

TRATAMIENTO DE LA APLICACIÓN FACULTATIVA DEL REGLAMENTO 1206/2001 SOBRE OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LA UE*

MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid*

Recibido: 10.07.2013 / Aceptado: 15.07.2013

Resumen: Recientemente el Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión sobre la aplicación -facultativa o no- del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en el extranjero. Los asuntos Lippens y ProRail han permitido perfilar los elementos que deben tenerse en cuenta para la aplicación del citado texto. Indirectamente también se incide en la resolución de una cuestión similar planteada entorno al Convenio de La Haya de 1970, su antecesor.

Palabras clave: Reglamento 1206/2001, obtención de prueba en el extranjero, aplicación facultativa, testigos, perito.

Abstract: Recently the Court has addressed the question of whether or not the optional application of Regulation 1206/2001 on the taking of evidence abroad. ProRail and Lippens issues and helped to develop the elements to be taken into account for the application of this text. Also indirectly affects the resolution of a similar issue raised around the Hague Convention of 1970, the predecessor.

Palabras clave: Regulation 1206/2001, taking of evidence abroad, optional application, witnesses, expert.

Sumario: I. Introducción. II. Los asuntos Lippens y ProRail. 1. Asunto Lippens. 2. Asunto ProRail. III. Pero ¿tiene –o no– carácter facultativo el Reglamento sobre obtención de pruebas? En su caso ¿a qué y cuándo se aplica?. 1. De la aplicación facultativa del Convenio de La Haya a la aplicación facultativa del Reglamento. 2. ¿A qué y cuándo se aplica el Reglamento 1206/2001?. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Recientemente el TJUE ha resuelto dos cuestiones prejudiciales en las que se discutía la naturaleza de la aplicación del Reglamento 1206/2001¹ ¿es un instrumento preceptivo o, por el contrario, meramente facultativo?

A pesar de que la posición del Tribunal es clara en ambos asuntos –en la que se decanta por el carácter facultativo del texto– a nuestro juicio, el punto central de la se encuentra en la determinación de

* El presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «Daños especiales internacionales». Referencia DER 2009-11702 (Subprograma JURI) y fue concluido el día 11 de julio de 2013.

¹ Reglamento (CE) núm. 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 174, 27 junio).

los supuestos a los que les serían de aplicación el Reglamento— o cualquier otra norma para la obtención de pruebas en el extranjero²- y, en su caso, el carácter de éste³.

2. No es casual que en materia de obtención de pruebas en el extranjero se plantee de nuevo su naturaleza obligatoria o no, en este caso, del Reglamento. No debemos olvidar que éste se elabora a partir del Convenio de La Haya de 1970⁴ —a pesar de que el Reglamento pretende superarlo por lento, inseguro y caduco—. En buena medida, el debate trae causa del mantenido entorno al texto de La Haya, desconociendo, sin embargo, que uno y otro instrumento poseen un funcionamiento distinto. Sería conveniente, por tanto, recordar la polémica en torno al carácter del Convenio de La Haya para entender una parte de los argumentos que se utilizan en la misma dirección del carácter facultativo del Reglamento de prueba.

II. Los asuntos Lippens y ProRail⁵

3. Si bien con anterioridad se habían planteado ante el Tribunal de Justicia asuntos relacionados con la obtención de pruebas en el marco de procedimiento intracomunitarios, relacionados o no con la aplicación del Reglamento sobre prueba⁶, no hay un pronunciamiento sobre el carácter de éste hasta la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 6 de septiembre de 2012 en el asunto C-170/11, Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens, *et al* c. Hendrikus Cornelis Kortekaas, *et al.* y Ageas NV, anteriormente Fortis NV (en adelante asunto Lippens). Cuatro meses más tarde, se dictaría la segunda sentencia (21 de febrero de 2013) en el asunto C-322/11, ProRail BV y Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV y Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV (en adelante, asunto Prorail).

1. Asunto Lippens

4. En el origen del asunto Lippens se encuentra el proceso judicial iniciado por algunos inversores tras la nacionalización del banco Fortis por Bélgica, Holanda y Luxemburgo en septiembre de 2008 y la apertura de distintos procesos de insolvencia y venta de los departamentos de seguros e inversiones.

5. El 3 de agosto de 2009, Kortekaas *et al*, tenedores de valores mobiliarios de Fortis interpusieron una demanda ante Rechtbank Utrecht (Países Bajos) contra Lippens *et al.*, miembros de la dirección

² Como veremos en algunos casos en los que se ha discutido sobre la aplicación o no de una norma para la obtención o práctica de una prueba en el extranjero, en realidad, se debería haber discutido sobre la inclusión o no en el ámbito de aplicación de la norma de un determinado supuesto.

