la

En tal caso, la prueba anticipada no debe entenderse incluida en art. 24 porque tiene naturaleza enteramente probatoria, estrictamente procesal, y, por tanto, para su realización es necesaria la concurrencia de ciertas garantías tanto para las partes como para los terceros. A diferencia de las medidas de aseguramiento de prueba no tiene un carácter temporal sino que lo que en ella se realiza tiene un carácter definitivo y firme, con independencia de que su veracidad pueda excluirse con otros medios de prueba.

Descartado el uso del art. 24 del Convenio para la práctica de una prueba anticipada se nos plantea un segundo interrogante. Pensemos que, como en el presente caso, un juez, distinto del que, según todos los datos, sería competente para conocer de la cuestión principal, adopta una resolución sobre la práctica anticipada de una prueba, situada en su territorio. El resultado de dicha práctica se integra en una resolución judicial. Surge así la cuestión de si es posible que la resolución que contiene el resultado de la prueba practicada produzca efectos en otro Estado. Ello desplazaría la cuestión de la prueba anticipada del art. 24 al art. 25 del Convenio. En la hipótesis propuesta, la peculiaridad radicaría en el hecho de que el objeto de la resolución es, en este caso, un acto de instrucción²⁴.

Para ello se planteó de la posibilidad de dar «otros usos» a las reglas de reconocimiento y ejecución con el fin de adoptar resoluciones sobre prueba. Sin embargo, estos usos habrían de respetar ciertas limitaciones, como es el hecho de que el objeto de la resolución dictada se encuentre incluido dentro del ámbito material de aplica-

práctica de la prueba en el momento procesal oportuno (art. 293.1 LEC). En ese mismo sentido, véanse el art. 692 del NCPC italiano; el art. 145 de NCPC francés y el parágrafo 486.2 de ZPO alemana.

Y, en segundo lugar, la concreción de un plazo breve en los supuestos en que la prueba anticipada se practique con anterioridad a un proceso iniciado para la interposición de la demanda desde el momento de petición de dicha prueba (art. 295.3 LEC2000) so pena de preclusión. En este mismo sentido, véanse, en este sentido, los arts. 692 y ss. NCPC italiano; el art. 145 NCPC francés y los parágrafos 487 y 491 ZPO alemana.

Conforme a lo establecido por el art. 297 LEC2000 las medidas de aseguramiento de prueba pueden solicitarse cuando se pretenda «evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o, incluso, carezca de sentido proponerla» (apdo. 1º). Para ello el tribunal podrá adoptar cuantas medidas considere oportunas para «conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características» (apdo. 2º). Así, estas medidas han de ser tratadas como medidas complementarias, instrumentales, de la prueba. Véase en este sentido, V. FAIRÉN GUILLÉN, «La reforma del proceso cautelar español», en *Temas del ordenamiento procesal*, T. II, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 899; y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 147.

²⁴ Fórmula que fue tempranamente defendida por F. MONIER, *Des commissions rogatoires en droit international*, tesis, París, 1909. p. 72, cuando la petición de práctica de la prueba se tramitaba *ex parte*.

Y, asimismo, a favor de ésta posibilidad, P. GOTHOT/ H. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du septembre 1968*, ed. Jupiter, 1986, núm. 240, apdo. 2º. En contra, D. BYRNE, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements*, The Round Hall Press, 1990 p. 104 (si bien esta autor posteriormente plantea una contradicción interna (p. 108)); J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., pp. 274-275; y, O'MALLEY/LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, pp. 663 y 675. Estos últimos niegan la posibilidad de reconocimiento y ejecución de medidas puramente procesales y ponen como ejemplo, la resolución por la cual se determina la relevancia de la prueba.

ción del Convenio²⁵, lo que es cuestionable en el caso de la prueba. Analicemos, no obstante, dos situaciones.

