

Universidad de Valencia
Facultad de Derecho



VNIVERSITATIS VALÈNCIA

"Las diligencias preliminares en el proceso civil"

PROGRAMA DE DOCTORADO: 3024
ESTUDIOS JURÍDICOS, CIENCIAS POLÍTICAS Y CRIMINOLOGÍA

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR:
Luis-Ramón Llorente Cabrelles

DIRIGIDA POR:
Dr. D. Rafael Bellido Penadés

Valencia, 2014

*A mi madre Emilia y
a Federico, mi maestro*

Agradecimientos

Al terminar esta tesis me vienen a la memoria muchas personas que han hecho posible este trabajo.

En primer lugar agradecer el honor que he tenido de conocer y aprender de la experiencia de mi director de tesis el Doctor Don Rafael Bellido Penadés que me ha permitido crecer en lo profesional y en lo personal, y al que le estaré eternamente agradecido por su dedicación, entrega y paciencia para conmigo.

Y si tengo que agradecer a alguien paciencia hacia mi persona, no puedo poner nada más que a las dos personas que siempre han tenido una paciencia infinita conmigo y con mis manías y ocurrencias. Rosa, mi esposa y mi ángel de la guarda, y Rosa María, mi hija.

Quiero agradecer, de manera muy especial, a Juan Antonio Niclós Ferragut, la amistad que me brindo, y que tristemente no ha podido ver acabada esta tesis.

**LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES
EN EL PROCESO CIVIL**

INDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	19
I. Antecedentes, concepto y finalidad.....	19
II. Naturaleza jurídica.	25
III. Distinción de figuras afines.....	29
1. Conciliación.....	30
2. La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba	33
3. Medidas cautelares	40
CAPITULO PRIMERO. SUPUESTOS DE DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SUS PRESUPUESTOS.	43
I. Presupuestos	43
II. Supuestos de diligencias preliminares	58
1. Sistema de determinación de las diligencias: <i>¿numerus clausus o apertus?</i>	60
2. Supuestos de diligencias preliminares.....	71

A) Declaración o exhibición de documentos sobre hechos relativos al futuro demandado.....	71
B) Exhibición de cosa.	80
C) Exhibición del acto de última voluntad.....	102
D) Exhibición de documentos y cuentas de la sociedad y comunidad.....	120
E) Exhibición de contrato de seguro.....	134
F) Exhibición de historia clínica.....	146
G) Averiguación de grupo de consumidores afectados.	160
H) Diligencias preliminares en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual.....	171
I) Diligencias y averiguaciones para la protección de determinados derechos previstas en leyes especiales.....	186

CAPITULO SEGUNDO. LOS SUJETOS 203

I. El órgano judicial competente.....	203
1. Reglas de determinación de la competencia.....	203
A) Competencia genérica.....	203
B) Competencia objetiva, territorial y funcional.....	207
a) Regla general.....	207
b) Regla especial.....	209
2. Tratamiento procesal de la competencia.....	218
II. Las partes.....	221
1. Legitimación.....	224
A) En el caso del art. 256.1.1ª LEC.....	228
B) En el caso del art. 256.1.2 LEC.....	241
D) En el caso del art. 256. 1. 4º LEC.....	251
E) En el caso del art. 256. 1. 5º LEC.....	259

F) En el caso del art. 256. 1. 5º bis LEC	265
G) En el caso del art. 256. 1. 6º LEC.....	268
H) En el caso del art. 256. 1. 7º y 8º LEC.....	275
2. Postulación procesal.....	278
A) La cuestión en la jurisprudencia menor.....	279
B) La cuestión en la doctrina.....	296
C) Conclusión	301

CAPITULO TERCERO. EL PROCEDIMIENTO 305

I. Solicitud.....	305
1. Fundamentación	307
2. Ofrecimiento de caución	313
II. Resolución inicial.....	320
1. Requisitos de tiempo y forma.....	320
2. Sentido de la decisión	322
A) Estimación	322
B) Desestimación.....	327
III. Oposición a la práctica de diligencias preliminares	331
1. Plazo.....	331
2. Citación a vista	333
3. Postulación	335
4. Contenido de la oposición.....	337
5. Decisión de la oposición y efectos sobre las costas	340
A) Forma.....	340
B) Sentido	342
a) Desestima la oposición.....	343
b) Estima la oposición.....	344
6. Recursos	355

7. La ausencia del trámite en las diligencias de la LP	356
IV. Realización de las diligencias	360
1. Realización voluntaria.	360
A) Actuaciones previas a la práctica de las diligencias	360
B) Lugar, plazo y modo de realización	364
a) Lugar	364
b) Plazo.....	366
C) Modo de realización.....	368
D) Especialidades.....	374
2. Ejecución forzosa.	379
A) Presupuesto: la negativa al cumplimiento.....	379
B) Forma de la resolución que acuerda la ejecución forzosa.....	383
C) Mecanismos coercitivos para compeler a la ejecución.	388
a) Preguntas tenidas por respondidas y hechos considerados admitidos (art. 261.1ª LEC).....	389
b) Entrada y registro en lugar cerrado y ocupación de documentos (art. 260.2 LEC).....	404
c) Entrada y registro en lugar cerrado y ocupación de cosa o medida de garantía (261.3º LEC).....	414
d) Tener por ciertas las cuentas y datos que presente el solicitante (art. 261.4 LEC).....	418
e) Entrada y registro y apercibimiento de responsabilidad penal (261.5º LEC).....	425
V. El destino de la caución.....	428
1. La responsabilidad por los gastos, daños y perjuicios	430
A) Supuestos de responsabilidad.	430
B) Procedimiento	433
a) Inicio.....	433
b) Desarrollo, decisión y recursos	436

2. La devolución de la caución o de su remanente	437
VI.- CONCLUSIONES:.....	450
BIBLIOGRAFIA.....	471

ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
AJM	Auto Juzgado de lo Mercantil
art.	Artículo
arts.	Artículos
AAP	Auto Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOCG	Boletín Cortes Generales
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889.
C. com.	Código de Comercio
CE	Constitución española
CCS	Consorcio Compensación de Seguros
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CDCC	Compilación de Derecho Civil de Cataluña
CP	Código Penal

CPDHLF	Convenio para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
EPI	Estatuto de la Propiedad Industrial
ETT	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas. Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba su texto refundido.
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
LASJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque
LCS	Ley de Contrato de Seguro

LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LCSP	Ley de Contrato de Seguro Privado
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.
LECA	Ley de Enjuiciamiento Civil anterior.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.
LECV	Ley de Enjuiciamiento Civil vigente
LECRIM.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGC	Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.
LGD y U	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LHM y PD	Ley de Hipoteca Inmobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.
LMV	Ley de Mercado de Valores
LN	Ley del Notariado
LeNOJ	Ley Nueva Oficina Judicial. Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LP	Ley de Patentes
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LRC	Ley de Registro Civil
LSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
LSA	Ley de Sociedades Anónimas. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).
LTCVSU	Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial
LUCVM	Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor
OM	Orden Ministerial
R	Resolución
RC	Registro Civil
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REACU	Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios
RR	Resoluciones
RH	Reglamento Hipotecario
RN	Reglamento Notarial
RP	Registro de la Propiedad
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RRPA	Reglamento sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
S	Sentencia
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTJ	Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCJ	Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
TCT	Tribunal Central de Trabajo

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
TRLPI	Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TTSSJ	Tribunales Superiores de Justicia
TRLPI	Texto Refundido Ley de Propiedad Industrial. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

INTRODUCCIÓN

I. Antecedentes, concepto y finalidad

La LEC 1/2000 dedica un Capítulo, el II, del Título I, Libro II -De Los Procesos Declarativos-, a las diligencias preliminares. La anterior LEC de 1881 las regulaba en una Sección, la II, Capítulo I, del Título II, del Libro II -De la jurisdicción contenciosa-, ofreciendo ya entonces dudas la determinación de su naturaleza jurídica, como se desprende del AAP Navarra de 20 de mayo de 2009, en el que respecto de la regulación anterior señala que “la Sección 2ª, bajo la rúbrica de «diligencias preliminares» del Capítulo I del Título II, referente a los «juicios declarativos», y «exposiciones comunes» a los mismos, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la «jurisdicción contenciosa», contiene los arts. 497 a 502, ambos inclusive, de dicha Ley Procesal, enumerando en aquél las diligencias de prueba que las partes, que pretendan ser litigantes ante dicha jurisdicción, puedan solicitar, para preparar el juicio principal, desarrollando en cada uno de los artículos siguientes cada una de las allí enumeradas”¹.

¹ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), Auto núm. 58/1999 de 20 mayo, AC 1999\840.

Por el contrario, en la actualidad ha pasado a asignársele capítulo propio a las diligencias preliminares, con una regulación más amplia y minuciosa. Sin embargo, como apuntaba la doctrina desde antaño, el término diligencias preliminares aparece ya necesitado de una primera corrección, porque confrontando las normas legales se observa que no se refieren a diligencias estrictas en sentido técnico, *id est*, a actos de formación compuestos por la documentación en cierto modo de una específica actividad general, sino a actos procesales primarios y normales. Es esta una de las veces en que la confusión legal entre la diligencia y el acto aparecen de modo más claros ².

No sin razón en la doctrina se llegaba ya a la conclusión de que se había querido utilizar el término *diligencia* en su acepción de *actuación judicial* ³, advirtiendo así mismo que en ocasiones se contempla la diligencia concreta que se está pidiendo, y, otras veces, a la secuencia de actos que deben tener lugar desde que se pide hasta que se practica. Este conjunto de trámites recibe el nombre del último de sus actos, la diligencia preliminar, pues es lo que le diferencia y le atribuye sentido: todo lo que se hace, se dirige a la consecución de la preliminar ⁴.

Estas diligencias son antiguas en el tiempo, como indica la doctrina, y reitera la jurisprudencia en sus resoluciones; se constata su existencia en el Derecho Romano canónico medieval, de donde originariamente provienen, y las halló el código de las Siete Partidas, tal y como refiere la doctrina ⁵.

² GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo -I-, Madrid, 1948 y Tomo -II-, volumen 2, 1ª parte, Madrid, 1945, p.149.

³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 49.

⁴ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 50.

⁵ PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T-I, Aranzadi, 1985, pág. 334, refiriéndolas a las Partidas III, 2,16 ss.; III, 10.1). En el mismo sentido,

En esta línea y destacando sus antecedentes en el Derecho Romano se ha puesto de manifiesto que <<para evitar un proceso inútil al que lo plantea determinados juicios pueden prepararse obligando al demandado a una cierta abstracción previa, como la exhibición de cosa mueble, testamento o disposición de última voluntad y títulos o cuentas. El Derecho Romano concede una acción para ello, llamada de exhibir (a. ad exhibendum) e identifica como figuras antecedentes, algunas más, así, la citada interrogatio in iure, actio ad exhibendum, interdictum homine libero exhibendo, interdictum de liberis exhibendis, interdictum de tabulis exhibendum ad exhibendum) y en las Partidas se recogen con todas las actividades, que la codificación ha heredado calificándolas de diligencias preliminares>>⁶.

Precisamente, aludiendo a su carácter patrio se ha señalado que, por influjo español, la institución de las diligencias preliminares está presente en muchos Códigos Procesales Hispano-americanos, convirtiéndose en una figura netamente hispánica, al no existir regulaciones similares en los Códigos de otros países europeos. Citando como ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina ⁷.

No obstante, profundizando más se ha señalado que hoy pueden considerarse como institución propia del Derecho español, aunque no sería hasta la codificación cuando se las dotaría de una entidad propia, unificando y abstrayendo los supuestos en que se podían instar. Según él

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, ob. cit., p. 15 y BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ob. cit. p. 18, 19 y 20.

⁶ LALINDE ABADIA, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1983, p. 899. En idéntico sentido, DE LA OLIVA, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, II, Barcelona, 1986, p. 208

⁷ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit., p. 21.

mismo, Derecho Romano-Partidas- Codificación, efectivamente, son los tres principales hitos que deben seguirse para su estudio ⁸.

Como síntesis de la evolución legislativa española de esta institución procesal podría mantenerse que la vigencia de las leyes contenidas en las Partidas se extendió durante varios siglos hasta que fueron sustituidas por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Ésta simplificó la normativa anterior, pero la nueva regulación resultaba escueta en exceso, planteando a su vez nuevos problemas centrados en la inexistencia tanto de un procedimiento a través del que tramitar la solicitud como de un régimen jurídico que estableciera las consecuencias jurídicas de la realización y de la negativa a practicar la diligencia acordada. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (arts. 497 a 502) abordó la regulación de las diligencias preliminares (ya denominadas con ese término), buscando solucionar los dos problemas anteriores. Sin embargo, no lo consiguió. Con dichos precedentes la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 hizo una decidida apuesta por mantener la institución, introduciendo importantes novedades en su regulación con el fin de revitalizar su uso y solucionar los problemas planteados con la normativa anterior, tal y como se hace constar en su Exposición de Motivos⁹.

En sentido análogo se ha pronunciado la jurisprudencia menor, en la que se ha recordado que las diligencias preliminares resultan tradicionales en nuestro Derecho Procesal, pues no solo se encuentran en la Ley de 1881, sino en su precedente de 1855 y se regulan en la Ley vigente, que no se limita a reproducir el texto precedente, sino que amplía los

⁸ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las diligencias preliminares ...*”, ob. cit., p. 15.