³ Obviaremos la cuestión del carácter exclusivo o no de las normas mencionadas. Consideramos que, *a priori*, ningún instrumento tiene carácter exclusivo para la obtención de la prueba en el extranjero puesto que, casi siempre, cabe utilizar otros cauces. Sin embargo, este carácter facultativo (no exclusivo) puede —y suele confundirse— con el carácter obligatorio de los instrumentos internacionales/europeos. En este sentido, véase, por ejemplo, A. NUYTS, «Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves: un instrument exclusif?», *Revue Critique de Droit international privé*, 2007, pp. 53 ss.

Sin embargo, a nuestro juicio, el Reglamento 1206/2001 tiene una clara voluntad de exclusividad cuando concurren todos los elementos para su aplicación. En este sentido, con un tratamiento más amplio, véase M.J. ELVIRA BENAYAS, «La disciplina de la obtención de pruebas en el ámbito internacional», en L.F. CARRILLO POZO/M.J. ELVIRA BENAYAS, *Instrumentos Procesales de la UE. Los Reglamentos sobre notificación y obtención de pruebas*, ed. Comares, 2012, pp. 136-138.

⁴ Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE de 25 de agosto de 1987).

⁵ Las sentencias comentadas así como las Conclusiones del Abogado General citadas en este trabajo pueden consultarse en <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>.

⁶ Con anterioridad a este asunto se planteó un cuestión prejudicial similar, la C-99/95, en el asunto *Saueressig GmbH & Co. v. Forbo-Krommenie BV, Hoge Raad*, presentada en el Registro el 22 de abril de 1996, que fue finalmente archivada (DO núm. C 137, 3 de junio de 1995). En ella se preguntaba al Tribunal si un procedimiento holandés de práctica de prueba anticipada de testigos, previa al inicio de un proceso, estaría incluida o no en el art. 24 CB.

Igualmente destacar la Sentencia del TJCE, de 25 de abril de 2005, asunto C-104/03, *St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA* y el asunto C-175/06, *Alessandro Tedesco c. Tomasoni Fittings Srl, RWO Maritime Equipment*, archivado el 27 de septiembre de 2007, si bien se contamos con las Conclusiones de la Abogada General Kokott, de 18 de julio de 2007.

de Fortis y contra la propia sociedad. En su reclamación solicitaban la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la conservación de dichos valores en consideración a la información difundida públicamente en los años 2007 y 2008 por Lippens *et al.* sobre la situación financiera y los dividendos que iba a repartir Fortis en 2010⁷. El tribunal holandés aceptó su competencia (9 agosto 2009) y solicitó el interrogatorio provisional (25 noviembre 2009) de Lippens *et al.* en calidad de testigos de los responsables de la entidad en el momento de la nacionalización para obtener aclaraciones sobre la información difundida y del modo de conocerla por parte de los demandantes «precisando que el interrogatorio sería efectuado por un juez delegado nombrado a tal efecto» (§17 de la sentencia).

6. El 9 de diciembre de 2009, Lippens *et al* solicitaron ante el tribunal holandés «que se expidiera una comisión rogatoria para prestar declaración ante un juez francófono en Bélgica» ya que entendían que, de otro modo, se les situaría en una posición de indefensión⁸. Esta petición fue rechazada mediante Auto de 3 de febrero de 2010 (§18 de la sentencia), y también en apelación, porque el tribunal se basaba en lo previsto en el Código de procedimiento civil holandés (art. 176.1 WBR) que permite, pero no obliga, al uso de una comisión rogatoria (§19 de la sentencia).

7. Las dudas sobre la aplicación del Reglamento de prueba conducen al Hoge Raad Nederlanden a la suspensión del procedimiento y a plantear la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el Reglamento [nº 1206/2001] y, en particular, su artículo 1, apartado 1, en el sentido de que el juez que quiera interrogar a un testigo que reside en otro Estado miembro siempre debe hacer uso, para esta modalidad de obtención de pruebas, de los procedimientos establecidos en dicho Reglamento, o bien está facultado para hacer uso de los procedimientos previstos en su propio Derecho procesal nacional, tal como citar al testigo para que comparezca ante él?»

2. Asunto ProRail

8. En noviembre de 2008, un tren de mercancías procedente de Bélgica y con destino en Países Bajos descarriló en Ámsterdam (Países Bajos). Como consecuencia de este accidente se iniciaron procedimientos judiciales tanto ante tribunales belgas como holandeses. Ante estos, ProRail planteó una demanda con el fin de resarcirse en los posibles daños y perjuicios sufridos por la red ferroviaria holandesa.

9. No es, sin embargo, en el litigio anterior donde se encuentra el origen de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia que vamos a comentar, sino en el procedimiento iniciado ante los tribunales belgas en febrero de 2009 para la adopción de ciertas medidas cautelares que enfrenta a ProRail, Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV y Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV, todas ellas relacionadas con el accidente.

