

LITISPENDENCIA Y DILIGENCIAS DE PRUEBA:
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA
DEL TJUE DE 4 DE MAYO DE 2017

LIS PENDENS AND MEASURES OF INQUIRY: SOME
REFLECTIONS ON THE ECJ JUDGMENT OF 4 MAY 2017

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Prof. Contratada Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla*

Recibido: 12.01.2018 / Aceptado: 26.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4144>

Resumen: En la Sentencia de 4 de mayo de 2017, asunto C-29/16, Hanse Yachts AG c. Port D’Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D’Azur y Compagnie Generali IARD SA, el Tribunal de Justicia establece que un documento por el que se inicia un procedimiento de prueba no puede considerarse un “escrito de demanda o documento equivalente”, a efectos de apreciar una situación de litispendencia y determinar cuál es el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en primer lugar, en el sentido de los artículos 27 y 30 del Reglamento (CE) n° 44/2001.

Palabras clave: litispendencia, concepto de escrito de demanda o documento equivalente, demanda de peritaje judicial.

Abstract: In its Judgment of 4 may 2017, in case C-29/16, Hanse Yachts AG c. Port D’Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D’Azur y Compagnie Generali IARD SA, the ECJ establishes that a document instituting proceedings for the taking of evidence cannot be regarded, for the purposes of assessing a situation of lis pendens and of determining which court is the court first seised within the meaning of articles 27 and 30 of Regulation (EC) n° 44/2001, as also being the document instituting the substantive proceedings.

Keywords: lis pendens, concept of document instituting the proceedings or equivalent document, proceedings for the taking of evidence.

Sumario: I. Litigio principal y cuestión prejudicial planteada. II. En el presente asunto: ¿Concurren los requisitos exigidos apreciar una situación de litispendencia? III. A efectos de la litispendencia: ¿Cuándo se entiende que un tribunal conoce de un litigio? ¿Cómo debe interpretarse el concepto de escrito de demanda o documento equivalente? IV. Cuestión no planteada al Tribunal: ¿Pueden considerarse las diligencias de prueba del artículo 145 CPC francés una medida provisional o cautelar?

*Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D+I DER 2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y de Competitividad.

I. Litigio principal y cuestión prejudicial planteada

1. Los hechos que dieron lugar al presente asunto son los siguientes: En abril de 2010 la sociedad Hanse Yachts, domiciliada en Greifswald (Alemania), vendió una embarcación a motor a la sociedad Port D'Hiver Yachting, domiciliada en Francia. Dicha embarcación fue entregada en Greifswald, localidad situada dentro de la jurisdicción territorial del Landgericht Stralsund (Tribunal Regional Civil y Penal de Stralsund, Alemania). Posteriormente fue trasladada a Francia, donde fue revendida a SMCA, sociedad domiciliada en este Estado.

El 1 de agosto de 2011, Hanse Yachts y Port D'Hiver Yachting celebraron un contrato de distribución que contenía una cláusula atributiva de competencia a favor de los órganos jurisdiccionales de Greifswald y que designaba el ordenamiento jurídico alemán como el derecho sustantivo aplicable. Además se establecía que dicho contrato sustituía entre las partes todos los acuerdos escritos u orales celebrados con anterioridad.

Como consecuencia de una avería en el motor de la embarcación, sobrevenida en agosto de 2011, SMCA presentó una demanda ante el Tribunal de Commerce de Marseille (Tribunal Mercantil de Marsella, Francia), en un procedimiento de medidas provisionales en el que la cédula de emplazamiento se entregó a Port D'Hiver Yachting el 22 de septiembre de 2011, a los efectos de solicitar que se ordenase un peritaje judicial anterior a cualquier procedimiento, sobre la base del artículo 145 del CPC (Código de Procedimiento Civil francés)¹. Asimismo se entregó una cédula de emplazamiento a Volvo Trucks France SAS, en su condición de fabricante del motor. En 2012, Generali IARD intervino en el procedimiento en cuanto aseguradora de Port D'Hiver Yachting.