La primera de ellas sería la relativa al reconocimiento y ejecución de resolución extranjera que contiene un pronunciamiento sobre una medida cautelar para la protección del material probatorio, o en otro caso, sobre la práctica anticipada de una prueba a fin de evitar su deterioro o desaparición. Esta podría identificarse con la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, de 17 de marzo de 1993²⁶:

Se celebra un contrato entre una empresa española y otra belga con el fin de que esta última entregue a la primera una máquina con ciertas características especiales. La empresa española incumple con las obligaciones asumidas y, además, no se hace cargo de la máquina. Ello supone no sólo su deterioro por no ser utilizada sino, además, ciertos gastos de almacenaje para la empresa belga, dado el gran volumen de la misma. La modificación de la máquina para su reutilización o para ser transmitida de nuevo era demasiado costosa, a causa sus peculiaridades.

La empresa belga se dirige a los tribunales de su domicilio, donde se encuentra, además, la máquina para que sobre la misma se practique una prueba pericial, a causa del riesgo de deterioro y para que se pronuncien sobre la necesidad de un local especial donde almacenar aquélla.

Para justificar la competencia para adoptar tal decisión el tribunal belga invoca el art. 24 del Convenio de Bruselas y, además, señala la existencia de un *periculum in mora* que justificaría la adopción de una medida cautelar (en su caso, a través de una «*procédure en référé*») prevista en la Sección 1035-1047 del Código Judicial belga.

Posteriormente, una vez practicada la prueba pericial e incorporada a una resolución judicial relativa a las circunstancias de deterioro y almacenaje de la máquina, la empresa belga acude ante los tribunales españoles para que estos resuelvan sobre el incumplimiento y aportan como apoyo a la demanda la resolución dictada por el tribunal belga.

El tribunal español «reconoce» aquélla. Además asume como propia la prueba pericial, ejecutada, según consta, «con toda clase de garantías».

²⁵ Véase, en este sentido, la Sent. TJCE, de 31 marzo 1982, citada anteriormente. En ella el Tribunal señala que el art. 24 del Convenio de Bruselas sólo se aplica cuando el objeto del proceso está incluido dentro del ámbito de aplicación de aquél y, además, cuando la medida cautelar está destinada a proteger la cuestión principal del litigio, no cuando aquélla tiene por objeto una cuestión accesoria al mismo, como es la medida cautelar destinada a asegurar la prueba o, en el caso, evitar su utilización.

Téngase en cuenta, además, la Sent. del TJCE en el asunto Van Uden Maritime, cit., apartados 3 y 4 de la decisión.

²⁶ Véase un extracto de la misma en *Revista Española de Derecho internacional*, 1994-2, pp. 858-859.

La segunda situación en la que cabría plantearse la utilización del Reglamento de competencia, reconocimiento y ejecución, es aquella en la que el Tribunal de un Estado adopta una decisión sobre la práctica de una prueba que debe ser ejecutada por los tribunales de otro Estado. El objetivo de esta interrogante era permitir la utilización de un cauce de obtención y práctica de prueba distinto a los contenidos en el Convenio de La Haya –tradicionalmente vinculado con las comisiones rogatorias²⁷–, al considerar que estos eran un obstáculo al buen funcionamiento de la justicia tutelado, en su momento, por el Convenio de Bruselas. Lo que se pretendería con el uso del art. 25 del Convenio de Bruselas para el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia probatoria es ofrecer una alternativa a las vías propuestas en el Convenio de La Haya de 1970.

El Informe Schlosser parece admitir inicialmente la posibilidad de que este tipo de resoluciones estuviesen incluidas en el art. 25 del Convenio de Bruselas²⁸. Del mismo modo, en el citado Informe se señala el hecho de que esta posibilidad es residual ya que las resoluciones a las que hace referencia el mencionado artículo «suelen adaptarse a las resoluciones de los tribunales referidas a la constatación o a la regulación de las relaciones jurídicas entre las partes»²⁹. Para identificar los supuestos ejemplifica éstas con las medidas de instrucción «*avant de dire droit*» francesas y las «*Beweisschlüsse*» alemanas.

Para que sea posible el uso de las reglas de reconocimiento en materia de prueba han de concurrir dos requisitos:

1. que para ejecución de la prueba requerida no sea necesaria la cooperación de los tribunales del Estado requerido, es decir, en aquellos supuestos en los que la práctica de la prueba sea consentida y no se precise la compulsión del sujeto requerido;
2. que dichas pruebas no afecten a terceros, concretamente, a los testigos³⁰.