10. ProRail, sociedad con domicilio en Utrecht (Países Bajos) se encarga de la gestión de la mayor parte de las vías férreas holandesas. Ésta celebra contratos con empresas de transporte ferroviario como DB Schenker. Ésta también tiene su domicilio en Utrecht y se dedica al transporte ferroviario para lo cual utiliza vagones que en 2001 fueron arrendados a SNCB, sociedad con domicilio en Bruselas (Bélgica).

⁷ Recientemente (13 de noviembre 2012), Europa Press informaba de la propuesta de sanción (multa de 1,65 millones de euros) por la autoridad supervisora de mercados belga (FSMA) a Fortis (ahora Ageas) y tres de sus directivos (Mittler, Votron y Verwils –este no está presente en el asunto Lippens, que se comenta–) por haber difundido información engañosa sobre Fortis en 2008.

⁸ Podría afirmarse que el tribunal holandés se dirigió a los testigos para «poder apreciar mejor su posición, en particular contra quién se debe dirigir la demanda». 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 Saueressig) 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, en el asunto St. Paul Dairy, § 9). Pese a que se presenta en segundo lugar, es éste el centro de la argumentación para justificar la exclusión del examen de testigos en el art. 24 del Convenio.

Conforme a lo indicado por Schenker y SNCB, a partir de mayo de 2008 la condición de arrendador de los vagones la asumió Xpedys, sociedad con domicilio en Bruselas.

Por su parte, FAG, tiene su domicilio social en Schweinfurt (Alemania) es se ocupa de la fabricación de piezas de vagones dedicados al transporte ferroviaria.

11. En el mencionado procedimiento ante el tribunal mercantil de Bruselas (Rechtbank van koophandel te Brussel), Schenker solicitó que Xpedus y SNCB, en calidad de arrendatarias de parte de los vagones que se vieron afectados en el accidente, fueran citadas para comparecer ante el mencionado órgano jurisdiccional en el marco de un procedimiento de medidas cautelares cuyo fin era la designación de un perito. ProRail y FAG también participaron en éste.

Por su parte, ProRail pidió que el tribunal declarase infundada la pretensión del nombramiento del perito o, en el supuesto de que fuese designado, que limitase su labor a la comprobación de los daños sufridos por los vagones, descartando el peritaje de la red ferroviaria holandesa y que el perito desarrollase su labor conforme a lo previsto en el Reglamento 1206/2001.

12. En mayo de 2009 el tribunal belga admite la pretensión de Schenker y designó al perito, definiendo el ámbito de su labor que le obligaría a trasladarse a los Países Bajos, ya que en su territorio podría evaluar las causas del accidente, el deterioro sufrido por los vagones accidentados y la magnitud de los daños. Igualmente se le encomendó que evaluase la red e infraestructura ferroviaria holandesa gestionada por ProRail.

Asimismo, se le encargó la tarea de identificar al fabricante de determinados elementos técnicos de los vagones y pronunciarse sobre el estado de mantenimiento de los mismos.

13. ProRail interpuso recurso de apelación contra dicha resolución con el fin de que declarase infundado el nombramiento del perito o, en su caso, que la labor del perito belga se limitase a Bélgica o, si hubiese que desarrollarse en los Países Bajos, que la llevase a cabo conforme lo previsto en el Reglamento 1206/2001.

Desestimado el recurso, ProRail presentó recurso de casación contra la decisión invocando la infracción de los arts. 1 y 17^o del Reglamento 1206/2001 así como del art. 33 del Reglamento 44/2001¹⁰.

14. La Hof van Cassatie belga solicitó que se esclarecieran, en primer lugar, si un tribunal de un Estado miembro que considerase conveniente proceder directamente a la práctica de alguna diligencia de prueba en otro Estado miembro debería solicitar previamente a las autoridades de éste una autorización en virtud de los arts. 1 y 17 del Reglamento 1206/2001. Y, en segundo lugar, si el art. 33 del Reglamento 44/2001 tendría relevancia en el presente asunto.

Por ello suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

⁹ En relación con la utilización de este precepto, véase «Study on the application of articles 3 (1) (C) and 3, and articles 17 and 18 of the Council Regulation (EC) n° 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the Courts of Members States in the Taking of evidence in civil or commercial matters» preparado por la Comisión Europea de Junio de 2012. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/civil/files/final_report_1206_en.pdf.

¹⁰ 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 (DO núm. L 12, de 16 de enero).

Resulta llamativo comprobar que en los recursos y alegaciones de ProRail se mencionan los arts. 31 y 33 del Reglamento 44/2001 pero en la cuestión que se plantea ante el Tribunal sólo aparece la referencia al art. 33 que resulta un tanto fuera de contexto ya que en ningún momento se plantea un hipotético reconocimiento de una medida cautelar. La referencia al art. 33 se considera en la sentencia como «irrelevante» (§39).