El perito designado por el Tribunal de Commerce de Marseille emitió su informe el 18 de septiembre de 2014. El 15 de enero de 2015, SMCA demandó a Port D'Hiver Yachting, Volvo Trucks France SAS y Hanse Yachts ante el Tribunal de Commerce de Toulon (Tribunal Mercantil de Tolón, Francia), solicitando la reparación del perjuicio que afirma haber sufrido, así como el reembolso de los gastos generados por el procedimiento de peritaje judicial. La acción judicial contra Hanse Yachts se basaba en la garantía del fabricante por vicios ocultos.

Antes de haberse presentado la demanda ante el Tribunal de Commerce de Toulon, pero después de entregada la cédula de emplazamiento en el procedimiento ante el Tribunal de Commerce de Marseille, Hanse Yachts había presentado, el 21 de noviembre de 2014, una demanda declarativa negativa ante el Landgericht Stralsund solicitando que se declarase que Port D'Hiver Yachting, SMCA y Generali IARD no eran titulares de crédito alguno en su contra en relación con la embarcación de que se trata.

Al formular las demandadas en el litigio principal una excepción de litispendencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 30 de dicho Reglamento, está obligado a suspender el procedimiento, en cuanto tribunal ante el que se presentó la segunda demanda, hasta que quede establecida la competencia del Tribunal de Commerce de Toulon, tribunal ante el que se presentó la primera demanda, o si puede examinar el carácter fundado de la acción principal, como tribunal ante el que se presentó la primera demanda. A este respecto, considera que su decisión depende de si el documento por el que se inició el procedimiento de prueba ante el Tribunal de Commerce de Marseille constituye un “escrito de demanda o documento equivalente”, en el sentido del citado artículo 30, o si tal calificación corresponde únicamente al escrito mediante el cual se inició el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Toulon.

Para el órgano jurisdiccional remitente la solicitud de peritaje judicial anterior a cualquier procedimiento prevista en el Derecho francés y la acción sobre el fondo que le siguió presentan una unidad material, siendo la presentación de la demanda en cuanto al fondo una continuación de la resolución de un litigio existente entre las partes. Por ello, considera que se presentó en primer lugar ante los tribunales franceses la demanda entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa que en el procedimiento que se encuentra pendiente ante él.

¹ Dicho artículo dispone lo siguiente: “Si existe un motivo legítimo para asegurar o constituir, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos de los que pudiera depender la resolución de un litigio, podrán ordenarse las diligencias de prueba legalmente admisibles a petición de cualquier interesado, mediante demanda o en el marco de un procedimiento de medidas provisionales”.

2. En estas circunstancias, el Landgericht Stralsund decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“Cuando el Derecho procesal de un Estado miembro establece un procedimiento de prueba autónomo en el que se recaba un informe pericial a instancia del tribunal (en particular, el peritaje judicial, “expertise judiciaire”, del Derecho francés) y se tramita en ese Estado miembro tal procedimiento autónomo de prueba, iniciándose a continuación, en el mismo Estado miembro, un procedimiento contencioso (sobre el fondo) entre las mismas partes basado en los resultados del mencionado procedimiento de prueba:

¿Constituye en tal caso el propio escrito con el que se inició el procedimiento autónomo de prueba un “escrito de demanda o documento equivalente” en el sentido del artículo 30, punto 1, del Reglamento n° 44/2001? ¿O debe considerarse que el “escrito de demanda o documento equivalente” es el escrito mediante el cual se inicia el procedimiento contencioso?”²

En el presente procedimiento la Comisión formuló observaciones escritas y el Abogado General, Sr. H. Saugmandsgaard, presentó sus conclusiones el 26 de enero de 2017.