²⁷ Este mecanismo tradicional de cooperación judicial internacional no goza de muy buena prensa por su lentitud y formalismo. Entre otros muchos, véanse H. SMIT, «International Co-operation in civil Litigation: Some Observations on the rules of international Law and Reciprocity», *Netherland International Law Review*, 1962, p. 142; o, C. GAVALDA, «La coopération internationale en matière de procédure civile. Rapport 6ème Congrès International de Droit Comparé», *Travaux Internationaux de Droit Comparé*, 1962, pp. 327 y ss.

²⁸ Véase, el Informe SCHLOSSER, cit, supra, p. 234, pfo. núm. 184. Téngase en cuenta, además, P. KAYE, «Art. 25», en *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Limited, 1987, pp. 1350-1351.

²⁹ Informe SCHLOSSER, cit., pfo. núm. 184. Véase, además, P. SCHLOSSER, «Comentario al art. 25 Convenio de Bruselas», *EuGVÜ*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1996, pp. 142-143. En este comentario el argumento de la no reconocibilidad de las resoluciones de ordenación del proceso se apoya en que cuando se adoptan no se valora la posibilidad de ser ejecutadas en el extranjero.

³⁰ Informe SCHLOSSER, cit., pfo. núm. 187. En este mismo sentido, véase la sentencia británica de la High Court, Queen's Bench Division, 29 enero 1992, en el asunto CFEM v. Bovis, *International Litigation Procedure*, 1992, pp. 561 y ss. (esp. pfo. 35) donde se considera que el art. 25 del Convenio de Bruselas se limitan a aquéllas

Existe, sin embargo, un problema sobrevenido: aunque fuese posible utilizar las reglas sobre reconocimiento, su ejecución no sería factible conforme al Convenio³¹. Por tanto «en la práctica siempre se recomienda recurrir al mecanismo del Convenio de La Haya, que está especialmente adaptado para las comisiones rogatorias»³². A pesar de que en un principio se afirmaba que «no es posible saber de entrada si las resoluciones de un tribunal anteriores a la sentencia definitiva entran en el ámbito del Convenio y, en su caso, qué tipo de resolución relativa a la tramitación entra en dicho ámbito»³³ y de excluirse las medidas de instrucción que necesitan coerción y las que afectan a terceros³⁴.

Si la respuesta a la cuestión planteada entorno al uso del art. 25 del Convenio de Bruselas para la ejecución de resoluciones en materia de prueba ha de ser negativa, sin embargo, no existen razones satisfactorias para excluir del reconocimiento y ejecución las resoluciones en materia probatoria *inter partes* y en las que la prueba sea voluntariamente practicada³⁵.

De todo lo anterior, cabe concluir que, a pesar de que el texto de Bruselas posea ciertas *zonas grises* en la que quepan supuestos inicialmente no previstos, no parece que éste sea el mecanismo más adecuado para una actuación de cooperación judicial internacional como la presente. Así, en el Informe Schlosser se establece, excepto para Irlanda, el principio de la aplicación prioritaria del texto de La Haya sobre el de Bruselas (art. 57), entonces referido al Convenio de 1954 y, por ende, extensible a los que le sustituyen³⁶.

relativas a «*property rights*», a pesar de que el art. 1 del Convenio de Bruselas no excluya las «*procedural orders*» de su ámbito de aplicación. Sin embargo, son tan complejos los problemas de calificación de los aspectos procesales y sustantivos que es más rápido y efectivo utilizar el Convenio de La Haya de 1970.

³¹ Informe SCHLOSSER, cit., pfo. núm. 187. En este mismo sentido, véanse, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares...*, cit, p. 147; y P. SCHLOSSER, «Comentario al art. 25 Convenio de Bruselas», cit., p. 143.

³² Informe SCHLOSSER, cit., pfo. núm. 185.

³³ Informe SCHLOSSER, cit., pfo. núm. 184, *in fine*.

³⁴ Lo que debe incluir los supuestos del art. 6 del Convenio de Bruselas (idéntica numeración en el Reglamento 44/2001), es decir, la pluralidad de demandados, demanda en garantía, etc. La definición «parte» debe hacerse de modo negativo: no será parte aquél a quien no afecte directamente el litigio, es decir, testigos y peritos.