En las Conclusiones del Abogado General parece estar más clara la cuestión que se quiere exponer en la línea del debate planteado en torno al asunto St. Paul Dairy: entiende ProRail que al tratarse de una actuación vinculada con la adopción de medidas cautelares el cauce sería el art. 31 del Reglamento 44/2001. Sin embargo, el solicitante obvia que la cuestión no es ésta sino la de la práctica anticipada de una prueba pericial para poder adoptar (o no) ciertas medidas cautelares, accesorias a un procedimiento principal y que existen divergencias considerables entre ambos casos (§ 38).

«¿Deben interpretarse los artículos 1 y 17 del Reglamento [nº 1206/2001], teniendo en cuenta, en particular, la normativa europea en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el principio consagrado en el artículo 33, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno, en el sentido de que el juez que ordena una investigación pericial judicial, cuyo mandato debe ejecutarse parcialmente en el territorio del Estado miembro al que pertenece el juez, pero también parcialmente en otro Estado miembro, debe utilizar –para la ejecución directa de esta última parte– única y exclusivamente el método establecido en el artículo 17 del citado Reglamento, o puede también encomendarse al perito judicial designado por dicho país, al margen del Reglamento nº 1206/2001, una investigación que debe realizarse parcialmente en otro Estado miembro de la Unión Europea?».

III. Pero ¿tiene -o no- carácter facultativo el Reglamento sobre la obtención de prueba? En su caso ¿a qué y cuándo se aplica?

15. El elemento común en ambos asuntos y que nos sitúa ante el núcleo del debate sobre la obligatoriedad o no de utilizar el Reglamento se encuentra en la ausencia de solicitud de cooperación a un órgano jurisdiccional del lugar donde se sitúa la prueba y el uso de las normas internas para obtener material probatorio situado en otro Estado. Otro factor a considerar es la naturaleza de la actuación que se pretende. En ambos casos se está más próximo a las diligencias preliminares o a las medidas de aseguramiento de prueba que a la práctica de la prueba, en sentido estricto¹¹.

16. Para valorar la aplicación o no del Reglamento 1206/2001 a ciertos supuestos, debemos considerar, con carácter preliminar, algunas cuestiones que tendrán incidencia directa en la respuesta que debemos dar. Así, para determinar si estamos ante una prueba o no debemos valorar dos situaciones en las que el material probatorio se encuentre localizado en el extranjero: la primera en la que objetos, sujetos o situaciones sobre las cuales, en el momento procesal oportuno, pueda desarrollarse la actividad probatoria y que sirven para verificar la existencia de los hechos alegados por las partes que son el objeto de la prueba se encuentren en el extranjero; y, una segunda, en la que se ejecutan en el extranjero una serie de actuaciones procesales encaminadas a aquella verificación, que han de respetar ciertos límites (pertinencia, utilidad y licitud), ciertas garantías, según el medio de prueba utilizado, y que se lleva a cabo en un concreto momento del proceso, incluso, en determinadas circunstancias, con anterioridad a su inicio –pensemos en la práctica anticipada de prueba, por ejemplo–. En el primer caso nos referimos al «material probatorio» y, en el segundo, a la prueba, *sensu stricto*. Esta distinción no es baladí.

En efecto, la prueba es un acto formal que sólo puede practicarse en un lugar determinado, por un sujeto concreto y conforme a un ordenamiento específico. Por su parte, el material probatorio puede circular, trasladarse a otro lugar, en el que la prueba pueda practicarse. En otras palabras, el material probatorio puede estar localizado en el extranjero y, sin embargo, la prueba ser calificada como «inter-na». Para ello es preciso que las partes o los terceros (en nuestro caso, testigos o peritos) se desplacen o trasladen voluntariamente el material objeto de la prueba a otro Estado.

17. La posibilidad del traslado «voluntario» se vea reforzada por la facultad de los tribunales de dicho Estado de utilizar la coerción, directa o indirectamente, frente a los sujetos que posean el referido material probatorio o quienes deban prestar su testimonio. Esto será posible si aquéllos están sometidos,

¹¹ Entendida como una actuación procesal que tiene lugar en un momento concreto del procedimiento, conforme a ciertos límites y con un contenido específico. Así, por ejemplo, conforme a la LEC la prueba debe practicarse en el modo previsto en el art. 289, usar los medios de prueba contenidos en los arts. 300 y ss. - con carácter general- y arts. 752, 759 y 767 LEC, para los procedimientos especiales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores y realizar la proposición de prueba en el momento previsto en el art. 429 LEC. Cualquier otra actuación que no se ajuste a lo indicado podrá tener una naturaleza probatoria e incluso tratarse de un modo análogo pero no será, en sentido estricto, una prueba.

de algún modo, a su jurisdicción. Con todo ello, desaparecería el elemento heterónimo y la prueba se practicaría en el Estado donde se desarrolla o puede desarrollarse el proceso¹². En tal caso, la cooperación judicial internacional no procede porque no se requiere ni de la colaboración ni de la autorización para actuar en el territorio de otra jurisdicción. En el art. 1.1 del Reglamento de prueba se indica que será de aplicación «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite...». Por tanto, este texto se utilizará en el supuesto de que exista una solicitud por parte de un órgano jurisdiccional, tanto para la fórmula tradicional de obtención de prueba en el extranjero como para la novedosa obtención directa de la prueba. En ambos casos existe una petición previa de colaboración. Cabe deducir, por tanto, que si no hay solicitud no se activa la aplicación del Reglamento.