⁹ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit., pp. 20-21.

supuestos de aplicabilidad de tales diligencias, si bien elimina algunos de los existentes en la legislación anterior¹⁰.

Así mismo, la jurisprudencia menor alude también a su finalidad y caracteres al señalar que las diligencias preliminares, en los términos que vienen configuradas en la nueva LEC, se refieren a aquellos hechos, elementos o datos que es necesario e indispensable conocer o tener para iniciar correctamente un proceso o, facilitar su desarrollo. Como su nombre indica, son anteriores al juicio y aun cuando pueda intervenir el deudor, no implica contienda, sino mera comprobación de un hecho, dado que el juicio solo principia por demanda¹¹.

En este sentido, la STS de 20 de junio de 1986, referida a la interpretación del contenido y alcance del art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en síntesis, viene a señalar como la finalidad esencial del citado precepto el conceder, a cualquier persona legitimada para ello, la facultad de impetrar la tutela de los órganos judiciales para precisar y aclarar datos, elementos y cuestiones para ser usados en un eventual y posterior proceso judicial, tras la oportuna valoración, estudio y evaluación de las mismas; es decir, que no tienen estas diligencias que desembocar necesariamente en un proceso, sino que es perfectamente legítimo el que, tras ese examen de los elementos documentales o documentadores solicitados, se opte por no ejercitar acción alguna¹².

Las interpretaciones doctrinales al respecto son diversas, incluso algunas a veces ambiguas¹³. Con todo, a nuestro juicio, podemos pues

¹⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), Auto nº núm. 172/2010 de 30 junio, JUR 2010\304106.

¹¹ Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª), Auto nº 260/2003 de 30 de Mayo, JUR. 2003\152814.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1986 (RJ 1986\3784).

¹³ MUÑOZ SABATÉ, por ejemplo, señala de modo más ambiguo, que “las diligencias preliminares consisten primordialmente en medidas de investigación de hechos cuyo

entender también que “las diligencias preliminares son aquellas actuaciones que pueden tener lugar antes de comenzar un proceso con el fin de obtener, a través de la intervención judicial, determinada información de carácter procesal o sustantivo sin la cual aquél no podría iniciarse sin el riesgo de incurrir en errores que conducirían bien a la inutilidad misma del proceso, bien el fracaso de las pretensiones ejercitadas”¹⁴.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia menor. Así el AAP Barcelona de 22 de enero de 2009 afirma “que la finalidad de las Diligencias Preliminares reguladas en los artículos 256 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al igual que sucedía con las Diligencias Preliminares de los artículos 497 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, es facilitar la preparación del proceso, permitiendo al solicitante obtener información acerca de las circunstancias relativas a la personalidad del futuro demandado, o a otros extremos que el demandante precise conocer para decidir acerca de la presentación de la demanda, así como de su concreto contenido, evitando la producción de pleitos inútiles, o con el objeto equivocado, o la relación jurídica procesal erróneamente construida>>¹⁵.

conocimiento permite formular futuras afirmaciones en un juicio”, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

¹⁴ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias Preliminares*, Cívitas, Madrid, 2003, p. 17.

¹⁵ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), Auto núm. 15/2009 de 22 enero, AC 2009\1185

II. Naturaleza jurídica.

La Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 en su apartado IV, entre otras cosas dice que, se elude, sin embargo, hasta la aparición de doctrinarismo, y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así por ejemplo, se siguen utilizando los términos <<juicio>> y <<proceso>> como sinónimos y se emplean en unos casos los vocablos <<pretensión>> o <<pretensiones>>, y, en otros, el de <<acción>> o <<acciones>>, como aparecen en la Ley de 1881, y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno (...).

Así pues dónde la Ley no distingue, no voy a distinguir; pero fijaré la atención, en consonancia con lo expuesto, en que el artículo 256.1. LEC comienza así: “*Todo juicio, -por tanto proceso-, podrá prepararse (...)*”.

Como señala la doctrina¹⁶, el problema más importante que se plantea en torno a esta cuestión es el relacionado con su naturaleza jurídica, es decir, si las diligencias preliminares son o pueden ser consideradas como acto de jurisdicción voluntaria o como acto de jurisdicción contenciosa¹⁷.

¹⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares* ..., ob. cit. pp. 50, 51; BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias preliminares*, ob. cit. p. 31, 32, 33 y 34 y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, BOSCH, 2009, p. 28.

¹⁷Cfr., por todos, GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P. M., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., y TAPIA FERNÁNDEZ, I.), Volumen I, Aranzadi, Pamplona 2001, p. 949; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), cit., p. 257; MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho jurisdiccional II*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

La polémica sobre esta cuestión no está zanjada, se trata a mí entender de criterios distintos que se han polarizado en estas dos posturas. Ambas evidentemente tienen sus defensores y sus detractores.

En esencia y teniendo en cuenta la regulación de la LEC de 1881, por un sector de la doctrina se afirmaba que las diligencias preliminares no eran procesos, dado que el juez no actuaba jurisdiccionalmente en ellas, debiéndose considerar, como actos de jurisdicción voluntaria, fundamentalmente porque en ellas no se dictaba resolución resolviendo una controversia, y el resultado de la diligencia no surtía efecto alguno en el proceso posterior, dado que el demandado no quedaba vinculado. Actualmente se sigue manteniendo su consideración como actos de jurisdicción voluntaria por una parte de la doctrina, que considera ser ésta además la posición doctrinal mayoritaria ¹⁸.

Vid., sin ánimo de exhaustividad, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Cívitas, Pamplona 2003, pp. 32-33; y, en relación con el código procesal civil anterior, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, J.M. BOSCH Editor, Barcelona 1997, pp. 50 y ss., y GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Vol. I, Aguilar, Madrid 1945, p. 152.

¹⁸ “Aunque cierto sector doctrinal ha mantenido la naturaleza contenciosa de las diligencias preliminares, la doctrina mayoritaria considera que constituyen expedientes de jurisdicción voluntaria. En este sentido, estamos de acuerdo con Díez-Picazo Giménez en que en las diligencias preliminares se realiza una actividad judicial no jurisdiccional, facultativa y de preparación del proceso, que tiene por objeto averiguar hechos relevantes (información acerca de circunstancias relativas a la personalidad del futuro demandado, otros extremos que quien pretenda presentar una demanda precise conocer, así como obtener documentos u objetos que resulten necesarios para el futuro proceso) y que carece de ejecutabilidad. Tras la práctica de las diligencias preliminares el Juez no dicta una resolución judicial que decide una controversia entre partes sino que, por el contrario, el órgano judicial documenta los extremos que un sujeto solicita a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria; a los efectos, eso sí, de la posible incoación de un futuro proceso. Adviértase que, como es sabido, en la actualidad las diligencias preliminares se encuentran reguladas en los arts. 256 a 263 LEC ya que por razones prácticas el legislador no consideró adecuado posponer su nueva regulación a la futura aprobación de una ley de jurisdicción voluntaria (Disposición Final 18ª LEC), a fuerza de perpetuar la crónica dispersión normativa en esta materia.

De todo lo expuesto, puede concluirse entonces fundadamente que tanto las diligencias preliminares civiles (arts. 256 a 263 LEC), deben incluirse entre los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de Derecho procesal”. (LIÉBANA ORTIZ, J.R., «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», *REDUR* 9, diciembre 2011, págs. 147-164.)

Así mismo, esta postura se asume en algunas resoluciones de la jurisprudencia menor. Sirva como botón de muestra el pronunciamiento de la SAP Jaén de 15 de octubre de 1999, según el cual <<las diligencias preliminares son unos procedimientos en los que no recae resolución judicial, ni se producen declaraciones de derechos, con lo que han de considerarse como actuaciones de jurisdicción voluntaria establecidas con carácter general, «todo juicio podrá prepararse» dice el art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, -también el actual 256.1 LEC-para facilitar el ulterior proceso >>¹⁹.

En cambio, en otras resoluciones la jurisprudencia menor mantiene su carácter jurisdiccional. En este sentido, se ha mantenido que “las diligencias preliminares constituyen una actividad no sólo judicial, sino también jurisdiccional”²⁰, idea en la que abunda incluso la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que advierte que «pueden considerarse las diligencias preliminares como el conjunto de *actuaciones de carácter jurisdiccional* por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia» (F.J. 2º)²¹.

¹⁹ Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), Sentencia núm. 406/1999 de 15 de octubre, AC 1999/2313. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª), Sentencia de 27 de febrero 2001, JUR 2001\118214, Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), Sentencia núm. 98/2001 de 21 de febrero, AC 2001\861.

²⁰ A lo que se añade que << si bien la L. Enj. Civil mantiene el carácter tasado o de números clausus, se hace necesario dotar a las diligencias preliminares de un carácter abierto, ello es innegable, aunque pueda mantenerse la exigibilidad de la taxatividad, los términos en que se concibe ese principio en la L.Enj .Civil 1881 y actual son muy diferentes, por otra parte, del hecho que se hayan aproximado las diligencias preliminares a las medidas cautelares, al exigirse caución, debe llevar a interpretar el sistema de forma más abierta, en conclusión, el sistema, aunque no responda a la idea de taxatividad, porque no contiene propiamente una diligencia genérica o innominada, se manifiesta abierta en su concepción >>. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), Auto de 6 noviembre 2006, JUR 2007\144672.

²¹ Auto de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003\ 575); habiendo sido seguido, además, por AAP de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (JUR2011\ 8689); AAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007\ 133142); AAP de Almería de 23 de marzo de 2006 (AC 2006\ 995), entre otras.

En este mismo contexto un sector doctrinal es de la opinión, a mi juicio enteramente acertada, de que *la diligencia preliminar se insta siempre que ya existe un conflicto* ²², cuyos términos subjetivos y, quizás, objetivos no están debidamente aclarados, pero el conflicto existe.

En la doctrina en su momento ya se argumentó a favor del carácter contencioso de las diligencias preliminares, con fundamento en una serie de consideraciones que en la actualidad entiendo están en plena vigencia. En primer lugar, si el legislador hubiera querido considerarlas como actos de jurisdicción voluntaria, y estando a la espera de que se promulgue la ley que regula esta materia, no las hubiera regulado de nuevo y más detalladamente en la nueva ley riuaria. Evidentemente hubiera dejado vigentes los preceptos oportunos de la LEC de 1881.

En cualquier caso, el simple hecho de acudir al juez pidiendo que acuerde una actuación preliminar, indica que existe cierta controversia, pues se debe acreditar que se está preparando un proceso posterior y no hay proceso sin la negativa de quien debe soportarla; además de que el actor tiene que hacer referencia a un ulterior proceso, sin cuya existencia, aunque sea futura, no cobra sentido la preliminar. No cabe la menor duda de que toda diligencia preliminar significa la existencia de un enfrentamiento.

Efectivamente, son muchas las razones que avalan su naturaleza jurisdiccional. Se debe tener presente que si alguien acude a la preliminar es para pedir al Juez que le otorgue lo que él extraprocesalmente no ha podido obtener, lo que refleja cierto enfrentamiento con el requerido, no ya con el futuro demandado. Aún más, lo que se insta supone cierta quiebra de algún derecho del requerido, lo que significa un enfrentamiento entre

²² Con la Ley procesal anterior, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, ob. cit. p. 55; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. pág. 32; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares ...*, ob. cit. p.29.

esferas jurídicas. Así mismo, lo que se pide es para la utilización en un proceso, de manera que si no se respetan las normas será inútil al mismo, y tras dichas normas subyacen intereses contrapuestos, y enfrentados, del solicitante con el requerido y, eventualmente, demandado. Se debe también recordar que el artículo 258 LEC reconoce que con las preliminares se interpone una pretensión. Por último, es de destacar que la entrada y registro que se puede ordenar al amparo de lo prevenido en el artículo 261, no puede acordarse en virtud de un acto de jurisdicción voluntaria²³.

En consecuencia, debemos concluir que las diligencias preliminares constituyen una actividad no solo judicial, sino también jurisdiccional. Judicial porque es necesario *el auxilio judicial* cuando el interesado no puede conseguir la información necesaria por sus propios medios. Y jurisdiccional porque dicho auxilio judicial la lleva implícita²⁴.

III. Distinción de figuras afines

Asumido el carácter judicial e, incluso, jurisdiccional de las actuaciones que se llevan a cabo a través de las diligencias preliminares, conviene ahora realizar algunas observaciones respecto de otra clase de

²³ ÁLVAREZ ALARCON, A., *Las diligencias preliminares...*, ob.cit. p. 54, y 55; del mismo autor, "Las diligencias preliminares", en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil .Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (Coord. ALONSO CUEVILLAS SAYROL), Volumen II., Economist Iuris, 2000, pp. 33 y 34.

²⁴ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 31.

actuaciones judiciales que, como las diligencias preliminares, pueden ser previas al inicio del proceso.

1. Conciliación

En primer lugar, como punto de partida de la distinción entre conciliación y diligencias preliminares puede atenderse a su naturaleza jurídica. En este sentido, la conciliación es un acto de jurisdicción voluntaria, mientras que aquéllas, las diligencias preliminares, como se vio antes, tienen naturaleza judicial y jurisdiccional, es decir, son jurisdicción contenciosa.