3. A nuestro juicio la respuesta a este caso, teniendo en cuenta la finalidad de las diligencias de prueba *in futurum* del Derecho francés, debía ser negativa por dos razones: de un lado, por la propia regulación de la litispendencia; y por otra parte, por el concepto y la finalidad del escrito de demanda o documento equivalente. Además, analizaremos una cuestión que, aunque no se planteó al Tribunal de Justicia, sí aparece apuntada en las conclusiones del Abogado General y que hace referencia a si pueden estar comprendidas en el concepto de medidas provisionales o cautelares del Reglamento n° 44/2001 las diligencias de prueba del artículo 145 CPC.

II. En el presente asunto: ¿Concurren los requisitos exigidos apreciar una situación de litispendencia?

4. En primer lugar, y como observación preliminar, hay que apuntar que el Tribunal de Justicia analiza la cuestión planteada sin prejuzgar la competencia judicial internacional de los dos órganos jurisdiccionales implicados en el caso (el Landgericht Stralsund y el Tribunal de Commerce de Toulon), no obstante las indicaciones proporcionadas por el órgano remitente y pese a las reservas formuladas por alguna de las partes que presentaron observaciones al TJUE.

En el caso de autos si bien Hanse Yachts parece haber invocado la competencia judicial internacional exclusiva de los tribunales alemanes en virtud del artículo 23 del Reglamento n° 44/2001, el órgano jurisdiccional remitente negó la existencia de dicho acuerdo de elección de foro y afirma basar su competencia en el foro del artículo 5.1 del Reglamento n° 44/2001 en materia contractual (lugar de entrega de la embarcación). Por su parte, la competencia de los órganos jurisdiccionales franceses se fundamentaría en el artículo 5.3 de dicho Reglamento, al haber ocurrido en ese país el hecho dañoso. Dudamos que la competencia del tribunal alemán pudiera basarse en el acuerdo de elección de foro puesto que éste se firmó con posterioridad, en el marco de un contrato de distribución y no puede tener efectos retroactivos respecto del contrato de venta concluido por las mismas partes³.

² Como la petición de decisión prejudicial se refiere a una acción judicial iniciada por Hanse Yachts el 21 de noviembre de 2014, se examina a la luz del Reglamento n° 44/2001 y no del Reglamento n° 1215/2012, aplicable desde el 10 de enero de 2015.

³ Además de este argumento la Comisión, en sus observaciones escritas, sostuvo que dicha cláusula no podía oponerse a SMCA, segunda demandada, que no tiene ninguna relación contractual con la demandante en el litigio principal.

Recuérdese que si la regla general para solucionar la litispendencia es el orden cronológico en la fecha de presentación de las demandas, una de las novedades introducidas en el Reglamento n° 1215/2012 es la del artículo 31, apartados 2, 3 y 4, cuando uno de los tribunales tiene competencia exclusiva en virtud de una cláusula atributiva de competencia. Este órgano jurisdiccional va a tener preferencia para decidir sobre su competencia judicial internacional, aunque la demanda se le hubiese planteado en segundo lugar. Con esta nueva solución se trata de evitar las prácticas procesales abusivas denominadas “*acciones torpedo*” (Sentencia TJCE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl). Para el estudio de la reforma véase entre otros, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16^a ed, Comares, Granada, 2016, pp. 308-311; R. FENTIMAN, “Lis pendens- related actions”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (ed), *European Commentaries on Pri-*

Cada uno de esos órganos jurisdiccionales deberá pronunciarse sobre su propia competencia a la luz de los hechos que dieron lugar al litigio principal, conforme a las reglas de competencia establecidas en el Reglamento. Tal y como afirma el TJUE, corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (motivos 23 y 24)⁴. Y tampoco puede el Tribunal pronunciarse sobre la interpretación exacta de una disposición del Derecho interno de un Estado⁵.

5. Hecha esta aclaración pasamos a analizar los requisitos que deben concurrir para que exista una situación de litispendencia y por qué el órgano jurisdiccional alemán se plantea la posibilidad de suspender el procedimiento.

Conforme establece el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001 existe litispendencia europea “cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos”. En este caso “el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera. Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél”.