18. Pero nada de lo anterior es novedoso: con el antecesor del Reglamento, el Convenio de La Haya de 1970 ya se planteó esta cuestión, que aún hoy sigue vigente¹³. A pesar de que el Reglamento se presenta como un instrumento que supera las ineficiencias del Convenio y que abandona el uso tradicional de las comisiones rogatorias y las sustituye por una solicitud y unos formularios que simplifican su transmisión y las posibles incidencias que se produzcan en la petición y en la ejecución de la prueba solicitada, en su aplicación, se traslada el debate al instrumento comunitario¹⁴.

1. De la aplicación facultativa del Convenio de La Haya a la aplicación facultativa del Reglamento.

19. La idea original sobre la aplicación facultativa de los instrumentos para la obtención de pruebas en el extranjero se construye a partir del art. 27 del Convenio de La Haya de 1970. Su predecesor, el Convenio de La Haya de 1954 no sugirió esta posibilidad consecuencia de estructura de funcionamiento mediante convenios bilaterales complementarios que marcaban su aplicación obligatoria¹⁵.

¹² Esta opción también se contempla en otros instrumentos europeos. Así ocurre, por ejemplo, en relación con el Reglamento 1393/2007 y su antecesor 1348/2000 (respectivamente *DO* núm. L 160, 30 junio 2000 y *DO* núm. L 324, 10 diciembre 2007) y las Declaraciones sobre el mismo de Grecia, Portugal y Reino Unido, contenidas en la Decisión de la Comisión de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DO* núm. L 298, 15 noviembre 2001).

¹³ Véase, por ejemplo, *Document préliminaire No 10 de décembre 2008 à l'intention de la Commission spéciale de février 2009 sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye Apostille, Notification, Preuves et Accès à la Justice* 10 de décembre 2008 - Le caractère obligatoire ou non obligatoire de la Convention Preuves, en <http://www.hcch.net/upload/wop/2008pd10f.pdf>.

Por su parte, en las Conclusiones de la Comisión especial de febrero de 2009 (http://www.hcch.net/upload/wop/jac_concl_s.pdf) la cuestión queda sin resolver constatándose la divergencia de posiciones pero la escasa incidencia en la aplicación del Convenio (§53).

¹⁴ Resulta interesante las consideraciones de la Abogada General J. Kokott, en las Conclusiones de 2 de septiembre de 2010, asunto C-283/09, Weryński c. Mediatel 4B Spółka en: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es> donde señala que para entender algunas disposiciones del Reglamento de prueba podría utilizarse el Convenio de 1970 «con fines interpretativos» (§60).

¹⁵ En lo que afecta a nuestro país, véase el Acuerdo entre España y Francia, adicional al Convenio de La Haya de 1 marzo 1954 relativo al procedimiento civil, de 19 de febrero de 1968 (*BOE* de 11 de mayo); los arts. 3 a 19 del Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, de 22 de mayo de 1973 (*BOE* de 15 de noviembre de 1977); Convenio entre España y la República de Austria, complementario del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil, de 14 noviembre 1979 (*BOE*, 8 agosto 1981); así como los arts. 4 a 15 del Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y *Checoslovaquia*, de 4 de mayo de 1987 (*BOE* de 3 de diciembre de 1988; corr. err., 26 de enero de 1989); Capítulo II del Convenio sobre asistencia judicial en materia civil entre España y la *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, de 26 de octubre de 1990 (*BOE* de 25 de junio de 1997); Convenio complementario del Convenio de 1954, entre España y Rumanía, de 17 de noviembre de 1997 (*BOE* de 7 de mayo de 1999); y Convenio entre España y Portugal sobre cooperación en materia penal y civil, de 10 de noviembre de 1999 (*BOE* de 21 de enero de 1999).

Tras el Reglamento 1206/2001 resulta difícil defender la vigencia de los convenios bilaterales celebrados con entre España y los Estados Miembros dado que el art. 21.1 del mismo establece su prevalencia sobre acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales si bien sí permite la celebración de otros nuevos encaminados a facilitar la obtención de pruebas «siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento (art. 21.2).

20. El art. 27 del texto de 1970 establece:

«Las disposiciones del presente Convenio no impedirán que un Estado contratante:

- a) (...)
- b) Permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, ejecutar en condiciones menos restrictivas los actos a que dicho Convenio se aplique.
- c) Permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, métodos de obtención de prueba distintos de los previsto por el presente Convenio.»