En atención a su finalidad, las diligencias preliminares persiguen obtener la información necesaria para preparar el proceso, con el fin de obtener determinada información relevante, tanto para conocer si procede o no dicho proceso, como para saber determinados aspectos procesales fundamentales para la correcta fundamentación de aquel. Esta peculiar finalidad es la que las diferencia de otras actuaciones pre-procesales que, por la similitud en cuanto al momento en que se solicitan, y el carácter instrumental de todas ellas en relación con un proceso principal posterior., podrían ser confundidas con ella. Por el contrario, con la conciliación no se persigue preparar el proceso, sino evitarlo mediante un acuerdo de las partes. Por otro lado, la conciliación puede ser pre-procesal o intra-procesal, mientras que las diligencias preliminares siempre son previas al proceso.

En efecto mediante la conciliación, como es sabido, se intenta solucionar un conflicto sin necesidad de acudir al proceso, se trata pues de un acto previo a éste que intenta evitarlo. Mientras que las diligencias

preliminares tienen otro objetivo, la preparación del proceso mediante la obtención de informaciones precisas al futuro actor para la defensa de sus derechos en juicio, por lo que también son previas al proceso. Pero ambas figuras son distintas. Así mismo, la competencia para conocer de la solicitud de las diligencias preliminares corresponde al personal jurisdiccional, al titular del Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil (art. 257 LEC). Sin embargo, la competencia para conocer de la solicitud de la conciliación puede corresponder a personal jurisdiccional (el Juez de Paz), o a personal no jurisdiccional, el Secretario Judicial (art. 460 LEC 1881).

Así el acto de conciliación consiste en una comparecencia facultativa de las partes en conflicto de intereses ante una autoridad, sean los Jueces o los Secretarios en la actualidad, para que ante su presencia traten de solucionar el conflicto que les separa, comparecencia regulada por el ordenamiento jurídico, que atribuye determinados efectos a lo convenido en ella por los interesados ²⁵.

La naturaleza jurídica de la conciliación se corresponde con un acto de jurisdicción voluntaria²⁶, pues, como se ha señalado, la conciliación no es un proceso. En ella el Juez o el Secretario judicial no intervienen para imponer una solución al conflicto. Si la avenencia se

²⁵ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional II, proceso civil*, 17ª Edición, Valencia, 2012, pág. 147.

²⁶ Así lo han sostenido, por todos, CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho procesal civil* (trad. SENTIS MELENDO, S.), Vol. II, EJE, Buenos Aires 1986 p. 198; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1969, pp. 198-199; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V.), Colex, Madrid, 2000, p. 164; DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*, (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), cit., p. 226; y MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II*, (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), op. cit., p. 146. Esta postura fue asumida también por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 5 de noviembre de 1976 (RJ 1976\ 4585) y de 31 de octubre de 1989 (RJ 1989\7040). En el mismo sentido vid., más modernamente, SSAP de Granada de 12 de enero de 2004 (JUR 2004\ 107017) y de Barcelona de 19 de mayo de 2005 (JUR 2005\ 173338).

produce, es obra de las partes, limitándose el Juez o, con mayor razón, el Secretario judicial, a aproximar a las partes, pero no actúan jurisdiccionalmente ²⁷.

Así se ha percibido por la jurisprudencia menor tras la aprobación de la Ley 1/2000. En este sentido, el AAP Lugo de 7 de diciembre de 2007 señala que “comparte la Sala con el apelante el Ministerio Fiscal que también recurre el criterio de que un acto de conciliación por su naturaleza no contenciosa en la que la labor judicial es de mera mediación no hace necesario que sea tramitado por un Juzgado de lo Mercantil, a diferencia de lo que ocurre con las diligencias preliminares que por razón de la materia llevan a una conclusión diferente, siendo este criterio ya pacífico en esta demarcación provincial por lo que la resolución ha de ser revocada”²⁸.

El fundamento de la conciliación no es otro que siempre resulta preferible resolver el conflicto por un acuerdo al que las partes lleguen voluntariamente que la solución impuesta por otra persona, por imparcial que sea o por mucha autoridad que pueda tener.

Sin embargo, ambas figuras, como bien se señala en la doctrina, por tener distintos objetivos son compatibles, es decir, pueden sucederse en el tiempo: cabe solicitar una diligencia preliminar para obtener un dato necesario para la correcta formulación de la pretensión y, conseguido éste, intentar una conciliación previa al proceso; y también es posible acudir a una conciliación, descubrir en este acto la ausencia de una

²⁷ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional ...*, ob. cit., p. 148.

²⁸ Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), Auto núm. 583/2007 de 7 septiembre, JUR 2008\51444.

información esencial para demandar, y solicitar a continuación una diligencia preliminar ²⁹.

2. La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba

Como novedad de la legislación de 2000, bajo esta denominación se recogen dos instituciones procesales distintas: las medidas de anticipación de prueba, que suponen la verdadera práctica de la prueba con anterioridad al inicio del procedimiento (o una vez iniciado éste, en un momento anterior al previsto); y las medidas de aseguramiento de prueba, que pretenden que, en el momento procesal ordinario, tenga sentido proponer y sea posible practicar una prueba pertinente y útil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en su artículo 261.3^a que la diligencia preliminar pueda ir acompañada de una medida de

²⁹ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 38. Un ejemplo real de la posible coincidencia de la conciliación y de la solicitud de diligencias preliminares se aprecia en la STS 7 diciembre 1988: “El primero de los motivos del recurso se ampara en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar error en la apreciación de la prueba, el cual, se argumenta por el recurrente del modo siguiente: el Tribunal «a quo» estimó como hecho acreditado la inexistencia de plazo determinado para la duración de la sociedad, no así, los requisitos relativos a que su disolución por la voluntad o renuncia de uno de los socios, debe hacerse de buena fe, en tiempo oportuno y ponerse en conocimiento de los otros socios (fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto de la sentencia recurrida), cuando, realmente, uno, al menos de dichos requisitos, «la puesta en conocimiento de los otros socios, de la voluntad de los demandantes de dar por extinguida la sociedad», quedó evidenciado, como se desprende de los documentos aportados con la demanda bajo los números 21, 23, 24 y 25 (concernientes a las diligencias Preliminares y Acto de Conciliación instados por los actores y celebrados con los demandados) que se citan como demostrativos del error. Atendiendo a la simple literalidad del escrito en el que fue solicitada la práctica de Diligencias Preliminares con los demandados y al de la papeleta de conciliación, resulta evidente que en ellos, el matrimonio actor expresó su clara e inequívoca voluntad de dar por finalizada la sociedad constitutiva, a partir de la fecha del 22 de abril de 1981, particular que, indiscutiblemente, llegó a conocimiento de aquellos demandados, toda vez que la esposa y el hijo absolvieron posiciones en el trámite de las Preliminares y acudieron a la celebración del acto conciliatorio, con lo cual, no es admisible que en los mencionados fundamentos de derecho, la Sala desconociera la concurrencia del requisito que versaba sobre la «puesta en conocimiento de los otros socios», y de aquí, haber incurrido en el error denunciado, lo que determina, sin necesidad de mayores razonamientos, la estimación del motivo. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 7 diciembre 1988, RJ 1988\9302.

aseguramiento de la prueba porque la finalidad de una y otra son diferentes.

Las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba tienen como finalidad adelantar o garantizar incluso antes del inicio del procedimiento aquella prueba relativa al fondo del asunto que corre el riesgo de no poder practicarse si se sujeta a las ordinarias disposiciones temporales. Las diligencias preliminares no son una prueba anticipada, lo que hacen o para lo que sirven es para favorecer el cumplimiento de los presupuestos procesales, para que el proceso quede debidamente instaurado. No obstante, puede ocurrir que las diligencias preliminares, como bien se dice en la doctrina, pueden servir como medio para la obtención de alguna fuente de prueba o para la preconstitución de alguna; pero ello siempre como segunda finalidad respecto de lo primero que es la averiguación de la legitimación³⁰. Así mismo, la diligencia preliminar, a diferencia de la prueba anticipada, nunca consiste en la práctica misma de la prueba³¹.

Las diligencias preliminares, la prueba anticipada y el aseguramiento de prueba se asemejan en que en ambos casos se obtienen datos relevantes y garantías antes de que comience el proceso. Pero se diferencian en su respectivo fundamento. Así con las diligencias preliminares se trata de evitar errores no deseados en la configuración de un proceso, mediante el acceso a informaciones esenciales para la

³⁰ <<Pero es que, además y a mayor abundamiento, la exhibición que se pretende no es de la cosa mueble objeto del futuro proceso, sino que lo que se persigue es la obtención de un documento, o el conocimiento de la inexistencia del mismo, o de su contenido, que podría considerarse prueba determinante en ese procedimiento que se proyecta entablar (v. AAP de Zaragoza, sección 2, de 14 de Junio de 2011, ROJ: AAP Z 1270/2011), no teniendo las diligencias preliminares una finalidad de prueba anticipada o de aseguramiento de la prueba de hechos relativos al fondo del futuro proceso >>. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª), Auto núm. 15/2012 de 14 febrero, JUR 2012\154189.

³¹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, ob.cit. p. 58.

tutela pretendida, evitando así procesos inútiles ³². El fundamento de la prueba anticipada y del aseguramiento de prueba es el de conseguir la mayor justicia posible en la resolución que se adopte, impidiendo la pérdida de datos e informaciones importantes para la reconstrucción de los hechos alegados, y la garantía o aseguramiento para evitar su destrucción. Como señala el AAP Madrid de 19 de enero de 2010 << para que proceda la práctica de una prueba anticipada el artículo 293.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere que exista un temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, los actos probatorios no pudieran realizarse en el momento procesal generalmente previsto, (...) debiendo presentar el fundamento de ese temor de la imposibilidad de la práctica posterior de la prueba una cierta objetividad>>³³.

Las diligencias preliminares tienen por objeto preparar un juicio, normalmente el acta que recoja su resultado se aportará al proceso que se inicie. La prueba anticipada y el aseguramiento de la misma persiguen, respectivamente, su práctica, ante el temor de que no se pueda llevar a cabo en el momento legalmente previsto para hacerlo, y su garantía o

³² << Debe considerarse que la finalidad de las diligencias preliminares es la de facilitar a quien no los tiene, los datos precisos para evaluar la posibilidad de promover o no un proceso. Efectivamente es así e igualmente se comparte el criterio de interpretación amplia de esta finalidad para evitar situaciones de desigualdad de armas ante un proceso. Pero que la finalidad sea precisamente procurar esa igualdad no equivale a sustituir dicha finalidad por otra que lícita y atendible sea distinta a la prevista en el art. 256.1 LEC. Y ello por cuanto que este precepto indica objeto del juicio, la misma conlleva en realidad el anuncio no ya de lo que se va a pretender sino su causa (la referencia circunstanciada) de modo que su conocimiento integral supondrá el de la acción a entablar pues siempre con toda claridad que las diligencias preliminares - de aquí ese calificativo - tienen por objeto la preparación de un juicio. Sin esta referencia específica: << Todo juicio podrá prepararse >>, carecen de significado y, en consecuencia, de aplicación. Tanto es así que en el apartado 2 del art. 256 mencionado se exige la << referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar >>. Si para adoptarse estas diligencias se impone una explicación del este dato constituye elemento esencial del <<juicio que se quiere preparar>>. De lo contrario: la ausencia de ese juicio anticipadamente explicado y fundado, las diligencias preliminares pierden el objeto para el que se establecen>>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), Auto núm. 51/2010 de 12 marzo, JUR 2010\207820.

³³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Auto núm. 13/2010 de 19 enero, JUR 2010\105996.

aseguramiento, para evitar la destrucción o alteración de los objetos materiales o estados de cosas, resultando en su momento imposible practicar una prueba relevante o incluso carecer de sentido su proposición (art. 297.1 LEC).

Son numerosas las resoluciones judiciales que en la jurisprudencia menor tratan de poner de manifiesto la diferente finalidad de estas instituciones procesales. Así el AAP Pontevedra de 8 de octubre de 2008 declara que <<(…), habrá de tenerse en cuenta que no deben confundirse las diligencias preliminares con la prueba anticipada ya que son dos figuras diferentes, las primeras tienen por objeto preparar un juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión, cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso, artículo 293 de la LEC>>³⁴.

Igualmente el AAP Tarragona de 21 de junio de 2006 mantiene que << por lo que se refiere a la prueba anticipada, cabe señalar que la misma, pese a ciertas similitudes con las diligencias preliminares, que llevó a su tratamiento en un mismo capítulo en la L. Enj. Civil 1881, existe una fundamental diferencia, pues si las referidas diligencias se dirigen a preparar el juicio, obteniendo una información necesaria para confeccionar la demanda, la prueba anticipada persigue la realización de una prueba que más tarde no se podrá practicar. También cabe diferenciar las diligencias anticipadas de las medidas de aseguramiento de la prueba que se regula en los arts. 297 y 298 L. Enj. Civil que no consisten en practicar prueba sino en asegurar la fuente de prueba para que pueda llegar a practicarse en el momento legalmente previsto>>³⁵.