Como se sabe el Tribunal de Justicia en una consolidada jurisprudencia ha interpretado de forma autónoma esa triple identidad remitiéndose al sistema y a los objetivos del Reglamento⁶. Así, *grosso modo*, se ha considerado que la identidad de partes debe entenderse referida a las mismas personas con independencia de su posición procesal, siendo también indiferente que dicha identidad sea solo parcial⁷; la identidad de causa debe entenderse en el sentido de que incluye los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda⁸; y existirá identidad de objeto cuando las dos demandas persigan la misma finalidad o pronunciamientos opuestos o incompatibles⁹.

6. Si desde un punto de vista estricto nos atenemos a esta definición y a la exigencia de estos requisitos la situación de litispendencia sí existiría entre la demanda presentada ante el Tribunal de Commerce de Toulon contra Hanse Yachts (por la que se solicita que se declare que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar una indemnización por daños perjuicios), y la presentada por dicho demandado ante el Landgericht Stralsund, mediante la que se solicita que se declare que no es responsable de tales perjuicios. La identidad de partes concurre no siendo relevante que la parte demandante ante los tribunales franceses, SMCA, sea parte demandada ante el órgano alemán y a la inversa en el caso de Hanse Yachts ni, como ya hemos afirmado, que dicha identidad sea solo parcial¹⁰. También la de causa, puesto que las dos demandas tienen su origen en el mismo contrato; y la

vate *International Law ECPIIL. Commentary Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2016, pp. 749-753; F. GARCIMARTÍN, “Lis Pendens and Related Actions”, en A. DICKINSON Y E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp. 336-343; C. ROSENDE VILLAR, “Litispendencia y conexidad internacionales y sus últimas reformas legislativas europea y española”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2016, T. XVI, pp. 347-374; J. SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa ¿el caso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, marzo de 2013, pp. 184-198.

Otra de las novedades es la regulación de la litispendencia y conexidad con procedimientos existentes en terceros Estados (artículos 33 y 34).

⁴ En sentido análogo se pronunció el Abogado General (puntos 31 y 32).

⁵ Como advierte el Abogado General la peculiaridad del supuesto reside en que el órgano jurisdiccional remitente es alemán y la norma procesal controvertida es francesa, cuyo contenido y alcance ese órgano jurisdiccional no domina necesariamente.

⁶ Para un estudio detallado véase bibliografía citada en nota 3.

⁷ Entre otras, Sentencias de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo y de 6 de diciembre de 1994, asunto C-406/92, Tatra c. Maciej Rataj.

⁸ Sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, Maersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan en W. de Boer.

⁹ Sentencias de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik y de 8 de mayo de 2003, asunto C-111/01, Gantner Electronic GmbH c. Basch Exploitatie Maatschappij BV.

¹⁰ De hecho, el órgano jurisdiccional remitente señaló que si estuviera obligado a suspender el procedimiento entre Hanse Yachts y SMCA haría uso de la facultad de suspensión que le concede el artículo 28 del Reglamento n° 44/2001 por conexidad del procedimiento entre Hanse Yachts y las otras partes demandadas (véase nota 32 de las Conclusiones del Abogado General).

de objeto al perseguir las demandas pronunciadas opuestas (en una que la sociedad Hanse Yachts es responsable del perjuicio causado y en la otra, que no es responsable¹¹).

La existencia de estos dos procesos paralelos potencia el riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables y de ahí que se conciba la litispendencia como un mecanismo procesal preventivo: solo puede conocer del asunto un tribunal que será, por regla general, aquél ante el que primero se interpuso la demanda. Por tanto, si la primera demanda se presentó ante el órgano alemán (el 21 de noviembre de 2014), el que estaría obligado a suspender de oficio sería el órgano jurisdiccional francés (demanda presentada el 15 de enero de 2015) y esperar a que el primero se declarase competente.