³⁵ Este el argumento que se utiliza en la sentencia en el asunto Soc. Luxguard c. Soc. Sitracco *et al.*, cit. *supra*, en la que se nombra a un perito para que, conforme al art. 145 del NCPC francés realice una investigación previa para averiguar si es necesaria la adopción de medidas de seguridad de un bien situado en España (para lo que se utilizaría, en ese momento posterior, el art. 24 del Convenio de Bruselas) y en el que, al menos en esta fase previa, no están presentes las autoridades españolas.

Véase, además, E. DU RUSQUEC, «Les décisions judiciaires soumises à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Gazette du Palais*, 1990, pp. 446 y ss. Este autor cita una sentencia del Oberlandsgericht, 2 junio 1977, en la que se autorizó la ejecución en Alemania de una decisión francesa que contenía una provisión y designaba un perito para determinar el perjuicio de la víctima.

³⁶ Informe SCHLOSSER, cit., pfo. núm. 239. Véase, además, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht...*, cit., pp. 274-275.

Cabe concluir, pues, que el Convenio de Bruselas no es el medio más adecuado para albergar la adopción o la ejecución de una prueba anticipada. Si esta tiene carácter estrictamente probatorio es menester analizar si en el presente caso, como se indica tanto en las Conclusiones del Abogado General como en la Sentencia, puede utilizarse el Reglamento 1206/2001 para su adopción/ejecución así como garantizar el respeto de los demás derechos, tanto de las partes como del testigo.

III. EL REGLAMENTO 1206/2001

Como se indicó anteriormente, tanto en las Conclusiones como en la Sentencia del Tribunal de Justicia se menciona este instrumento como alternativa a la aplicación del art. 24 del Convenio de Bruselas. Tal remisión, sin embargo, no valora la concurrencia de las condiciones para su uso. Se exige, por tanto, para una adecuada consideración analizar dichas condiciones.

Con carácter previo deben hacerse dos observaciones. La primera se refiere a la aplicación temporal del Reglamento. Como sabemos el legislador comunitario ha generalizado el uso de la distinción entre entrada en vigor y aplicación de las normas. En el presente caso, el texto entró en vigor en 2001 pero no era posible su efectiva aplicación hasta el 1 de enero de 2004. Esto significa que en el presente caso no sería posible su utilización.

La segunda observación se vincula con la labor de sustitución y sucesión que este texto realiza respecto del texto homónimo de La Haya. En efecto, el presente Reglamento se elaboró con el objeto sustituir al Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en el marco de los procesos intracomunitarios (art. 21³⁷) La razón alegada para justificar esta nueva regulación es, por una parte, que el Convenio sólo era de aplicación entre 11 de los 15 (actualmente 19 de los 25) Estados miembros, y, por otra, que las reglas previstas en él no satisfacían los objetivos de rapidez y seguridad necesarios en el proceso intracomunitario.

Por lo que se refiere al contenido, el Reglamento se articula sobre cuatro principios: rapidez, eficacia, seguridad y claridad jurídica³⁸. Cada uno de ellos se concreta en medidas específicas. Así, los dos primeros se materializan, de una parte, en la transmisión directa de las peticiones entre órganos judiciales, sin intervención de órganos intermedios de transmisión/recepción (art.2)³⁹, en la obligación de ejecutar las

³⁷ En este sentido, además, el Considerando 6º del Reglamento. En este último, además, se hace referencia al Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 1954 (*BOE*, 13 diciembre 1961).

³⁸ Considerandos 8 a 10 del Reglamento.

³⁹ La referencia a órganos intermedios de transmisión/recepción desaparece, a diferencia de lo que ocurre en el Reglamento de notificación porque éstos desvirtuaban «el principio general de comunicación directa entre los

peticiones con rapidez y en el establecimiento de plazos cerrados para la realización de las distintas actuaciones relacionadas con la petición, ejecución y devolución de la prueba; y, de otra, en la limitación de las causas de denegación de la ejecución (art. 14). Mientras que la garantía de la seguridad y la claridad jurídica quedan amparadas con el uso de los distintos formularios que le acompañan.