³⁴ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto núm. 182/2008 de 8 octubre, AC 2009\2173.

³⁵ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), Auto núm. 53/2006 de 21 junio, JUR 2007\18339.

En definitiva, la actual LEC contiene distintas figuras útiles a fin de poder utilizar el auxilio judicial, para preparar e iniciar también un procedimiento civil, pues además de la conciliación y de las diligencias preliminares, estas otras figuras como las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba, utilizadas para lo que son, facilitarán la preparación y posterior interposición de la demanda, unas (la conciliación, y las diligencias preliminares) facilitando determinados datos procesales (arts.399, 155 LEC); las otras (las medidas de anticipación y las de aseguramiento de la prueba) de fondo.

Sin embargo, la distinción entre diligencias preliminares y medidas de aseguramiento de la prueba se difuminan en la legislación más reciente en algunos supuestos, como sucede en los casos previstos en el art. 256.1.7º y 8º LEC, introducidos por la Ley 19/2006.

En este sentido, se ha puesto de manifiesto que “aunque la finalidad de las diligencias preliminares no es garantizar el resultado del ulterior proceso sino la de prepararlo, normalmente facilitando al demandante la obtención de determinados datos necesarios para la presentación de la demanda, como ya indicamos en nuestros autos de 5 y 12 de diciembre de 2008 , entre otros: ". cuando de la protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial se trata, la nueva ley ha pretendido reforzar la posición del futuro demandante proporcionándole la posibilidad de contar, con anterioridad a la interposición de su demanda, con materiales en los que la distinción entre la finalidad estrictamente "preparatoria" que ha constituido característica tradicional de las diligencias preliminares y la utilidad "probatoria" de esos mismos materiales aparece ciertamente difuminada" ³⁶.

³⁶ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 134/2012 de 14 septiembre. JUR 2012\335717.

En el mismo sentido y en relación a la solicitud de diligencias preliminares con el fin de preparar el acervo probatorio que permita justificar la cuantía de una pretensión de condena dineraria, se ha advertido que << constituirían una excepción a la regla general, por venir así configurados como una opción del legislador, aquellos supuestos en los que la propia legislación especial, imponga obligaciones de puesta a disposición de información a cargo de un sujeto precisamente para posibilitar la liquidación de una obligación de pago, que está legalmente configurada y que podría ser ulteriormente exigida en juicio, porque tales casos pueden ser subsumidos en la previsión del nº 9 del artículo 256.1 de la LEC. Ello supondría considerar la obtención de la información como el objeto específico de una diligencia preliminar que debería ser contemplada como una regla especial, como también lo son las de los nº 7 y 8 del citado precepto legal, con arreglo a las cuáles se justificaría, como una finalidad propia de este tipo de diligencias, el que se persiguiese con ellas el posibilitar la concreta cuantificación de una futura reclamación dineraria>>³⁷.

Por ello, la citada resolución insiste en que, junto a la finalidad preparatoria de las diligencias preliminares, algunas de ellas también tienen una utilidad probatoria reconocida en las reformas legislativas más recientes. En este sentido, recogiendo otras resoluciones judiciales en la misma línea, recuerda que <<en los autos dictados por esta sección 28ª de la AP de Madrid con fechas 5 y 12 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 71723) y 10 de febrero de 2012 ya explicábamos, a propósito de la finalidad meramente preparatoria que debería ser inherente a las diligencias preliminares, que existen especialidades justificadas por la protección especialmente intensa que el legislador ha pretendido brindar a

³⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 47/2012 de 16 marzo. AC 2012\773.

determinados derechos que han motivado que se haya optado por incluir entre las tradicionales diligencias preliminares (artículo 256.1 de la LEC determinados tipos de actuaciones en las que el componente "preparatorio" aparece desdibujado; por eso señalábamos lo siguiente : ". cuando de la protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial se trata, la nueva ley ha pretendido reforzar la posición del futuro demandante proporcionándole la posibilidad de contar, con anterioridad a la interposición de su demanda, con materiales en los que la distinción entre la finalidad estrictamente "preparatoria" que ha constituido característica tradicional de las diligencias preliminares y la utilidad "probatoria" de esos mismos materiales aparece ciertamente difuminada, pues no en vano se introduce en el Art. 328 L.E.C ., dedicado a la prueba documental, un apartado 3 cuyo contenido es prácticamente idéntico al del apartado 8º del Art. 256-1. Por lo tanto, el hecho de que, junto a la finalidad de preparar la demanda, el material así obtenido pueda también llegar a reportar a la entidad solicitante una utilidad estrictamente probatoria en el futuro proceso es circunstancia ya contemplada y asumida por la vigente legalidad y no constituye por ello una razón capaz de justificar la denegación de la diligencia en cuestión"³⁸.

³⁸ A lo que se añade que <<Esta doble configuración responde a la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual que, bajo la denominación de derecho de información, considera necesario poder ofrecer, en el ámbito del proceso civil, cauces para obtener información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios en los que se concrete la infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial, tal y como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2006, destacando a continuación que ". El acceso a los documentos bancarios, financieros o comerciales que estén bajo el control del presunto infractor es regulado como el contenido propio de otra nueva diligencia preliminar, también en este caso en relación con infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial cometidas mediante actos realizados con fines comerciales. El contenido de esta diligencia preliminar también se configura como diligencia de prueba para facilitar la obtención de pruebas en el curso de un procedimiento judicial..." >>.

3. Medidas cautelares

El hecho de que las medidas cautelares también puedan llegar a solicitarse y tramitarse con carácter previo al inicio del proceso tampoco puede empañar las diferencias de la institución cautelar con las diligencias preliminares, entre las que existen bastantes diferencias.

En lo que respecta al momento en que pueden acordarse las diligencias preliminares siempre deben tramitarse con carácter previo al inicio del proceso, ya que su función es prepararlo. Por el contrario, aunque las medidas cautelares también pueden solicitarse ante de la presentación de la demanda, eso es una situación excepcional prevista para los supuestos en los que concurran razones de urgencia o necesidad, pues el momento ordinario de solicitud de las diligencias preliminares es el de la presentación de la demanda principal (art. 730. 1 y 2 LEC), dada la estrecha relación de instrumentalidad que media entre aquéllas y ésta.

Fruto de lo anterior es la diferente duración de las diligencias preliminares y de las medidas cautelares. Las primeras nacen y mueren antes del inicio del proceso principal, estableciéndose la carga procesal de iniciarlo en el plazo de un mes computado desde la terminación de las diligencias preliminares (art. 256. 3 LEC).

Por el contrario, el nacimiento de las medidas cautelares se supedita a la pendencia de un proceso principal, vigente o inminente (art. 730. 2, II LEC) y pueden no extinguirse hasta que éste termine por sentencia firme (art. 745 LEC).

Diferentes son también los presupuestos de ambas instituciones. En el caso de las medidas cautelares dichos presupuestos son el *fumus boni iuris* (sostenibilidad de la pretensión o apariencia de buen derecho), el

periculum in mora (peligro de la demora), y la prestación de caución, tal y como se establecen en el artículo 728 LEC.

Las diligencias preliminares tienen como presupuestos la concurrencia de interés legítimo y justa causa (art. 258. 1 LEC), así como el ofrecimiento y constitución de caución (arts. 256. 6 y 258. 3 LEC).

Tienen pues, como presupuesto común, la constitución de una caución cuya finalidad es en ambos casos garantizar la responsabilidad del solicitante de unas u otras medidas por los daños y perjuicios que la realización de las mismas puedan comportar para su sujeto pasivo.

Pero difieren claramente en el resto de sus presupuestos, así como en la finalidad que persiguen estas dos instituciones procesales. Las medidas cautelares son aquel remedio arbitrado por el Derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo. Es decir, tienen por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pueda dictarse al final del proceso principal, garantizar la eficacia del resultado del proceso.

Por el contrario, con las diligencias preliminares no se persigue asegurar la efectividad del resultado de un proceso que ni siquiera se ha iniciado, sino que lo que se pretende es obtener la información necesaria para poder valorar si iniciar y desarrollar, en su caso, correctamente el proceso o juicio posterior³⁹. Integran en definitiva un proceso preparatorio común que tiene por objeto lograr la información sobre la admisibilidad y el fundamento mismo de la acción que se proyecta, con la finalidad de facilitar el desarrollo del juicio ulterior.

³⁹ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., pp. 40-41.

CAPITULO PRIMERO. SUPUESTOS DE DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SUS PRESUPUESTOS

I. Presupuestos

La característica propia de las diligencias preliminares previstas por la LEC en su art. 258 es, como el mismo indica, la de *ser preparatorias de un juicio*, su finalidad no puede ser otra que la de facilitar la posibilidad de conseguir la información necesaria para la presentación de la demanda por parte de quien esté legitimado para ello.

En consecuencia, la solicitud de este auxilio judicial para obtener información complementaria se basa en la imposibilidad de tener acceso a la misma de otro modo y en la necesidad de conocerla, a fin de poder deducir una determinada pretensión por quien se encuentra directamente afectado por su contenido.

Por lo tanto, para la concesión de las diligencias preliminares previstas en el art. 256 de la LEC es preciso acreditar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el art. art. 258. 1 de la LEC: interés legítimo, justa causa y adecuación de la diligencia solicitada a la finalidad perseguida.

Dicha regulación legal resulta confirmada a nivel de la jurisprudencia menor en la que se ha señalado que << (...) el artículo 256

de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los supuestos en los que cabe solicitar la práctica de diligencias preliminares, a través de un sistema de *numerus clausus*; por su parte el artículo 258 de la citada ley establece la posibilidad de que el tribunal deniegue la práctica de dichas diligencias preliminares en el caso de que entienda que no están justificadas, y a sensu contrario acordará su práctica cuando aprecie que las mismas son adecuadas a la finalidad perseguida por el solicitante. Y concurra justa causa e interés legítimo (...)>>⁴⁰.

En primer lugar, un presupuesto de la adopción de diligencias preliminares es la *adecuación de la diligencia a la finalidad perseguida por el solicitante*. La doctrina coincide en el significado básico de este requisito, que comporta que con la realización de la diligencia se puede conseguir la información deseada por el que la solicita. En este sentido, se considera que un medio es adecuado a un fin, cuando significativamente contribuye a la obtención del resultado apetecido, sin entrar a valorar si ese medio elegido es el más racional, consecuente y correcto ⁴¹.

Otros autores se refieren a ello con el término *utilidad* en el entendimiento de que este requisito exige verificar que la diligencia propuesta es *útil* al fin que se persigue ⁴², mientras que otros relacionan este requisito con la idea de proporcionalidad⁴³. Para la

⁴⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), Auto núm. 233/2010 de 21 octubre, AC 2010\1812.

⁴¹ PEDRAZ PENALVA, E., *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad en Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, p. 294 y ss. Este requisito es designado como *Gegeitnetheit* por el BVerfGE: PEDRAZ lo ha traducido como <<adecuación>> y GÓNZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, como <<idoneidad>> (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990).

⁴² ÁLVAREZ ALARCÓN, A., al respecto entiende que “como este requisito no contiene otra valoración que la de que el medio produzca el fin, es preferible emplear el término útil que el de adecuado o idóneo, que conllevan otras matizaciones que las meramente prácticas o empíricas”. *Las Diligencias preliminares ...*, ob. cit. p. 80.

⁴³ “La diligencia preliminar solicitada tiene que ser útil o adecuada a la finalidad perseguida por el solicitante. Por lo general ese juicio de adecuación es fácil de realizar, pues ha

justificación de este requisito de ordinario le bastará al solicitante con indicar la medida pretendida y el dato que busca conseguir con ella, consecuencia de ello deberá ser el que se produzca el enlace preciso y razonable con el fin perseguido.

Sin embargo, la idea de proporcionalidad implica otras connotaciones, como el que la diligencia solicitada produzca *la menor lesividad*. Es decir, si hubiera varias diligencias preliminares posibles a fin de conseguir la finalidad perseguida, siempre debe escogerse y justificarse la que produzca menor afectación u onerosidad a los intereses de la persona, y patrimonio, obligada a soportarla y cumplirla. En caso contrario, no solo el tribunal puede no acordarla, sino que incluso el requerido podría oponerse a la misma por existir otra que alcance el mismo fin con menor perjuicio para él.

Otros autores se han referido a esta última cuestión bajo el término de *exigibilidad* que significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin no puede ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o que lo haga de una manera menos gravosa; en definitiva, se trata del *principio de intervención mínima* o de *mínima lesividad*.

Además de lo anterior, con relación a este presupuesto debe tenerse en cuenta que para la valoración de su cumplimiento el solicitante debe hacer en la solicitud una “referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar” (art. 256. 2 LEC), pues sin la expresión de

sido el propio legislador quien por lo común lo ha hecho, estableciendo para cada caso concreto una diligencia preliminar. Por ello, el juicio de adecuación, o proporcionalidad, entre la diligencia interesada y la finalidad perseguida puede decirse que (cont. 499) es difícilmente separable de la justa causa, particularmente en el mayor número de los supuestos en los que el legislador ha establecido diligencias concretas”. GARNICA MARTÍN, J.F., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU), Iurgium Editores, 2000, T-I, p. 1167.

dicho extremo no resulta posible ponderar la adecuación de la diligencia solicitada con la finalidad perseguida.