A juicio del Abogado General y de la Comisión, difícilmente podría apreciarse la identidad de causa y de objeto entre la demanda sobre el fondo presentada ante los tribunales alemanes y aquella presentada ante el Tribunal de Commerce de Marseille por la que se solicita una diligencia de prueba, a efectos de un peritaje judicial, incluso si los hechos que dieron lugar a estos dos procesos son los mismos. En ambos procedimientos las normas jurídicas invocadas y los objetivos perseguidos por los demandantes son sustancialmente distintos no existiendo, por tanto, riesgo de inconciliabilidad de resoluciones. En palabras del Abogado General *“las diferencias fundamentales que se han apreciado entre un procedimiento probatorio anterior a cualquier proceso y una demanda sobre el fondo basada en los resultados del mencionado procedimiento abogan, a mi juicio, en contra de la posibilidad de admitir, tal como prevé el órgano jurisdiccional remitente, que el escrito por el que se inició el primer procedimiento constituya también el escrito de incoación de la referida demanda”* (punto 59 de sus Conclusiones).

7. Si de hecho el propio órgano alemán reconoce que existe litispendencia entre el asunto pendiente ante él y aquél del que conoce el Tribunal de Commerce de Toulon, ¿por qué se plantea entonces la posibilidad de suspender el procedimiento? En su opinión, esta obligación de suspender el procedimiento, en cuanto órgano que conoce en segundo lugar, únicamente existiría si la acción sobre el fondo entablada ante el Tribunal de Commerce de Toulon se considerase iniciada desde el momento en que se abrió el procedimiento de prueba incoado ante el Tribunal de Commerce de Marseille.

Esta consideración nos obliga a analizar cuándo se considera que *“un tribunal conoce de un litigio”*.

III. A efectos de la litispendencia: ¿Cuándo se entiende que un tribunal conoce de un litigio? ¿Cómo debe interpretarse el concepto de escrito de demanda o documento equivalente?

8. Si la regla general para solucionar la litispendencia es la de la prioridad temporal en la fecha de presentación de las demandas, cuestión clave será determinar el momento en que se entiende que un tribunal de un Estado miembro conoce de un litigio y, por tanto, considerar así que el asunto *“está pendiente”*. A tal efecto y para paliar los problemas derivados de las divergencias entre las distintas legislaciones estatales, el artículo 30 del Reglamento n° 44/2001 lo define de forma autónoma¹². En concreto, se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional *“desde el momento en que se le hubiere presentado el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para que se entregare al demandado la cédula de emplazamiento...”*¹³. De esta forma al fijarse un momento concreto se evita, como apunta el Abogado General, que las partes se aprovechen de forma abusiva de las diferencias pro-

¹¹ Así lo consideró expresamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama SpA.

¹² Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-523/14, Aannemingsbedrijf Aertssen NV y Aertssen Terrasements SA c. VSB Machineverhuur BV y otros.

¹³ Esta regla no figuraba en el Convenio de Bruselas de 1968, sino que fue introducida en el Reglamento n° 44/2001 con la finalidad de conciliar los distintos sistemas procesales, garantizándose no sólo la igualdad de condiciones de las partes demandantes, sino también la protección contra los abusos de procedimiento. En palabras de A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pág. 312, la norma *“recoge una noción propia de pendencia de la litis a efectos del Reglamento...”*.

cesales de los Estados miembro “*torpedeando*” el desarrollo del proceso (como podría ser, por ejemplo, la demanda declarativa negativa presentada por Hanse Yachts)¹⁴.

9. En el caso que analizamos el órgano jurisdiccional remitente opina que el documento por el que el juez francés ordenó la diligencia de prueba podría ser un “*documento equivalente*” en el sentido del citado artículo 30. Pero: ¿realmente puede entenderse así? ¿O solo considerar como tal el escrito de interposición de la demanda sobre el fondo?

La cuestión no resulta baladí puesto que de responderse sentido afirmativo habría que considerar que la fecha en la que se inició el procedimiento probatorio ante el Tribunal de Commerce de Marseille es la fecha en la que debía entenderse que conoce del litigio el Tribunal de Commerce de Toulon, que es el que ha de pronunciarse sobre la demanda en cuanto al fondo. En cambio, si se considera que el escrito de demanda es aquél por el que se inicia el procedimiento en cuanto al fondo, el órgano alemán no estaría obligado a suspender el procedimiento al haberse planteado ante él la primera demanda.