Centrándonos en la cuestión planteada en la Sentencia de abril de 2005, la incógnita que debemos despejar nos interesa es saber si el Reglamento sería aplicable al examen provisional de testigos anterior a un proceso.

Al igual que ocurre con el texto de La Haya, la delimitación de su ámbito material de aplicación, así como de los actos relativos a la prueba que estarían incluidos en él, plantea algunos problemas. Así ocurre, por ejemplo, con la determinación de cuál sea la «materia civil o mercantil» o la «práctica de diligencias de obtención de prueba» a la que se aplica. Por lo que se refiere a la primera cuestión, parece razonable, en aras de una interpretación uniforme, que para interpretar ambos conceptos se haga una remisión a la labor realizada en torno al Convenio de Bruselas⁴⁰.

Cabe señalar, en segundo lugar, que el Reglamento se utiliza para la obtención de prueba localizada en el extranjero y requerida a un tribunal de ese Estado por el tribunal que conoce de un litigio, mediante fórmulas de cooperación judicial internacional, aunque simplificadas y agilizadas. Del mismo modo, éste abarca la «realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro» bien por el propio juez (art. 17)⁴¹, bien por un tercero designado para ello -mandatario- (art. 12)⁴².

órganos jurisdiccionales y esta regulación resulta contraria a los criterios de simplificación y armonización comunitaria». En este sentido, véase, el Dictamen CES sobre la «Iniciativa de la República Federal de Alemania con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, *DOCE* núm. C 139, de 11 mayo 2001.

⁴⁰ No obstante, algún autor ha apuntado que para la comprensión de la «materia civil y mercantil» debe tomarse en consideración la definición hecha en relación con el Convenio de La Haya de 1970. En este sentido, C. ROSENDE VILLAR, «La obtención de prueba en el ámbito comunitario según el Reglamento (CE) 1206/2001, *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2001; y J. J. MUERZA ESPARZA, «El Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil y su incidencia en la Ley de enjuiciamiento civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 558, 2002, pp. 1 y ss.

Si bien ésta opción es legítima dada la influencia del texto de 1970 sobre el Reglamento, no debe olvidarse que el marco en el que operan ambos textos es diverso. Tampoco debe olvidarse que el Reglamento forma parte de un mecanismo complejo como es el Proceso civil europeo, articulado entorno a la lógica de la integración, extremo éste ajeno al texto de La Haya.

⁴¹ Véanse, en este sentido, los arts. 74 y ss. del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, *BOE*, 27 septiembre 2005.

⁴² No creemos que sea aventurado establecer el paralelismo entre estos «mandatarios» y los «comisarios» a los que se refiere el art. 17 del Convenio de La Haya de 1970.

La indicación anterior nos aporta dos datos. De una parte, que se aplica a diligencias de obtención de prueba y, de otra, que en éstas se realizan en otro Estado miembro, con distintas modalidades de actuación (por juez del Estado de situación, directamente por juez del proceso principal, bien por mandatario)

Por lo que se refiere a la última cuestión, es evidente que el Reglamento se aplica en los supuestos de cooperación judicial internacional, sea ésta activa o pasiva⁴³, ya sea por la práctica de una prueba para que se integre en un proceso que se desenvuelve en otro Estado miembros, ya sea cuando la prueba se practique directamente en otro Estado por el juez que conoce del litigio principal. Esto significa que la mera ubicación en el extranjero de una prueba que pueda o deba incorporarse a un proceso, presente o futuro, en otro Estado no supone la aplicación de la norma.

Más complejo se presenta el asunto de la delimitación de qué deben entenderse como «diligencias de obtención de prueba». Este concepto de prueba debe ser entendido de un modo amplio con el fin de que en él quepan concepciones de la prueba diversas –sin llegar a la fuerza expansiva del Convenio de La Haya⁴⁴-. Debe además, indicarse que a diferencia de su predecesor, el Reglamento no excluye, en principio ninguna materia relacionada con éstas. En el Convenio de La Haya (art. 1, *in fine*) se indicaba que no estaban comprendidas en éstas ni las medidas cautelares, ni provisionales, ni de ejecución.