En consecuencia, deben ser rechazadas las solicitudes de diligencias preliminares que no cumplan el requisito establecido en el art. 256. 2 LEC. Muestra de ello es el AAP Sevilla de 30 de septiembre de 2011, que argumenta en los siguientes términos: << (...) Los fundamentos del escrito inicial son notoriamente insuficientes para entender cumplidos los requisitos de los arts. 256.2 y 258 de la LEC. La justificación de la petición se limita a decir que "es imprescindible al objeto de ejercitar las acciones que procedan en orden a exigir las responsabilidades que concurren, con el fin último de que les sean resarcidos por las personas responsables los importantes daños y perjuicios que esta situación le está creando." Resulta obvio que no se concreta de manera detallada el objeto del juicio que se quiere preparar. Lo que es imprescindible para valorar si la diligencia es ajustada a la finalidad que el solicitante persigue (...) >>⁴⁴.

Subraya también la importancia del requisito, aunque desde una perspectiva más general, el AAP Tarragona de 24 de septiembre de 2008, que dice respecto de esta cuestión: "Adecuación de la diligencia a la finalidad que el solicitante persigue, que no puede ser otra que la expresada por el propio art. 256 LEC: preparar un proceso de declaración, recabando la información necesaria o el acopio de datos y elementos precisos para decidir sobre la aptitud personal de los sujetos, activo y pasivo; de la acción que se pretenda ejercitar; sobre la existencia y circunstancias del bien sobre el cual deba versar el proceso; o sobre el alcance y extensión de las pretensiones a ejercitar")⁴⁵.

⁴⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), Auto núm. 199/2011 de 30 septiembre, JUR 2011\439951.

⁴⁵ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª), Auto núm. 155/2008 de 24 septiembre, JUR 009\40603.

En segundo lugar, es preciso que pueda percibirse un interés legítimo como fundamento de la instancia del solicitante de la diligencia preliminar. En este sentido, el AAP Vizcaya de 4 de diciembre de 2007 señala que <<a la solicitud de diligencias preliminares (...) se ha de acompañar algún principio de prueba de la bondad de ese derecho que se pretende irrogar para su práctica, de ese interés legítimo que se aduce, lo cual a juicio de la Sala y discrepando de la resolución recurrida, se estima que concurre en el caso de autos y que por tal motivo procede la práctica de las diligencias preliminares interesadas lo que tiene por acreditado desde que se justificó que se celebró *un acto de conciliación* con la agencia inmobiliaria por cuenta de la propietaria de la vivienda en el que dicha inmobiliaria reconoció haber convenido con el actor un contrato de arrendamiento y la exigencia de documentos que lo acreditaban, por lo que en definitiva y dejando de lado que los contratos de arrendamiento pueden concertarse de manera verbal, no hay duda de que al amparo del art. 256 n° 1, 1° y 2° LEC, el Sr . Carlos Francisco, tiene interés en conocer: a.- el documento o contrato de arrendamiento y que él mismo firmó y del que no se le ha facilitado copia, respecto del cual niega su firma la Sra. Francisca a quien se atribuía la condición de arrendadora, para determinar la bondad de los hechos sustentadores de la pretensión a ejercitar; b.- el documento por el que la Sra. Francisca autorizaba a la Inmobiliaria Torrecasa para la realización de la gestión del contrato de arrendamiento, y ello como base para determinar si en consideración a tal fue o no conforme a derecho en el caso de autos>>⁴⁶.

En definitiva, el solicitante deberá convencer al tribunal tanto de lo imprescindible de la información que solicita como del escaso gravamen que para el afectado supone el sometimiento a la diligencia preliminar.

⁴⁶ Audiencia Provincial de Vizcaya, auto de 4 de diciembre de 2007, JUR 2008\127344.

Aquel primer requisito será o constituirá el *interés legítimo* que convierte en razonable la concesión de la diligencia preliminar. Y por otra parte es importante poner de relieve la trascendencia que tiene la información pretendida en relación con el proceso posterior, el error en que se podría incurrir en el supuesto de que se desconociera aquella y, por el contrario, la facilitación que supondría contar con este dato.

Por último, resulta necesario que la solicitud de diligencias preliminares responda a una justa causa, la cual puede equipararse a la relevancia de la información solicitada para la preparación de un juicio posterior, así como a la necesidad del recurso al auxilio judicial para la obtención de la información precisa para preparar un juicio ante la escasa colaboración del sujeto del que pretende obtenerse la información.

La necesidad de la diligencia preliminar se da cuando la información que se pretende conseguir con ella no se puede alcanzar por los propios medios de la persona interesada en su adquisición⁴⁷. Puede discutirse sobre el mayor o menor rigor con el que ese presupuesto debe ser entendido, “pero no que el mismo es indispensable para que la diligencia sea procedente, porque por su propio concepto la institución responde a la idea de necesidad”⁴⁸.

La jurisprudencia es un fiel reflejo de dicha realidad. En este sentido, el AAP Almería de 12 de noviembre de 2007 así la muestra y resume, al decir: <<Las diligencias preliminares, reguladas en dicho precepto como preparación de un juicio, están previstas con la finalidad de facilitar la posibilidad de conseguir la información documental necesaria

⁴⁷ “No se trata de una necesidad abstracta, identificable con la idea de interés que es presupuesto de la accionabilidad, sino que ha de tratarse de una necesidad concreta, derivada de las particulares circunstancias del caso y que debe ser justificada por quien la solicita”. GARNICA MARTÍN, Juan Fco., *Comentarios a la Nueva Ley*, ob.cit. p. 1166.

⁴⁸ GARNICA MARTÍN, Juan Fco., *Comentarios a la Nueva*, ob. cit. p. 1167

para la presentación de la demanda por parte de quien esté legitimado para ello.

La solicitud de este auxilio judicial para examinar un documento, a fin de que le sea exhibido, se basa en la imposibilidad de tener acceso al mismo de otro modo y en la necesidad de conocerlo, a fin de poder deducir una determinada pretensión por quien se encuentra directamente afectado por su contenido>>⁴⁹.

Ello significa que, cuando de documentos notariales se trate, el auxilio judicial sólo puede ser subsidiario. Efectivamente los documentos notariales se encuentran depositados en los correspondientes Protocolos y el artículo 265.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios o instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expedientes del que se pretenda obtener una certificación; añadiendo el párrafo segundo del referido precepto que, si lo que pretende aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior.

Por ello, son numerosas las resoluciones judiciales que niegan la exhibición de copias notariales de testamentos. Así, el AAP Barcelona de 27 de mayo de 2002 indica que “en el caso sometido a la consideración de esta alzada, ni de la solicitud objeto de examen ni de la documentación acompañada se desprende que el recurrente haya adoptado la indicada vía,

⁴⁹ Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), Auto núm. 102/2007 de 12 noviembre, JUR 2008\218925.

instando del Notario la exhibición u obtención de copia del testamento, siendo en cualquier caso y por lo antes expuesto la actuación judicial que se pretenda subsidiaria, requiriéndose la previa negativa del Notario a su exhibición>>⁵⁰.

En tal sentido, y con mayor o menor fundamentación al respecto, el AAP Cáceres de 13 de junio de 2001 pone de manifiesto que <<el demandante, en cuanto heredero forzoso del causante, puede pedir y obtener del correspondiente Notario autorizante copia de los actos de última voluntad que relaciona en el Suplico de la Demanda, de manera que la Diligencia Preliminar instada resulta inadecuada y carente de justificación, por lo que la decisión adoptada por el Juzgado a quo, rechazando la práctica de la misma, ha de reputarse correcta con fundamento en el artículo 258. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil>>⁵¹.

No obstante, este requisito es de general aplicación respecto de la solicitud de cualesquiera diligencias preliminares del art. 256 LEC. Por ello, el AAP Madrid de 23 de abril de 2004, con relación a una solicitud de diligencias preliminares formulada por una asociación de consumidores al amparo del art. 256. 1. 6ª LEC estima que: "con arreglo a los preceptos citados, y al art. 256.6 de la LEC, es claro que debe accederse a la solicitud de la asociación actora. Este precepto establece que todo juicio podrá prepararse " por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando no estando determinados sean fácilmente determinables..." disponiendo que el Tribunal adoptará las medidas oportunas en averiguación de los integrantes

⁵⁰ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), Auto de 27 mayo 2002, JUR 2002\208711.

⁵¹ Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), Auto núm. 38/2001 de 13 junio, JUR 2001\228492. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), Auto de 27 mayo 2002, JUR 2002\208711.

del grupo incluyendo el requerimiento del demandado para que contribuya a dicha determinación. *Es evidente la imposibilidad o dificultad grave cuando menos para el demandante potencial de obtener los datos que solicita*, debiendo estimarse el recurso, siendo el juzgador quien fije en su caso la caución exigible”⁵².

Fue también por dicha razón por la que el AAP Madrid de 14 de enero de 2009 desestimó la solicitud de exhibición de documentos a la entidad BBVA Privanza, a la que se pretendía demandar, relacionados con la cartera de inversiones del solicitante, lo que hizo, no por no considerar el supuesto comprendido en el número 2º del apartado 1 del art. 256 LEC, sino porque la solicitante no había acreditado haber solicitado previamente los documentos a la citada entidad y que ésta se los hubiera denegado, entendiéndose que << *es presupuesto indeclinable de la admisibilidad de las diligencias preliminares la previa acreditación de la falta de colaboración voluntaria del sujeto frente a quien se interesan o de lo infructuoso de las gestiones emprendidas para obtenerlos (...)* >>⁵³.

La necesidad de la diligencia solicitada para la preparación del proceso puede considerarse que existe, siempre que la diligencia interesada sea imprescindible o, incluso, conveniente para la correcta interposición de la demanda. Con la actual regulación este tipo de necesidad debe ser entendido en términos más abiertos o generosos –no en términos tan estrictos como con el régimen establecido con la LEC de 1881 se habían venido entendiendo–, comprensivos tanto de la necesidad estricta como de la simple conveniencia práctica, que esté razonablemente fundada. Además, estas diligencias preliminares tienen un carácter más abierto, pues no responden a la idea de diligencias imprescindibles, sino más bien a

⁵² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 112/2004 de 23 abril, JUR 2004\247420.

⁵³ Audiencia Provincial de Madrid, auto de 14 de enero de 2009, JUR 2009, 211811.

la de diligencias convenientes o útiles para el proceso que se quiere iniciar
54 .

Junto a lo anterior, precisa resulta la *relevancia* de la información que se persigue obtener, por lo que hay que demostrarle al tribunal que sin su realización no se podría instar el proceso posterior con las mínimas garantías para que pudiera desarrollarse con éxito, bien porque se desconoce un dato esencial para la correcta configuración de los presupuestos del proceso, bien porque se ignora una información fundamental relativa a los presupuestos de la propia acción ⁵⁵. Debe explicarse por el solicitante la razón de su petición. Ello llevará a la ponderación entre la importancia para el futuro proceso de la información que se solicita y, por otro lado, a su vez, la importancia de los daños y perjuicios que el requerido pueda sufrir, incluso en la esfera de su intimidad, al quedar sometido a la diligencia preliminar y sus consecuencias. Esto nos lleva *al principio de proporcionalidad* ⁵⁶, que no tiene otra significación que la de que <<la gravedad de la lesión y la trascendencia de sus razones justificativas han de estar en adecuada proporción >> ⁵⁷. Hay que apreciar qué fundamenta la petición de diligencia preliminar y la existencia misma en la legislación, y qué tipo de perjuicio se causa con su práctica.

La trascendencia de ambos extremos tiene su reflejo en la jurisprudencia menor. En ella con innegable claridad el AAP Las Palmas de 10 de junio de 2010 declara que la justa causa consiste en “la

⁵⁴ GARNICA MARTÍN, Juan Fco., *Comentarios a la Nueva Ley*, ob. cit. p. 1166.

⁵⁵ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias*, ob. cit. p. 53.

⁵⁶ ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias preliminares* ..., ob. cit. p. 82 y BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias*, ob. cit. p. 83.

⁵⁷ PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana*, en Poder Judicial, 1990, p. 291.

justificación de la diligencia que se pide para la preparación del eventual futuro proceso, lo que implica que el solicitante necesite algún tipo de ayuda judicial para conocer cuestiones esenciales y que ese auxilio interesado sea proporcional, lo que provoca que se excluya cualquier ayuda abstracta y genérica, y, además, será necesario que se aprecie cierta resistencia o negativa de quien ha de proporcionar esos datos indispensables para promover el proceso ulterior. Todo ello supone, por su propia naturaleza meramente instrumental, preparatoria y aclaratoria, o incluso para preservar el principio de igualdad entre las partes que: a) Sólo procederán cuando haya imposibilidad de tener acceso a lo que se solicita de otro modo, esto es, que estas diligencias preliminares, como auxilio a la parte que son, deben ser acordadas exclusivamente cuando no haya otro medio de preparar el ejercicio de la acción que el solicitante se propone ejercitar; b) Sólo procederán cuando sea necesario el conocimiento o la información que se solicita para preparar el futuro procedimiento, conocimiento o información que ha de ser esencial o relevante para tal fin (...)”⁵⁸.