Mientras que el órgano jurisdiccional remitente y las tres demandadas en el litigio principal se inclinaron por el primer punto de vista; la sociedad Hanse Yachts, la Comisión y el Abogado General, optaron por el segundo¹⁵.

10. Y para poder responder el Tribunal de Justicia, que según reiterada jurisprudencia no es competente para interpretar el derecho interno de un Estado miembro, formuló una serie de cuestiones al Gobierno francés con la finalidad de despejar las dudas que le planteaba el artículo 145 CPC¹⁶.

A tal efecto el Gobierno francés señaló lo siguiente: a) de un lado, la autonomía de la diligencia de prueba con respecto al procedimiento sobre el fondo puesto que aquélla debe solicitarse siempre “*antes de cualquier proceso*” (y no en relación con una acción judicial). No existe, por tanto, una continuidad material entre ambos procesos ya que el ulterior procedimiento sobre el fondo puede iniciarse o no. El interesado no está obligado a interponer una acción judicial porque, por ejemplo, puede preferir una solución amistosa o incluso renunciar a cualquier acción contra la parte contraria; b) de otra parte, una demanda basada en el artículo 145 CPC se tramita ante un órgano jurisdiccional distinto del que posteriormente puede conocer del procedimiento sobre el fondo (y que es quien valorará el informe pericial emitido); c) por último, el juez que conoce del asunto agota su competencia al acordar la diligencia de prueba solicitada y su decisión carece de fuerza juzgada en el litigio principal.

11. El carácter autónomo y la clara distinción entre ambos procedimientos justifican, a juicio del TJUE, que no pueda interpretarse que el documento por el que se inicia un procedimiento de prueba deba considerarse también el “*escrito de demanda o documento equivalente*” por el que se inicia el procedimiento sobre el fondo, a efectos de apreciar una situación de litispendencia y de determinar, en consecuencia, cuál es el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en primer lugar conforme a lo previsto en el artículo 27 del Reglamento nº 44/2001 (motivo 35 de la Sentencia). Por ese escrito hay que entender, en consecuencia, la demanda que se presentó sobre el fondo del asunto (en el caso que analizamos, la presentada ante el Tribunal de Commerce de Toulon solicitando la reparación del perjuicio sufrido que lo fue en un momento posterior a la presentada ante los tribunales alemanes por Hanse Yachts).

Además, y como dato curioso, parece que el propio órgano jurisdiccional remitente se contradice ya que al plantear la cuestión prejudicial admite expresamente que el peritaje judicial del Derecho francés es un “*procedimiento autónomo de prueba...*”¹⁷.

¹⁴ Una de las críticas que se ha realizado a la regulación de la litispendencia es que favorece las denominadas “*acciones torpedo*” situando el proceso ante un tribunal de un Estado que sea más lento. A. L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 308-309.

¹⁵ Tanto el Abogado General como la Comisión estimaron que el Tribunal de Justicia reformulase la cuestión prejudicial planteada ya que si ésta, desde un punto de vista formal, solo se refería al artículo 30 del Reglamento nº 44/2001, era necesario interpretarla de forma conjunta con el artículo 27.

¹⁶ Dichas cuestiones fueron planteadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹⁷ Véase nota 60 de las conclusiones del Abogado General donde se cita una Sentencia de la Corte de Casación francesa en la que se afirma la independencia entre ambos procedimientos.

12. A la luz de todas estas consideraciones afirma el Tribunal de Justicia que: “El artículo 27, apartado 1, y el artículo 30, punto 1, del Reglamento (CE) n° 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, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de litispendencia, la fecha en la que se ha iniciado un procedimiento dirigido a obtener una diligencia de prueba antes de cualquier proceso no puede constituir la fecha en la que se considerará que conoce de un litigio, en el sentido del referido artículo 30, punto 1, un órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre una demanda en cuanto al fondo presentada en ese mismo Estado miembro con posterioridad al resultado de dicha diligencia”.