En este caso, cabría interpretar que el Reglamento podría aplicarse a esas medidas si estuviesen relacionadas con «diligencias de obtención de prueba». Esta inter-

⁴³ Ténganse en cuenta la «Nota de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores para el Secretario General sobre el Anteproyecto de LOPJ», de 30 mayo 1984, inédita; y M. SCALABRINO, «La nuova disciplina delle «rogatorie passive», *Rivista trimestrale di diritto e procedure civile*, 1984, pp. 77 y ss.

No es, sin embargo, pacífica la opción contenida en los textos anteriormente citados. En la actualidad, y en nuestro caso, el Reglamento parece decantarse por esta opción, el elemento diferenciador entre ambas se sitúa en la actividad desarrollada por los tribunales del Estado donde se lleva a cabo la práctica de la prueba. Así, estaríamos ante un acto de cooperación activa cuando el Estado requerido actúa positivamente para ejecutar una petición de prueba requerida por el Estado requirente. Por otra parte, se trataría de un acto de cooperación pasiva cuando el Estado requerido, ante cierta actividad desplegada por el primero en su propio territorio, se mantiene al margen y no realiza ninguna labor obstaculizadora, es decir, se produce un acto de cooperación por tácita aceptación ante la actuación espontánea del particular requerido para la práctica de la prueba. En este sentido, entre otros, F. POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, ed. CEDAM, Padua, 1967, pp. 48 y 58; L. FUMAGALLI, «Brevi note in tema di esecuzione in Italia di provvedimenti istruttori stranieri», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992-3, p. 485; y H. NAGEL, «Richterliche Unabhängigkeit und Justizverwaltung bei der internationalen Rechtshilfe», *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 1984, p. 240; M. VIRGOS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, ed. Civitas, 2000, p. 278.; y C. HERRERA PETRUS, *La obtención de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 35 y ss.

⁴⁴ Recuérdese que en la fórmula contenida den este de «otros actos judiciales» se comprendía actuaciones como certificados de nacimiento, certificados de registros o designación de un curador. Véase en este sentido Ph. W. AMRAM, «Rapport explicatif» en *Actes et Documents de la onzième session*, T. IV, *Obtention de preuve à l'étranger*, La Haya, 1970, pp. 202 y ss.

pretación podría suponer que el polémico «*pre-trial discovery*» estaría incluido ya que no existiría posibilidad de una reserva similar a la prevista en el art. 23 del Convenio de La Haya. Sin embargo esto no es así.

Es cierto que ni en los Considerandos del Reglamento ni en su art. 1 parece contener ningún límite para que el «*pre-trial*» deba considerarse excluido del ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, lo está. Así se indica en las Declaraciones del Consejo para la adopción del Reglamento del 15 y 17 de mayo de 2001 (respectivamente, anejos II y III). En las mismas se advierte de la exclusión expresa de éste así como una de sus manifestaciones más conocidas: las «*fishing expeditions*»⁴⁵.

Como refuerzo a esta exclusión el Formulario A, que acompaña al Reglamento, exige que la petición de la práctica de la prueba que se solicita se cumpla con la máxima precisión posible con el fin de que puedan hacerse usos desviados de la información obtenida⁴⁶.

Tal circunstancia sirve para la delimitación de las actuaciones cubiertas por el Reglamento. Si establece estas garantías ello significa que el resultado de las mismas tiene valor de prueba, de demostración de los hechos alegados por las partes o que serán alegados en un próximo proceso. La consecuencia de ello es que otras actuaciones, como por ejemplo, las dirigidas a conservar el material probatorio para que no pueda modificarse o alterarse por acciones humanas o por el transcurso del tiempo –fácilmente identificable con las medidas de aseguramiento de prueba- están fuera del Reglamento⁴⁷.

En el asunto que nos ocupa, la actuación judicial que se solicita está dirigida a que se practique una prueba antes de iniciarse un proceso. Con las garantías que con-

⁴⁵ Esta declaración sólo la encontramos en el texto en Inglés del Proyecto. Así, esta Declaración está contenida en los textos 8633/01, de 15 de mayo de 2001, p. 42; y 8928/01, de 17 de mayo de 2001, p. 46.