Sin embargo, la concesión de las diligencias preliminares, o incluso la simple admisión a trámite de la solicitud, requiere no solo la alegación de concurrencia de los presupuestos, sino su justificación.

Por lo que respecta a lo primero, se ha puesto de manifiesto con acierto y claridad que la concurrencia de los presupuestos debe producirse desde el principio, sin que la adopción inicial de las diligencias preliminares pueda acordarse de modo automático. Así, el AAP Madrid del 1 de diciembre de 2010 advierte que “<< (...) la solicitud de diligencias preliminares a un órgano judicial, aunque subyazca el derecho

⁵⁸ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), Auto núm. 175/2010 de 10 junio. AC 2010\1616.

del interesado a obtener información suficiente para poder plantear un litigio, no supone, en modo alguno, que el juzgado deba limitarse a acordarlas, de modo automático, a resultas de la posibilidad del afectado de oponerse a su práctica. Por contra, se exige un juicio previo de admisibilidad por parte del juez, que deberá comprobar, desde el inicio, como exige el núm. 1 del artículo 258 de la LEC, si la petición resulta debidamente justificada, debiendo constatar lo siguiente: 1º) que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo; y 2º) que la diligencia que se le pide sea adecuada a la finalidad que el solicitante persigue. Si no se cumpliese alguno de estos requisitos deberá denegar la diligencia interesada ”⁵⁹.

Por lo que se refiere a la justificación de la concurrencia de los presupuestos pueden percibirse en la jurisprudencia menor dos corrientes de signo contrario. Una primera corriente jurisprudencial asume una posición más estricta respecto del grado de acreditación necesario para la adopción de las diligencias preliminares. A ella pertenece el AAP Zaragoza de 20 de marzo de 2006, en el que se razona que “conforme a ello, no cualquier persona puede interesar su práctica, pues el juez debe verificar, tal y como impone el artículo 258, que la medida no sólo es adecuada a la finalidad que el solicitante se propone obtener sino que concorra justa causa e interés legítimo, debiendo rechazarse cualquier petición que no se justifique en función de aquella finalidad, por cuyo motivo por un lado el párrafo segundo del primer señalado artículo exige al instante «Una referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar», y el segundo de los citados establece que el «Tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas», y por lo mismo el posterior artículo 260. 2 prescribe que una

⁵⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Auto núm. 333/2010 de 1 diciembre, AC\2011\182.

vez finalizada la vista «El Tribunal resolverá mediante Auto si considera que la oposición es justificada, o si, por el contrario, carece de justificación», *exigencias estas relativas a la causa justa e interés legítimo que, a tenor de los preceptos citados, vienen siendo exigidas con una cierta rigurosidad* habida cuenta de la amplitud de las diligencias cuya práctica puede pedirse y la debida protección de los derechos que pudieran quedar afectados, (...) >>⁶⁰.

Por el contrario, existe una segunda corriente jurisprudencial que se muestra mucho más flexible en las exigencias de acreditamiento de los presupuestos de las diligencias preliminares. Así el AAP Soria de 19 de noviembre de 2009 argumenta que << (...) ciertamente, el apartado 1 del artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza al Tribunal para rechazar la petición de Diligencias Preliminares realizada si no considerare que ésta resultan justificadas, más no es menos cierto que *el expresado precepto no debe interpretarse con excesivo rigor formal, que además sería incompatible con la naturaleza de este tipo de Diligencias,* (...) por lo que forzoso es reconocer la concurrencia en la solicitud de justa causa e interés legítimo, apreciándose que las tan repetidas Diligencias son adecuadas a la finalidad que la parte solicitante persigue, de modo que la solicitud instada ha de entenderse debidamente justificada, sobre todo cuando se incardina, sin necesidad de ninguna interpretación forzada ni especial, en el ámbito del número 4 del apartado 1 del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) >>⁶¹.

⁶⁰ Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª). Auto núm. 156/2006 de 20 marzo, JUR\2006\126805. La cursiva es nuestra.

⁶¹ Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), Auto núm. 91/2009 de 19 de noviembre, JUR 2010\36698240. La cursiva es nuestra.

En el mismo sentido, el AAP Cáceres de 7 de febrero de 2007 señala que <<(…) *el expresado precepto no debe interpretarse con excesivo rigor formal que además sería incompatible con la naturaleza de este tipo de Diligencias*, rigor interpretativo que, incluso, resulta abiertamente desproporcionado en el supuesto de autos si se atiende al objeto del Proceso que pretende interponer la solicitante y a la cumplida justificación del fundamento de la Diligencia Preliminar instada (comprendida de forma expresa y taxativa en el artículo 256.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que forzoso es reconocer la concurrencia en la solicitud de justa causa e interés legítimo, apreciándose que la tan repetida Diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue, en la medida en que, ante la pretensión de una futura reclamación de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, resulta adecuado - y lógico- que al derecho del solicitante interese dirigir su pretensión de resarcimiento frente a la Compañía de Seguros que tuviera cubierta la responsabilidad civil derivada de la actividad desarrollada en el establecimiento donde se produjo el suceso, de modo que la solicitud instada ha de entenderse debidamente justificada, sobre todo cuando -en último lugar- las personas requeridas pueden oponerse a la práctica de las Diligencias Preliminares en los términos que contempla el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)>>⁶².

En la misma línea, y más extensamente, el AAP Madrid de 134 de junio de 2005 razona que << (...) *es deseable acompañar la solicitud con cuantos más elementos probatorios mejor. Pero su falta tampoco puede constituir un obstáculo infranqueable porque en gran parte de los casos el solicitante no tendrá más elementos que la apariencia o la atribución*

⁶² Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), Auto núm. 32/2007 de 7 febrero, JUR 2007\138722.

*que hace así mismo de un derecho que luego se ha de discutir ante los Tribunales. Pero al no conocer o tener dudas sobre determinados puntos que pueden afectar a la legitimación, o a la existencia o contenido del documento, o a la identidad de la cosa, etc., y dada la probabilidad por ello de un proceso inútil (por dirigirse contra persona no legitimada o en relación a una cosa que luego resulta inexistente o distinta), la ley arbitra el instituto de las diligencias preliminares para mitigarlo en la medida de lo posible, en cuyo expediente no debe aplicarse el mismo rigor del proceso ordinario en orden a la acreditación de los hechos, dado que precisamente, tienen por objeto facilitar el conocimiento de determinados elementos a quien deba promoverlo>>*⁶³.

A mi juicio, esta corriente jurisprudencial es la que debiera consolidarse. Verdaderamente es deseable acompañar a la solicitud cuantos más elementos probatorios, mejor. Pero su falta tampoco puede constituir un obstáculo infranqueable, porque en gran parte de los casos el solicitante no tendrá más elementos que la apariencia o la atribución que hace a sí mismo de un derecho que luego se ha de discutir ante los Tribunales.

⁶³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), Auto núm. 113/2005 de 13 de junio. JUR 2005\265132. Por lo que se concluye que “por esta razón, el Tribunal considera que debe accederse a lo pedido. Al venir fundada en la muerte de una persona, basta la sola alegación de este hecho para entender que no estamos ante una petición caprichosa o infundada dada la gravedad del suceso en que se asienta, teniendo en cuenta, también, que tampoco supone un gravamen importante para las entidades farmacéuticas, dado que lo pedido es la exhibición de una póliza de seguro de responsabilidad civil para obtener copia auténtica (art. 256.1.5º)”.

II. Supuestos de diligencias preliminares

La LEC recoge una serie de supuestos que bajo la rúbrica de *clases de diligencias preliminares y su solicitud* enumera en nueve apartados, que como muy bien se dice en la doctrina pueden reconducirse a dos categorías: diligencias de declaración y diligencias de exhibición. Las primeras, las de declaración, se refieren a aquellas que buscan que un sujeto declare sobre un dato personal necesario para la correcta formulación de la pretensión del proceso posterior. Se satisfacen pues con una simple declaración del sujeto. Las segundas, las de exhibición, por el contrario suponen la aportación y examen de un objeto concreto sobre el que versa la actuación, con el fin de extraer una información necesaria para el proceso posterior. Ello no es baladí, no es superfluo pues facilitará y consecuentemente permitirá la posterior aplicación analógica ⁶⁴ - "analogía legis" - a aquellos

⁶⁴ <<El artículo 4,1 del Código Civil dispone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, de modo que la analogía se configura en la doctrina (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3609)) como el procedimiento de aplicación del derecho por virtud del cual se aplica la norma establecida para un caso previsto a la solución de otro no previsto, atendida la esencial igualdad que existe entre ambos, por lo que responde al principio de que si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta ("ubi eadem ratio legis est, ibi eadem iuris dispositio". Y añade esta, a mi juicio, fundamentada resolución : Ahora bien, la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, 10 mayo 1996 (RJ 1996, 3871) , 21 noviembre 2000 (RJ 2000, 9312), 13 junio 2003 (RJ 2003, 4127) , 28 junio 2004 (RJ 2004, 4320) , 18 mayo 2006 (RJ 2006, 2366)) exige como requisitos la existencia de una laguna legal respecto del caso contemplado, igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, y que el legislador no haya prohibido la aplicación del método analógico. Asimismo indica la jurisprudencia que se entiende que existe semejanza cuando en el supuesto de hecho no regulado están los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 mayo 1996 (RJ 1996, 3871) y 21 noviembre 2000 (RJ 2000, 9312)) y que debe acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 febrero 1998 (RJ 1998, 639) y 21 noviembre 2000 (RJ 2000, 9312)), y es que, como enseña la mejor doctrina, no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley>>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), Auto núm. 15/2009 de 22 enero, AC 2009\1185. Por más la indicada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1988, dice expresamente: La Exposición de Motivos del D. 31 mayo 1974 (RCL 1974\1385 y NDL

casos no expresamente previstos por el artículo 256.1. LEC y que revelen una indudable identidad de razón con los contenidos expresamente en aquella ⁶⁵.

En sentido análogo, similar clasificación de las diligencias preliminares se ha apuntado en la jurisprudencia menor, entre cuyas resoluciones la SAP Jaén de 15 de octubre de 1999 señala que << el artículo 256.1 LEC, apartados 1º, 3º, 4º, y 5º se refieren a la legitimación, *activa* el 3º, y el 6º o, *pasiva* el 1º, y el 5º de los futuros litigantes en el pleito posterior que se prepare, siendo en estos casos la finalidad de las diligencias preliminares la correcta determinación de las personas que han de integrar la relación jurídica procesal en el futuro pleito, y declarativas y/o mixtas si exhiben; y las demás mixtas es decir de declaración y/o exhibición, anticipación de la prueba, que se encuentra legalmente admitida, en sede de diligencias preliminares, únicamente en las materias específicas que se contemplan, que son las de sociedades el 4º, o las reguladas en leyes especiales el 7º, el 8º, y el 9º, de la Ley 19/2006, de 5 de junio. En definitiva: Los supuestos de diligencias preliminares, pueden

18760) que aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que «*no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto* NDL 18760) que aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que «*no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto* NDL 18760) que aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que «*no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto* o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los *supuestos expresamente configurados* es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto»; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados>>. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 130/1998 de 20 febrero, RJ 1998\639.

⁶⁵ BANACLOCHE PALAO, J, *Las Diligencias...*, ob. cit. p. 72.

dividirse en dos grandes grupos; la declaración del solicitado y la exhibición por éste de algún documento y otra cosa mueble>> ⁶⁶.

1. Sistema de determinación de las diligencias: *¿numerus clausus o apertus?*

Habría que iniciar esta cuestión partiendo de la LEC/1881 en relación con la actual LEC 1/2000 desde la perspectiva del tiempo. Quizás no convendría olvidar tampoco la antigua LEC de 1855, con la que se llegó muy especialmente a desvirtuar, si no el contenido, sí la aplicación de aquella LEC en lo que a las diligencias preliminares se refiere, que ya había, con anterioridad y eficazmente por cierto, avanzado y concretado la Codificación, tras el Derecho Romano y las Partidas. La labor había sido eficaz hasta dicho momento histórico.

No hay que olvidar que la LEC/1881 siendo estricta en la aplicación de los supuestos previstos por la misma, sin embargo no era ajena a una interpretación no tan restrictiva ni extensiva ⁶⁷ como a simple vista puede parecer, pero sí era sin embargo más restrictiva que la actual.

⁶⁶ Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), Sentencia núm. 406/1999 de 15 octubre, AC 1999\2313.