Por distintas circunstancias asociadas al desarrollo de la elaboración del Convenio de 1970 y a su aplicación práctica, este artículo sirvió a la jurisprudencia y a la doctrina norteamericana, principalmente, para eludir la aplicación del Convenio en aras a una mayor efectividad y rapidez en la obtención de pruebas situadas en el extranjero. Así se entendió que el Convenio, por voluntad propia –por tanto, por su aplicación– se desplazaba cuando hubiese un mecanismo interno más beneficioso para el cumplimiento sus fines¹⁶ y que, por tanto, aun siendo de aplicación, su uso sería facultativo¹⁷. El asunto *Aérospatiale*¹⁸ es el paradigma de esta interpretación.

21. Por su parte, el Reglamento 1206/2001 no contiene esta regla flexibilizadora sino que arranca de una posición más rígida con la intención de canalizar a través de él todos los supuestos de práctica de la prueba cuando se solicite por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y deba practicarse en el territorio de otro Estado miembro. Tiene una clara voluntad de exclusividad, o dicho de otro modo, de su utilización obligatoria cuando concurren todos los requisitos para su aplicación, incluso cuando se utilice la posibilidad prevista en el art. 21.2 que permite los acuerdos y convenios entre dos o más Estados para la mejora en la obtención de pruebas «siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento».

22. Con los datos anteriores podemos concluir que pese a la proximidad entre ambos textos no pueden utilizarse los mismos argumentos para justificar el debate en uno y otro caso sobre el carácter facultativo o no de los instrumentos. Pero, además, es que tal debate es artificioso porque para excluir la aplicación del Convenio o del Reglamento utiliza supuestos ajenos a ambos. Estos parten de la necesidad de la cooperación judicial para la obtención de pruebas e ignoran otras opciones.

2. ¿A qué y cuándo se aplica el Reglamento 1206/2001?

23. Ya hemos adelantado que, a nuestro juicio, una parte de los problemas sobre la naturaleza del Reglamento se explica por la ausencia de una idea clara de la aplicación del Reglamento. Por ejemplo, existen dudas sobre qué es una «diligencia de obtención de pruebas», -como lo puso de relieve el citado asunto *Paul Dairy-*, quién puede utilizarla (si cabe o no su uso por árbitros) o si puede o no utilizarse por un perito judicial, como ocurre en el asunto *ProRail*. No son menores estas cuestiones porque la mayoría de las veces que se ha planteado su uso o no, o el modo de hacerlo, en realidad, había un problema de delimitación del ámbito de aplicación del mismo.

¹⁶ Entre otras, véanse las sentencias de la *Superior Court Stamford/Norwalk, District State of Connecticut*, de 22 de julio de 1982, en el asunto *Cuisinarts Inc v. Robot Coupe* y *Court of Appeal, First District, State of California*, de 23 de septiembre de 1981, en el asunto *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court*, ambas en *Les nouvelles Convention de La Haya (leur application par le juge nationaux)*, M. SUMMAMPOW (ed.), La Haya, 1984, vol. III, p. 164 y 166, respectivamente.

¹⁷ Véase un tratamiento mucho más en profundidad sobre los orígenes del debate en M.J. ELVIRA BENAYAS, *La obtención de pruebas en el extranjero. Estudio sobre el Convenio de La Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, inédita, Madrid, 1997, pp. 133 y ss.

¹⁸ Véase 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.

24. El artículo 1 del Reglamento establece que «será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de conformidad con su ordenamiento jurídico interno» solicite «la práctica de diligencias de obtención de pruebas». Junto a la delimitación de dicho ámbito material de aplicación este precepto establece los cauces para su obtención. A ellos nos referiremos posteriormente.

Así, los elementos que definen los supuestos a los que se les aplica el Reglamento serían: 1º que se solicite una diligencia de prueba; 2º que se solicite y deba ser practicada por un órgano jurisdiccional; 3º que el anterior pertenezca a un Estado miembro; 4º que se trate de materia civil o mercantil; y, 5º que esté destinada a un proceso iniciado o que vaya a iniciarse.

25. Para alcanzar la concreción de varios de los elementos mencionados es necesario elegir entre una noción autónoma o si han de ser los ordenamientos nacionales los que definan cada uno de ellos. Pese a iniciales discrepancias, parece que la opción autónoma no sólo es la más coherente en la formación de un Derecho procesal civil europeo sino que, además, es la que más apoyos ha suscitado. Se opta por una noción autónoma la que perfila qué son diligencias de prueba, cuándo se refiere a materia civil y mercantil, qué se entiende por órgano jurisdiccional para su uso o cuando existe una solicitud de cooperación¹⁹.

26. Por lo que se refiere a las sentencias que analizados, en el asunto Lippens se requiere el testimonio de unos –en el momento de la prueba– testigos que son llamados para su traslado voluntario ante juez que conoce del asunto principal. En él no se han delimitado aún las responsabilidades y la audiencia de testigos se realiza como una diligencia preliminar para definir la responsabilidad o no en el asunto y, por tanto, para determinar la posición que se ocupará en el proceso principal, bien manteniendo la posición de testigo bien pasado a ser demandado.