13. Si a nuestro juicio ésta debía ser la respuesta consideramos que, además de los argumentos señalados, el Tribunal podría haber añadido uno más y haberse referido a la finalidad de ese “escrito de demanda o documento equivalente”.

Para ello creemos que resulta de utilidad recordar que el Tribunal de Justicia ya había interpretado de forma autónoma el concepto de “cédula de emplazamiento o documento equivalente” del, por entonces, artículo 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (artículo 34.2 del Reglamento n° 44/2001), con ocasión de las particularidades del derecho procesal de algunos Estados miembros que regulan determinados procedimientos inicialmente unilaterales y que se convierten posteriormente en contradictorios¹⁸. En concreto el Tribunal ha afirmado que: “La noción de cédula de emplazamiento o documento equivalente designa el o los actos, cuya notificación al demandado, efectuada regularmente y en tiempo útil, le permite hacer valer sus derechos de defensa antes que una resolución ejecutiva sea dictada en el Estado de origen”. Dicho con otras palabras, se trata del acto mediante el que se incoa el procedimiento y que tras su notificación se ofrece al demandado la posibilidad de defenderse (así en el supuesto de nuestro ordenamiento, la demanda)¹⁹.

Si trasladamos este razonamiento al caso concreto que nos ocupa consideramos que no puede equipararse al concepto de “documento equivalente” una demanda de peritaje judicial para asegurar o determinar, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos que puedan fundamentar la demanda judicial ulterior. La finalidad de esta diligencia de prueba no es poner en conocimiento del demandado que se ha entablado un procedimiento contra él ofreciéndole la posibilidad de defenderse ya que el interesado, en función del resultado obtenido, podrá interponer o no la acción sobre el fondo del asunto. Por ello, la fecha en que se considera que el tribunal conoce del asunto no se remonta al inicio del procedimiento probatorio.

IV. Cuestión no planteada al Tribunal: ¿Pueden considerarse las diligencias de prueba del artículo 145 CPC francés una medida provisional o cautelar?

14. Tal y como señala el Abogado General, el órgano jurisdiccional remitente sugirió que las diligencias de prueba previstas en el artículo 145 CPC francés podrían corresponderse con las medidas provisionales o cautelares del artículo 31 del Reglamento n° 44/2001 y que, por tanto, a efectos de la interpretación del artículo 30 de dicho Reglamento, si tal diligencia ha sido ordenada en un Estado miembro, no estaría permitido formular una demanda sobre el fondo en otro Estado miembro.

¹⁸ Es el caso, principalmente, del derecho francés (“procédure d’injection de payer”), del derecho alemán (“Mahnverfahren”) o del derecho italiano (“decreto ingiuntivo”). Véase las SSTJCE de 16 de junio de 1981, asunto C-166/80, Peter Klomps c. Karl Michel y de 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, Hengst Import BV c. Ana M^a Campese. Esta jurisprudencia fue confirmada años más tarde, precisamente en un caso de litispendencia, en la ya citada Sentencia de 14 de octubre de 2004, en relación con las particularidades del procedimiento para la constitución de un fondo de delimitación de la responsabilidad, tal como el regulado en el derecho neerlandés, en el que el órgano jurisdiccional tras un procedimiento unilateral dicta primero provisionalmente un auto que fija, también con carácter provisional, el límite de la responsabilidad y que pasa a ser objeto de un debate contradictorio. Ese auto debe considerarse un “documento equivalente” a la cédula de emplazamiento del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas.

¹⁹ Por ello no se considera cédula de emplazamiento a los efectos del Reglamento los documentos que inician un procedimiento unilateral. Para un estudio de esta cuestión véase M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 53-63.

15. La escueta regulación del artículo 31 del Reglamento n° 44/2001 ha originado numerosos problemas de aplicación práctica así como interpretaciones doctrinales divergentes sobre distintas cuestiones que no se aclaran²⁰. Y precisamente una de ellas es qué medidas provisionales y cautelares quedan incluidas en el ámbito de la norma.