⁴⁶ En este sentido, coincidimos con la opinión de D. LEBEAU/M.L.NIBOYET, «Regards croisés du processaliste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves à l'étranger», *Gazette du Palais*, febrero 2003, p.10.

Esta exclusión es perfectamente compatible con la interpretación amplia a la que nos hemos referido con anterioridad porque el Reglamento vincula, en todo momento su aplicación a peticiones conectadas directamente con un conflicto de intereses, actual o futuro, y que son escrupulosamente descritas en los formularios del Reglamento. Véase, en este sentido, A. NUYTS/J. SEPULCHRE, «Cross-Border Taking of Evidence in the European Judicial Area», *Revue de Droit international privé* (revista exclusivamente en formato electrónico que se puede consultar en www.dipr.be).

⁴⁷ Queremos advertir aquí sobre un problema surgido de la existencia de diversas versiones lingüísticas. En la versión francesa se hace mención a la aplicación del Reglamento a actos de instrucción distintos de la práctica de la prueba. Para ello se menciona el Formulario A, apartado 12.2. En la versión española la indicación que se contiene es la de «obtención de prueba de otra índole», es decir, a la solicitud y práctica de la prueba documental y la que pueda practicarse sobre objetos frente a la prueba testifical.

La existencia de esta disparidad lingüística ha servido a algunos autores para admitir la posibilidad de la aplicación del Reglamento a las medidas de aseguramiento de prueba. Entre otros, D. LEBEAU/M.L.NIBOYET, «Regards croisés...», cit., p.9.

tiene el Reglamento la posibilidad de un uso desviado de la información obtenida se reduciría considerablemente. Pero ¿sería de aplicación el Reglamento en el presente caso?

La respuesta debería ser afirmativa ya que concurren elementos que supondrían la aplicación del Reglamento –obviando, claro está, el que no estaba plenamente en vigor en el momento de plantearse-. Sin embargo, esto no es así⁴⁸.

Como hemos advertido anteriormente, como condición para la aplicación del Reglamento es necesario que nos encontremos ante una actuación de cooperación judicial internacional, si se quiere, ante la práctica de una prueba transfronteriza. En la relación de hechos que conocemos en ningún momento se plantea que un juez deba desplazarse al Estado donde esté localizada la prueba o haya solicitado al juez de situación la práctica de la misma. En el presente asunto se solicita la práctica de una prueba al juez del lugar donde está situada la prueba. En su caso ésta servirá bien para plantear un litigio en otro Estado bien para ser utilizada en él como prueba. Así, el problema que finalmente se plantearía es el de la posible eficacia de la prueba practicada en el extranjero y no sobre los cauces de cooperación para su práctica. En tal caso, volveríamos a la cuestión de la posibilidad de utilizar las reglas de reconocimiento y ejecución contenidas en el Convenio de Bruselas a este tipo de resoluciones.

Así, en el caso que nos ocupa, no habría concurrencia de normas y, por tanto, resulta superflua cualquier consideración sobre los principios para la resolución de un conflicto positivo de reglas aplicables.

No obstante, después de las consideraciones más genéricas que hemos hecho, tal vez sea conveniente abordar dos afirmaciones contenidas en la Sentencia y que hacen referencia a la aplicación del Reglamento y a la concurrencia de éste con el Convenio de Bruselas.

La primera de estas afirmaciones es la que hace referencia a las ventajas de la aplicación del Reglamento sobre todo en lo que se refiere a las garantías procesales para el testigo.

El Reglamento 1206/2001 es aplicable para la obtención de pruebas en el extranjero. En él se establecen mecanismos para que tal fin se alcance, sea por los cauces de la cooperación judicial tradicional, en la que un juez ajeno al litigio principal colabora con otro, sea por la obtención directa de la prueba por el juez que conoce del litigio principal, o personal por él designada. Ciertamente es que también se incluyen algunas

⁴⁸ Véase L. CARBALLO PIÑEIRO, «La actividad preparatoria de un Litigio internacional: de las diligencias preliminares a la pre-trial discovery (Los interrogantes que suscita la STJCE St Paul Dairy Industries NV C. Unible Exser BVBA)», *Diario La Ley. Unión Europea*, núm. 6370, de 30 de noviembre 2005.

indicaciones sobre el contenido de las peticiones, el idioma, los plazos o las causas de rechazo. En ningún caso, a nuestro juicio, se establecen garantías específicas para ninguna modalidad probatoria. Las únicas garantías previstas son las de los ordenamientos nacionales aplicables. Sí es cierto que el Reglamento puede considerarse que es una herramienta útil para que la tutela judicial de los litigantes sea más efectiva.