⁶⁷ Así lo pone de manifiesto la siguiente resolución, que dice: << Ahora bien, al margen de lo anterior, el art. 497 de la LECiv faculta al solicitante para pedir la exhibición del documento o documentos que, siéndole necesarios para interponer la futura demanda, no disponga de ellos por estar en poder del contrario, con el que mantiene una relación jurídica en base a la que vendría obligado a exhibirlos. Es cierto que el núm. 3º del referido precepto se refiere exclusivamente al «testamento, codicilo o memoria testamentaria», pero con unanimidad la doctrina procesalista lo extiende a todo documento que se encuentre protocolizado o archivado en un despacho u oficina pública o mercantil. En el presente caso se trata de un banco, que en virtud de la relación de depósito constituido por la solicitante, puede ser requerido a que exhiba todos los apuntes contables correspondientes a la imposición llevada a cabo por la solicitante. Desde esta perspectiva tiene plena razón la citada; y mucho más si se tiene en cuenta la irregular conducta del órgano judicial, que acepta en un principio en su totalidad la solicitud, ordenando la práctica de la confesión y del requerimiento instados, para luego denegarla, lo que constituye un volver en contra de sus propios actos, absolutamente impropio del actuar judicial,

Muestra de su carácter restrictivo eran por ejemplo las limitaciones establecidas respecto de la diligencia de exhibición de cosas. En este sentido, el AAP Palma de Mallorca de 30 de junio de 2009 recuerda que: << Tradicionalmente, la actio ad exhibendum viene referida a cosas muebles. Desde su nacimiento en época romana hasta la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 así había sido, disponiendo el antiguo artículo 497.2º que todo juicio podría prepararse pidiendo la exhibición de la "cosa mueble" que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que se trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder. Bajo tal regulación no había cuestión alguna que dilucidar: la referencia expresa a muebles evitaba cualquier problema de interpretación>>⁶⁸.

Ahora, prueba de que un sector de la jurisprudencia menor venía haciendo una interpretación laxa de los supuestos de diligencias preliminares regulados en el art. 497 LEC 1881 son resoluciones como el AAP Navarra de 20 de mayo de 1999, cuya acertada y profunda fundamentación merece ser reproducida. Así en la misma se declara que “a) en principio, el art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de cuya aplicación aquí se trata, establece una serie de medidas, que desarrolla luego, respecto a alguna de ellas (las tres primeras) individualmente, en los artículos que siguen hasta el 501 inclusive, y que se refieren al anticipo de prueba, antes del inicio del juicio oral, como de obtención que pudiera ser imprescindible para poder plantear una demanda civil, y que afectan al conocimiento del objeto de la misma, determinación de interesados en una

salvo que se hubiese incurrido en un vicio esencial del procedimiento, lo que no es así>>. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), Auto núm. 94/1999 de 22 noviembre, AC 1999\8143.

⁶⁸Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, auto de 30 de junio de 2009, (JUR 2009, 352169).

herencia, conocimiento de títulos de propiedad, a efectos de evicción, y de los libros de una sociedad para el ejercicio de una acción de responsabilidad social, pareciendo, pues, dicha enumeración mínima, y referida a los casos más comunes, pues no cabe duda de que pueden existir otros supuestos en que la parte presunta demandante tenga necesidad de obtener datos para evitar pleitear sin conocimiento de ellos, en cuanto sean imprescindibles ; b) se trata, por lo tanto, de «integrar» analógicamente aquellos supuestos en el precepto, a la que pueda afectar al rótulo de la Sección de la Ley en que se inserta el mismo («Diligencias Preparatorias», y del propio art. 497: «todo juicio podrá prepararse»), función que sin duda corresponde a los Tribunales de Justicia, de acuerdo con los arts. 3.º y 4.º del Código Civil, aplicables a esta materia procesal también, conforme al 4.º.3, sin que ello suponga invasión alguna de la función legislativa, sino ejercicio congruente de la jurisdiccional, que el propio legislador le encomienda, para adecuar sus preceptos a la realidad social cambiante y en evitación de una casuística agotadora de la norma, que no debe perder su calidad de generalidad ⁶⁹.

En la misma línea se pronunciaban otras resoluciones como el AAP Asturias de 20 de mayo de 1999, en el que se postula una interpretación amplia de los documentos sucesorios a los que se refería el art. 497. 3 LEC 1881 ⁷⁰.

⁶⁹ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), Auto núm. 96/1998 de 23 octubre, AC 1998\2003. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), Auto núm. 58/1999 de 20 mayo, AC 1999\840.

⁷⁰ Así lo pone de manifiesto la siguiente resolución, que dice: «< Ahora bien, al margen de lo anterior, el art. 497 de la LECiv faculta al solicitante para pedir la exhibición del documento o documentos que, siéndole necesarios para interponer la futura demanda, no disponga de ellos por estar en poder del contrario, con el que mantiene una relación jurídica en base a la que vendría obligado a exhibirlos. Es cierto que el núm. 3º del referido precepto se refiere exclusivamente al «testamento, codicilo o memoria testamentaria», pero con unanimidad la doctrina procesalista lo extiende a todo documento que se encuentre protocolizado o archivado en un despacho u oficina pública o mercantil. En el presente caso se trata de un banco, que en virtud de la relación de depósito constituido por la solicitante, puede ser requerido

Actualmente es mayoritario el criterio que entiende que las diligencias preliminares reguladas en el art. 256 LEC 1/2000 constituyen «*numerus clausus*». Ello quiere decir que sólo puedan solicitarse y acordarse como diligencias preliminares las que aparecen expresamente comprendidas en el art. 256.1. LEC, ya nominatim o por la remisión que a leyes especiales efectúa el hoy núm. 9.º del art. 256.1 LEC, tras la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

Consecuentemente, ello significa que deben rechazarse cuantas diligencias preliminares no estén concretamente previstas en la LEC 1/2000 o en otras leyes especiales en base a la necesidad de salvaguardar el principio de la seguridad jurídica y evitar que se puedan interesar y llevar a cabo diligencias con propósito distinto del que el legislador ha reputado digno de protección; o las dirigidas a conseguir finalidades distintas o diferentes de las que normativamente están previstas ⁷¹.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley, señala por un lado «.. el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso...»; y, por otro, la prudente intención de

a que exhiba todos los apuntes contables correspondientes a la imposición llevada a cabo por la solicitante. Desde esta perspectiva tiene plena razón la citada; y mucho más si se tiene en cuenta la irregular conducta del órgano judicial, que acepta en un principio en su totalidad la solicitud, ordenando la práctica de la confesión y del requerimiento instados, para luego denegarla, lo que constituye un volver en contra de sus propios actos, absolutamente impropio del actuar judicial, salvo que se hubiese incurrido en un vicio esencial del procedimiento, lo que no es así>>. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), Auto núm. 94/1999 de 22 noviembre, AC 1999\8143.

⁷¹ En tal sentido, entre otras, las siguientes resoluciones lo ponen de manifiesto, AA AAPP de Barcelona, Secc. 17.ª, núm. 108/2007, de 12 de junio de 2007 (RA 0141/2007; Pte. Ilmo. Sr. Valls Gombau; Id. Cendoj: 08019370172007200127); de Barcelona, Secc. 14.ª, núm. 130/2007, de 2 de julio de 2007 (RA 0327/2007; Pte.: Ilma. Sra. Font Marquina; Id. Cendoj: 08019370142007200129); y de Barcelona, Secc. 1.ª, núm. 198/2007, de 26 de julio (RA 0453/2007; Pte.: Ilmo. Sr. Recio Córdova; Id. Cendoj: 08019370012007200175)].

establecer un catálogo suficientemente amplio de diligencias «... aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas».

Así lo refleja el AAP Barcelona de 10 de octubre de 2011 cuando señala que: «... las diligencias preliminares (actual art. 256 frente al anterior 497 LEC 1881), constituyen un *numerus clausus* (art. 257), en cuanto a las asumibles (solo caben las recogidas en el mencionado precepto, a salvo las recogidas en leyes especiales), si bien están concebidas en términos de gran amplitud (a la vez que se amplían los supuestos del precepto derogado, aunque se suprime la exhibición de títulos o documentos para el caso de evicción)>> ⁷².

En el mismo sentido, el AAP Madrid de 21 de octubre de 2011, con referencia a otras resoluciones anteriores del mismo tribunal, establece que " tal y como recoge la Exposición de Motivos de la LEC 2000, aun cuando se reconoce haber aumentado los supuestos con arreglo a los que pueden ser solicitadas las diligencias preliminares, debe entenderse "sin llegar al extremo de que sean indeterminadas", de modo que el Legislador trató de " evitar una indeterminación que permita la interpretación de existir *numerus apertus* en cuanto a las diligencias susceptibles de solicitud, al margen de la enumeración legal contenida en el art. 256 de la LEC ">> ⁷³.

Todo ello viene a poner de manifiesto que básicamente es preciso que la diligencia solicitada se encuentre específicamente prevista por el legislador, pues a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares (arts. 726 y 727 LECivil), no serán admitidas por los tribunales de justicia las diligencias preliminares «indeterminadas», en palabras de la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, párrafo 10.º del Apartado X.

⁷² Auto Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 13ª, núm. 147/2011, de 10 de octubre (ROJ: AAP B 6782/2011; RA: 885/2010).

⁷³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), Auto núm. 192/2011 de 21 octubre, JUR 2012\2232.

En la misma línea, el AAP Alicante de 12 de enero de 2011 razona que: “ las diligencias preliminares en su actual regulación no pueden considerarse como indeterminadas o indefinidas, sino que al igual que acontecía con las previstas en la anterior Ley es claro que se trata de diligencias específicas y típicamente determinadas, esto es, solo son susceptibles de acordarse las previstas en el artículo 256, que amplían su espectro en relación con el artículo 497 anterior, y las que se recojan en las leyes especiales, a las que específicamente se refiere el párrafo 7.º del artículo 256.1, de manera que no caben otras diligencias que no sean las que en dicho precepto están previstas. Por otra parte, que la relación de medidas susceptibles de ser acordadas constituya una enumeración cerrada no significa que la interpretación a las medidas típicas haya de ser restrictiva”⁷⁴.

Por lo demás, refleja bien el estado de la cuestión e incluso la posición del Tribunal Supremo al respecto el AAP Madrid de 26 septiembre 2012, en el que se fundamenta que “el carácter de «numerus clausus» ha sido proclamado con anterioridad por esta Sección (ad ex., AAP de Madrid, núm. 85/2012, de 9 de marzo). Es además la pauta seguida por la mayoría de Audiencias Provinciales del país -citando como ejemplo el Auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28-1-2009 -, y es la opinión del Tribunal Supremo, Sala Primera, plasmada en el Auto de 11 de noviembre de 2.002 en cuyo fundamento jurídico 2.º, (...) afirma que: «... Interesa destacar que, planteada en la «praxis», si tales diligencias se encuentran o no sujetas a un «numerus clausus», o sea si sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley o pueden pedirse respecto a otros supuestos de análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales en sus

⁷⁴ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª), Auto núm. 1/2011 de 12 enero, AC 2011\279.

sentencias siguieron el criterio taxativo, otras las admitieron en supuestos no previstos en la ley, si bien predominó el criterio restrictivo. Tal criterio es el hoy existente en la nueva Ley pues aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así, porque ha suprimido alguno de la Ley precedente - «ad exemplum»-, la exhibición de títulos en casos de evicción a que se refería el art. 497, 4.º LEC de 1881, pero ha creado nuevos supuestos, como el núm. 6 del actual art. 256 referido a la defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios. Finalmente, el núm. 7 (hoy, tras Ley 19/06 de 5 junio, pasa a ser el núm. 9) admite otros supuestos para la protección de determinados derechos previstos en leyes especiales. Por tanto la conclusión, es que sólo pueden considerarse Diligencias Preliminares las establecidas en el art. 256 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil o «las establecidas en las correspondientes leyes especiales», a que se refiere el núm. 7 de dicho artículo»⁷⁵.

Frente a esta situación, es cierto que la LEC/1881 utilizaba un sistema de *numerus clausus* en el que no se podían utilizar otras diligencias preliminares más que las previstas por su artículo 497, con alguna excepción basada en una tímida aplicación analógica, incluso extensiva, pero nada más, se llega al ocaso de las diligencias preliminares tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, que no se resigna a su desaparición como se preconizaba, al no considerarse de utilidad por diversos motivos. Las diligencias preliminares sin embargo, aunque a partir de la LEC 1/2000, - los arts. 256 a 263 LEC abordan la regulación de las diligencias preliminares que con anterioridad

⁷⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), Auto núm. 297/2012 de 26 septiembre, JUR 2012\ 360367. En el mismo sentido, entre otras, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 165/2011 de 27 junio, JUR 2011\288697. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª), Auto núm. 116/2010 de 4 mayo, JUR 2010\291540. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 69/2010 de 12 marzo, JUR 2010\221266.

se encontraban reguladas en los art. 497 a 502 LEC 1881-, son ampliadas⁷⁶, mantienen su carácter restrictivo, al requerir expresa previsión legal.

El criterio de la jurisprudencia es claro, reiterativo, y constante hoy por hoy, se inclina por la interpretación flexible y extensiva, y por la interpretación analógica, dentro de un sistema de determinación de *numerus clausus*.

En este sentido, el AAP Madrid de 26 septiembre 2012, mantiene la existencia de un sistema de *numerus clausus* <<sin perjuicio de la interpretación flexible que han de merecer los supuestos tipificados legalmente - por la importancia que tienen las diligencias preliminares a los efectos de poder ejercitar con éxito el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1º C.E .- (...) ⁷⁷.

En la misma línea, el AAP Guadalajara de 14 de junio de 2007 menciona que <<aun cuando la enumeración que contiene el referido art.256.1 queda limitada a los supuestos que contempla, la interpretación de los mismos debe hacerse de modo flexible, comprendiendo cuantas situaciones puedan integrarse en los distintos números del precepto, habida cuenta de la finalidad que lo inspira de preparar un proceso o evitar su interposición cuando éste careciera abiertamente de fundamento>> ⁷⁸.