Al respecto el Tribunal de Justicia ha optado por una definición autónoma al considerar que dichas medidas son aquellas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, están destinadas a “mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce de fondo del asunto”²¹; y que, por ejemplo, no están comprendidas en dicho concepto “una medida que ordena el examen de un testigo con el fin de permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse en ese contexto”²². Esta última medida se rige por el Reglamento (CE) n° 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 o mercantil²³.

De hecho, durante los trabajos de reforma del Reglamento la cuestión fue muy debatida y de ahí que en el nuevo Considerando 25 del Reglamento n° 1215/2012 se establezca expresamente que el concepto de medidas provisionales y cautelares “no debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por la que se ordena la audiencia de un testigo”^{24 25}.

16. Y es aquí precisamente donde se encuentra, a nuestro juicio, la respuesta a la cuestión apuntada ya que si se considera que el artículo 145 CPC francés constituye una prueba anticipada carecería de esa “naturaleza cautelar” puesto que el resultado obtenido es una prueba²⁶. Y tampoco puede afirmarse que su finalidad sea la de una medida cautelar ya que con ella no se persigue garantizar la efectividad del fallo. Sólo si se sostiene que esa diligencia posee naturaleza cautelar podría entrar en el ámbito de aplicación del artículo 31 del Reglamento.

17. No obstante, no se trata de una cuestión pacífica que entendemos excede del objetivo de esta nota. El propio Abogado General reconoce que ha dado lugar a puntos de vista divergentes tanto en las

²⁰ En la doctrina española, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 14^a ed, Granada, Comares, 2013, pp. 252-257; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 7^a ed, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 89-91; V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Medidas cautelares (art. 31 RBI)”, en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir), *Derecho procesal civil europeo*, vol I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 309-341; M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 229-242.

²¹ Así lo ha declarado, entre otras, en la Sentencia de 26 de marzo de 1992, asunto C- 261/90, Mario Reichert c. Dresdner Bank

²² Sentencia de 28 de abril de 2005, asunto C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA, nota de 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. Unibel Exser BVBA)”, *La Ley/Unión Europea*, noviembre de 2005, pp. 1-18.

²³ *DOUE* núm. L 174, de 27 de junio de 2001.

²⁴ Como afirma ese Considerando 25 deben incluirse, entre otras, “las destinadas a obtener información o conservar pruebas a que se refieren los arts. 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual”. Para su análisis véase M^a J. ELVIRA BENAYÁS, “Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?”, *La Ley/Unión Europea*, octubre de 2014, pp. 1-12.

²⁵ Las principales novedades introducidas en el Reglamento n° 1215/2012 han sido en sede de la eficacia de dichas medidas ya que la supresión del exequátur se extiende a aquellas medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en cuanto al fondo del asunto. Si la medida es ordenada por otro tribunal, su eficacia se circunscribe al territorio de ese Estado miembro. De otra parte, si la medida se adoptó de forma unilateral sólo podrá ejecutarse en otro Estado miembro si la resolución que contiene la medida fue notificada al demandado antes de su ejecución (artículos 2.a) y 42.2.c) del Reglamento). Para un estudio de la nueva regulación véase, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 1, 2015, pp. 55-78.

²⁶ En este sentido se pronuncia M^a J. ELVIRA BENAYÁS, “Diligencias preliminares...”, ob. cit, p. 3.

observaciones presentadas en el presente asunto al Tribunal de Justicia (mientras que el Gobierno francés se pronunció en sentido afirmativo, la Comisión sostuvo la tesis contraria), como en la doctrina²⁷.

En todo caso considera que, como la regulación del artículo 31 del Reglamento responde a una lógica totalmente distinta a la de los artículos 27 y 30, sobre los que se centra la cuestión prejudicial, lo afirmado en la Sentencia St. Paul Dairy no podía cuestionar la respuesta que proponía adoptar.

²⁷ Véase las notas a pie 64 y 65 de las Conclusiones del Abogado General.