Por su parte, en el asunto ProRail se pretende la práctica de una prueba por un perito designado por el juez que está conociendo del asunto principal para que realice una serie de labores destinadas a determinar la responsabilidad pero también evitar que el paso del tiempo deteriore la prueba (medida de aseguramiento/prueba anticipada). En ambos casos, se pretende evitar el uso del Reglamento.

27. En el primero, el Tribunal entiende que el Reglamento se aplica a los procedimientos de obtención de pruebas precedidos de una solicitud por el órgano jurisdiccional requirente para la ejecución de una diligencia de obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido (§ 26), «el Reglamento 1206/2001 no contiene ninguna disposición que permita o impida a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a citar a una parte residente en otro Estado miembro, para que comparezca y preste declaración directamente ante él» (§27) por lo que, nada impide el uso de las normas procesales nacionales cuando el testigo está dispuesto a comparecer voluntariamente (§31).

En este mismo sentido se había pronunciado el Abogado General N. Jääskinen, en sus Conclusiones de 24 de mayo de 2012. En ellas señala que «sólo está obligado a aplicar los mecanismos previstos por el Reglamento 1206/2001 en determinados supuestos tasados» (§ 38) que «no tiene que regular la situación si el juez considera que puede obtener un medio de prueba (...) sin necesidad de utilizar una y otra de esas vías de acceso a las pruebas, es decir, sin que resulte necesario solicitar la intervención de las autoridades judiciales de dicho Estado miembro, ni desplazarse a éste» (§40). Concluye, «como la participación en el acto es, por tanto, voluntaria, no procede en ese caso aplicar los mecanismos de cooperación judicial previstos en el Reglamento 1206/2001» (§52).

28. Respecto del asunto ProRail, el Abogado General indicaba en sus Conclusiones de 6 de septiembre que «cuando no es necesario (...) recurrir al poder judicial de otro Estado miembro para obtener

¹⁹ Sobre el contenido de cada uno de estos elementos véase M.J. ELVIRA BENAYAS, «La disciplina de la obtención de pruebas en el ámbito internacional», cit., supra, pp. 153-169.

Véase, además, «Documento COM (2007) 769 final, de 5 de diciembre de 2007» elaborado a partir de las conclusiones obtenidas en el Informe sobre la aplicación del Reglamento: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/final_report_ec_1206_2001_a_09032007.pdf.

una prueba, no es obligatorio que un órgano jurisdiccional ordene la realización de las diligencias» (§49). Además, «si un órgano jurisdiccional no pretende recurrir a este método de cooperación judicial (...) no estará obligado a respetar las formalidades previstas en el art. 17 del Reglamento 1206/2001» (§50). Por tanto, «puede optar por nombrar al perito para que ejecute directamente esa última parte del mandato, bien acudiendo al procedimiento de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente establecido en el citado artículo 17, bien absteniéndose de aplicar las disposiciones de dicho Reglamento, siempre y cuando la realización de esa parte de la prueba pericial no requiera la cooperación de las autoridades del Estado miembro en la que deba realizarse» (§ 65). Por ello, sólo deberá aplicarse el Reglamento cuando concurren todos los requisitos previstos (ámbito de aplicación y solicitud de cooperación). Si no lo hacen difícilmente cabrá hablar de su uso facultativo o no pues, sencillamente, no procede su utilización²⁰.

29. Por todo ello, el Tribunal entiende que no cabe interpretar los arts. 1.1 y 17 del Reglamento con un carácter restrictivo según el cual «los tribunales de un Estado miembro están obligados a aplicar el procedimiento de obtención de pruebas previsto en los artículos citados» (§46), es más, «el Reglamento (...) no regula con carácter exhaustivo la obtención transfronteriza de pruebas, sino que únicamente pretende facilitar dicha obtención, permitiendo el recurso a otros instrumentos que persigan el mismo objetivo» (§46).

Sin embargo, en el presente caso, la actuación del perito «podría afectar, en determinadas circunstancias, al ejercicio del poder público del Estado miembro en el que debe llevarse a cabo, especialmente cuando se trata de una pericia efectuada en lugares relacionados con el ejercicio del poder público o en lugares en los que, en virtud del Derecho del Estado miembro en que haya de realizarse, esté prohibido el acceso o la realización de determinadas actividades o sólo se permitan a personas autorizadas» (§47). En estas circunstancias, utilizar el Reglamento «podría ser el único (modo) que permitiera al tribunal de un Estado miembro realizar la prueba pericial directamente» (§48). Pero esta es una consideración que deberá valorarse en cada caso.