Respecto al asunto de la concurrencia normativa y el criterio para determinar la aplicación de las normas, debemos señalar que en el caso que nos ocupa tal no es posible ya que cada norma posee un ámbito de aplicación bien definido. Así, el Convenio de Bruselas puede ser aplicable a las medidas de aseguramiento de prueba, pero no a la prueba, y el Reglamento 1206/2001 se aplica a la prueba y no a las medidas de aseguramiento⁴⁹. La conclusión a que nos conducen las afirmaciones anteriores es que medidas de aseguramiento y prueba, aunque conectadas entre sí, poseen ámbito de actuación distinto y que opera en paralelo lo que impide la posible aplicación concurrente de normas.

Para concluir, a la misma solución llegaríamos si se aplicase el Convenio de La Haya de 1970. En efecto, el Convenio de La Haya sólo prevé la práctica anticipada de la prueba como medio para asegurar la prueba en un proceso futuro o incoado (art. 1 pfo. 2º) y no a la adopción de medidas cautelares o provisionales para su protección, excluidas expresamente (art. 1 pfo. 3º). En este caso, de nuevo el Convenio de Bruselas sería el cauce para la adopción de medidas de aseguramiento de prueba lo que, a su vez, supondría que tampoco en este caso cabría plantear un conflicto positivo de competencias porque no hay una coincidencia en el objeto de referencia⁵⁰.

IV. CONCLUSIONES

Tras las consideraciones hechas a lo largo de este trabajo que pueden conducir a entender un tanto desenfocado el planteamiento y la resolución del presente asunto podemos concluir, en primer lugar, que la apreciación que hace el Tribunal de Justicia nos parece perniciosamente influida por su posición contraria a que las instituciones procesales del «*common law*» tengan cabida en las normas procesales comunitarias, como recientemente se ha puesto de manifiesto en los asuntos Turner y Owusu.

⁴⁹ En este sentido, J. VON HEIN, «Verordnung (EG) Nr 1206/2001 des Rates von 28.Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf den Gebiet der Beweisaufnahme in Civil- oder Handelssachen» en AA.VV., *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, Sellier. European Law Publishers, 2003, p.872 (§12)

⁵⁰ En contra de esta opinión, P. JIMÉNEZ BLANCO, «Cooperación internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos de propiedad intelectual», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. 0, 2000, p. 293.

En segundo lugar, creemos que se ha desaprovechado la ocasión para descartar la aplicación del Convenio de Bruselas para materias como la prueba. Ello, claro está, sin eliminar la posibilidad de utilizarlo cuando la actuación solicitada en relación con la prueba tenga naturaleza cautelar, como correctamente indicó, el Abogado General.

Por otra parte, de no haberse partido de un presupuesto «defensivo» (erradicar el «*pre-trial discovery*» de las normas comunitarias) también podría haberse aprovechado la ocasión para definir con mayor precisión la ubicación de la prueba anticipada en las normas comunitarias, ya en el Reglamento 1206, ya en el Convenio de Bruselas (o en su sucesor, el Reglamento 44/2001). Ello, además, hubiese servido para evitar plantearse una posible concurrencia de normas, lo que justificaría, de nuevo, que el Tribunal debiese haber puesto un poco más de cuidado en la resolución de este asunto

Por último, a nuestro juicio se ha desaprovechado una buena oportunidad para abordar cuestiones clásicas en relación con la prueba, el Convenio de Bruselas y las medidas de aseguramiento de prueba.

El presente trabajo se concluyó el día 29 de septiembre de 2005 y fue revisado con fecha 22 de diciembre.