En sus Conclusiones de 6 de septiembre de 2012, el Abogado General añade que «El criterio determinante para saber en qué caso el Reglamento 1206/2001 debe ser necesariamente aplicado por un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro es, a mi juicio, el relativo a la necesidad de que éste obtenga la colaboración, no de las partes del litigio, sino de los poderes públicos del otro Estado Miembro en el que debe realizarse el examen pericial» (§55).

IV. Conclusiones

30. Los dos asuntos que se comentan en este trabajo, tanto el asunto ProRail como el asunto Lippens, destacan el carácter instrumental y facultativo del Reglamento. Éste facilita la obtención de pruebas que deban practicarse en el extranjero y adecua el contenido de la misma para su integración en el proceso localizado en el Estado de origen.

Sin embargo, pueden existir fórmulas más rápidas que serán especialmente efectivas si el tribunal que requiere la práctica de la prueba ejerce o puede ejercer algún tipo de «presión» sobre quien deba aportar la prueba (documental, pericial) o sobre quien deba realizarse (testigo, parte). En el asunto Lippens, por ejemplo, el tribunal holandés llama a los testigos situados en Bélgica para que acudan «voluntariamente» puede adoptar decisiones que les afectarían de lleno por lo que conviene su traslado «voluntario». Cuando esto no es así, como en el presente caso, en el que cabe la limitación al acceso a ciertas instalaciones, y el que quien puede negarse a permitir dicho acceso no está sujeto directamente a la «coerción» del tribunal, el respaldo de un órgano jurisdiccional en el Estado requerido que pueda poner al servicio del perito sus medidas coercitivas resulta de suma utilidad. Para estas situaciones el Reglamento resulta un instrumento útil y como tal debe ser considerado.

²⁰ En contra, L. FUMAGALLI «L'assistenza giudiziaria nell'assunzione di prove all'estero», en M. FRIGO/L. FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, CEDAM, 2003, pp. 101-182. Señala que, en si la prueba está situada en el extranjero el uso de los mecanismo de cooperación no es opcional sino que «appare inevitabile e obbligatorio» su uso (p.107).

En principio, ni el Convenio de La Haya de 1970 ni el Reglamento son los únicos instrumentos para obtener pruebas en el extranjero. Sí lo son cuando se utiliza algunos de los medios previstos en ellos, sí lo son cuando se utilizan los mecanismos de la cooperación judicial en la que interviene un órgano jurisdiccional que solicita y otro que practica la prueba pero ningún instrumento tiene «carácter exclusivo» puesto que, casi siempre, cabe utilizar otros cauces. Sin embargo, esta la aplicación facultativa (no exclusiva) puede –y suele confundirse– con el carácter obligatorio de los instrumentos internacionales/europeos²¹.

31 . Para algunos, sin embargo, todo este debate está carece de relevancia pues el uso de la videoconferencia y la ventaja que supone de rapidez y economía de medios sin mermar el respeto a la inmediación y a la seguridad ha llevado a dar por superado el uso de los instrumentos de cooperación judicial internacional²². Tal afirmación olvida que si bien es cada vez más frecuente el uso de la videoconferencia o la teleconferencia no es una tecnología al alcance de todos –a pesar de la posible colaboración entre órganos jurisdiccionales–. Igualmente, esta afirmación olvida que la videoconferencia es una herramienta útil para las pruebas testificales o periciales pero no sirven para pruebas como la documental o la inspección ocular, entre otras.

²¹ En este sentido, véase, por ejemplo, A. NUYTS, «Le règlement communautaire...» cit., supra.

Una afirmación similar podemos encontrarla en P. DIAGO DIAGO, «Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales e los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad», *Revista Electrónica de Estudios internacionales* (www.reei.org), n.º 25, 2013, p. 13. La autora señala que «se puede afirmar, por tanto, que no es un Reglamento obligatorio» y que serán las circunstancias del caso y el Derecho procesal del tribunal que conoce del asunto el que determinará si la prueba debe practicarse o no en el extranjero. En nuestra opinión el razonamiento es a la inversa: el Derecho procesal del tribunal que conoce –o puede conocer de un asunto– determina si la prueba debe practicarse o no en el extranjero o si cabe la opción del traslado voluntario a su jurisdicción del material probatorio. Si no es posible, no hay voluntariedad o el Derecho procesal autónomo no prevé esta opción, entonces tendrá que solicitarse la práctica de la prueba en el extranjero mediante mecanismos de cooperación, en nuestro caso, a través del Reglamento.

²² Entre otros, J. L. PARRA GARCÍA, «La ejecución directa de pruebas por medios telemáticos. Hacia una superación del Reglamento UE 1206/2001, de obtención de pruebas en el ámbito civil o mercantil», en AA. VV, *Cuestiones prácticas en torno a los instrumentos de cooperación civil y su evolución legislativa: intercambio de experiencia*, G. FERRER AMIGO y A. GARMENDIA GUTIÉRREZ (eds.), Madrid, 2009, pp. 83y ss.