⁷⁶ La última ampliación por Ley 19/2006, de 5 de junio, ha introducido los apartados 7º y 8º y ha dado nueva redacción al antiguo apartado 7º, que ahora pasa a ser el 9º.

⁷⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), Auto núm. 297/2012 de 26 septiembre, JUR 2012\ 360367. En el mismo sentido, entre otras, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 165/2011 de 27 junio, JUR 2011\288697. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª), Auto núm. 116/2010 de 4 mayo, JUR 2010\291540. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 69/2010 de 12 marzo, JUR 2010\221266.

⁷⁸ Audiencia Provincial de Guadalajara, en auto de 14 de junio de 2007, (JUR 2007, 311808). Y añade más, que: << con cita del ATS de 11 noviembre 2002 , sólo pueden considerarse Diligencias Preliminares las establecidas en el artículo 256 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil o «las establecidas en las correspondientes leyes especiales», a que se refiere el núm. 7 de dicho artículo; criterio seguido mayoritariamente por las Audiencias Provinciales al considerar que sólo pueden solicitarse aquellas diligencias preliminares que se

Por lo demás, buena aplicación práctica de la tesis de esta posición jurisprudencial se hace, respecto de la diligencia contemplada en el art. 256. 1. 2º LEC, en el AAP Palma de Mallorca de 30 de junio de 2009, en el que se razona que: <<Resulta, sin embargo, que el texto actual no hace mención alguna a la naturaleza del bien a exhibir, al referirse solamente a la exhibición de la "cosa" que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. A partir de aquí podría mantenerse una concepción tradicional de la diligencia basada esencialmente en el argumento histórico o bien defender una interpretación adaptada al vigente texto legal y a los principios que inspiran la institución. Efectivamente, lo que parece esencial -siempre que no se viole el aludido principio de tipicidad- es indagar en la utilidad de la medida cara a la preparación del litigio. Lo relevante no es su naturaleza, lo decisivo será determinar si la vista de la cosa mueble o la visita del inmueble son útiles a quien ostente un interés legítimo sobre tal cosa, mueble o inmueble, para decidir con fundamento sobre la acción a ejercitar. Por otra parte, que la relación de medidas susceptibles de ser

incluyan en la citada norma, debiendo rechazarse las que no estén contempladas expresamente, y cuyo fundamento se encuentra en *la necesidad de la seguridad jurídica* evitando que se pueda interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los que se han tenido en cuenta por el legislador, AAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 diciembre 2001, AAP de Burgos (sección 3ª) de 1 de octubre de 2002, AAP de Sevilla (Sección 5ª) de 16 septiembre 2003, AAP de Almería (Sección 1ª) de 17 junio 2004 y Auto de 23 marzo 2006 de la Sección 3ª de esa misma Audiencia, AAP de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de 15 marzo 2005, entre otros muchos; conclusión a la que se llega en base a los términos que emplea el citado precepto y la propia Exposición de Motivos de la LEC cuando declara: «Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas».

No obstante, pese a lo expuesto, es también lo cierto que existe unanimidad a la hora de entender, que aun cuando la enumeración que contiene el art. 256.1 LEC queda limitada a los supuestos que contempla, *la interpretación de los mismos debe hacerse de modo flexible, comprendiendo cuantas situaciones puedan integrarse en los distintos números del precepto*, habida cuenta de la finalidad que lo inspira de preparar un proceso o evitar su interposición cuando éste careciera abiertamente de fundamento>>. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), Auto núm. 44/2007 de 14 junio, JUR 2007/311808.

acordadas constituya una enumeración cerrada no significa que la interpretación a las medidas típicas haya de ser restrictiva>>⁷⁹ .

Como en otras palabras expone el AAP Madrid de 15 de enero de 2010, con notable cita jurisprudencial: Las diligencias preliminares integran en definitiva un procedimiento preparatorio común que tiene por objeto lograr la información sobre el fundamento mismo de la acción que se proyecta, con la finalidad de *facilitar* el desarrollo del juicio ulterior, lo que no impide, como refleja la jurisprudencia mayoritaria al respecto, que deba hacerse una interpretación flexible e integradora de los supuestos previstos en la norma, como ponen de manifiesto, entre otras, la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, auto 99/2006, de 16 de junio, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, auto 87/2008, de 29 de abril y la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, auto 182/2008, de 8 de octubre, criterio igualmente asumido en la reunión celebrada el 23 de septiembre de 2004 para la unificación de criterios de los magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se acordó que “las diligencias preliminares a que se refiere el artículo 256 LEC constituyen un *numerus clausus*, si bien debe hacerse una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva”⁸⁰ .

⁷⁹ Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en auto de 30 de junio de 2009, (JUR 2009, 352169). En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Cádiz, en auto de 15 de marzo de 2007, (JUR 2007, 253524); Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Auto núm. 116/2009 de 30 junio, JUR 2009\352169.

⁸⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 2/2010 de 15 enero, JUR 2010\106424.

No quisiéramos terminar sin señalar que en torno a esta cuestión, existe un sector doctrinal que aun reconociendo la existencia mayoritaria del criterio del *numerus clausus*, basado prácticamente en el espíritu que de la LEC 1/2000 expresa su Exposición de Motivos ⁸¹, entiende sin embargo que la nueva LEC sigue anclada en el pasado, dado que solamente pueden acordarse las diligencias preliminares que el artículo 256.1 LEC, ampliación incluida por Ley 19/2006, de 5 de junio. Y en consecuencia postula un criterio de *numerus apertus* para las diligencias preliminares previstas por la citada LEC 1/2000, similar al establecido en Ley de Procedimiento Laboral ⁸², y concretamente en sus artículos 76 y 77, que resulta más flexible ⁸³. En torno a este respetable criterio entiendo que son las diligencias preliminares 7º y 8º de la LEC las que han pasado a ser reguladas por la LEC 1/2000 con lo que ello se quiera o no significar, que no es otra cosa, a mi entender, que el que se tienen que someter a la misma ⁸⁴. Por todo lo cual siendo el que es el criterio de la LEC 1/2000 el

⁸¹ “cuando en su apartado X, declara respecto a las mismas que: “Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas”.

⁸² Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁸³ BELLIDO PENADES, R. *Proceso Civil Práctico*, Tomo III-2, Mayo 2010, pp. 5-7 y 8.

⁸⁴ Ley 19/2006, de 5 de junio, en su apartado III, dice: “Bajo la denominación de derecho de información, la directiva considera necesario poder ofrecer, en el ámbito del proceso civil, cauces para obtener información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios en los que se concrete la infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial. La Ley encauza la posibilidad de instar de un órgano jurisdiccional civil el requerimiento de esta información a través de una nueva diligencia preliminar dentro del artículo 256 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien limita su posibilidad a la preparación de un juicio por una infracción de un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial cometida mediante actos llevados a cabo a escala comercial, esto es, aquéllos realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos.

El acceso a los documentos bancarios, financieros o comerciales que estén bajo el control del presunto infractor es regulado como el contenido propio de otra nueva diligencia preliminar, también en este caso en relación con infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial cometidas mediante actos realizados con fines comerciales. El contenido

derivado de su Exposición de Motivos, las diligencias preliminares, hoy por hoy, son *numerus clausus*, sin perjuicio de su interpretación flexible, e incluso analógica.

2. Supuestos de diligencias preliminares

A) Declaración o exhibición de documentos sobre hechos relativos al futuro demandado.

Esta diligencia preliminar tiene su antecedente remoto en la *interrogatio in iure* romana, siendo su precedente inmediato la diligencia regulada por el artículo 497.1º de la LEC de 1881, objeto de ampliación y perfeccionamiento por la Ley 1/2000. La primera nota que claramente destaca de su nueva redacción es la de que posibilita una alternativa, que

de esta diligencia preliminar también se configura como diligencia de prueba para facilitar la obtención de pruebas en el curso de un procedimiento judicial.

La regulación de la práctica de estas nuevas diligencias está presidida por la doble cautela de garantizar la confidencialidad de la información requerida y de evitar que los datos obtenidos puedan utilizarse para fines distintos a la preparación del juicio.

Al mismo tiempo, se modifica la regulación de la resolución judicial que acuerde las medidas ante la negativa de la persona requerida a llevar a cabo las diligencias preliminares, para exigir su adopción mediante auto motivado e introducir el requisito de proporcionalidad.

La directiva ha exigido de nuestra norma procesal civil una expresa admisión de la posibilidad de acordar medidas de aseguramiento de la prueba antes de la iniciación del proceso y sin necesidad de oír previamente a quien fuera a ser demandado. A esta exigencia ha seguido la conveniencia de regular detalladamente el procedimiento para la adopción de estas medidas. La regla general es la audiencia a quien haya de soportar la medida; la excepción, retrasar el contraste contradictorio sobre su procedencia a un posterior incidente, que garantiza la defensa de los legítimos intereses de quien ha de soportarla.

Las previsiones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, relativas al aseguramiento de la prueba, se amplían respecto de los casos de infracción de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial, a la enumeración, a título indicativo, de algunas de las medidas que el tribunal podrá adoptar". *Ley 19/2006, de 5 de junio. RCL 2006\1141. Amplia los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y establece normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.*

facilita y amplía su aplicación ⁸⁵. Así el precepto contempla, bien la posibilidad de declarar sobre algún hecho relativo a la capacidad, representación o legitimación, o, bien que exhiba los documentos en los que conste cualquiera de ellas, según consista su objeto. Amplitud exhibitoria documental que recoge y aclara la jurisprudencia. Como apunta el AAP Madrid de 16 de junio de 2009, << (...) el núm. 1º utiliza la alternativa "o" entre las dos diligencias que el mismo precepto contempla, declarar sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación o exhiba los documentos en los que conste. (...)>> ⁸⁶.

Dicho esto, tal ampliación y perfeccionamiento resultará especialmente útil para la averiguación de circunstancias relativas a la capacidad para comparecer y los mecanismos tendentes a suplir su falta. Por lo que se refiere a la legitimación, será útil no sólo para la determinación correcta del demandado, sino también para saber si es suficiente formular la demanda contra quien se presupone legitimado pasivamente o si es necesario demandar a otras personas por tratarse de un

⁸⁵ En palabras de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, “La diligencia consistente en la declaración de hechos o exhibición de documentos sobre capacidad, representación y legitimación, tiene un amplio contenido y puede resultar conducente en todos aquellos casos en que, por cualquier motivo, el solicitante carece de ciertos datos sobre la capacidad de obrar de una determinada persona, su condición de representante legal o necesario de otra o, por ejemplo, su carácter de sucesor inter vivos o mortis causa.”, (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS; VEGAS TORRES, y BANACLOCHE PALAO, Cívitas, Madrid, 2001, p. 478).

Sin embargo ILLESCAS RUS, A, V, considera que “regulada la capacidad para ser parte y procesal en los artículos 6 a 9, la representación no debería hallarse, en rigor, prevista en este precepto, ya que la verdadera parte no es nunca el representante, sino el representado. El actor debe demandar a quien considere –o le conste– estar obligado frente a aquél, recayendo sobre éste la carga de comparecer por sí o a través de la persona que ostente su representación legal, necesaria, orgánica o, en su caso, voluntaria.”, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. MARINA MARTÍNEZ-PARDO; LOSCERTALES FUERTES, Sepín, Madrid, 2000, p. 610.

⁸⁶ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª).Auto núm. 159/2009 de 16 junio.JUR\2009\365039. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Auto núm. 87/2006 de 9 mayo. JUR\2009\422761. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª).Auto núm. 125/2007 de 22 junio.JUR\2007\277059.

supuesto de litisconsorcio pasivo necesario⁸⁷. Posibilita incluso, el resolver no solo las dudas sobre si el futuro demandado tiene o no la capacidad, representación o legitimación necesarias para poder ser demandado correctamente, sino también para el caso de que tuviere o no esas cualidades en el momento en que participó en la relación jurídico-material que pudiera dar lugar al futuro proceso⁸⁸.

En definitiva, lo que viene a decir es que lo que se pretende por el solicitante no es otra cosa que averiguar algún hecho que sea útil para determinar a quién corresponde la legitimación pasiva en el proceso principal. Es decir, su peticionario, futuro actor, ignora quién debe responder de unos hechos que él conoce, y pide el auxilio judicial para buscarlo. El solicitante de la misma deberá ajustar su solicitud a los requisitos que para ello le marca la LEC. Entiendo pues que es prematuro en dicho momento, utilizar cualquier otro término que no sea el de peticionario, al que la insta, y requerido al que se la dirige, como refiere la ley.

En la actualidad es el artículo 10 de la LEC el que refiere la condición de parte procesal legítima, distinguiendo entre la llamada legitimación ordinaria, que atribuye a quien afirma la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso. Y la legitimación extraordinaria, para la

⁸⁷ “Resulta novedoso en nuestra legislación procesal civil que la diligencia pueda dirigirse no sólo a decir verdad, sino también a la exhibición de los documentos dónde consten los extremos que interesen a los efectos de acreditar las referidas cualidades”. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad; (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; y MORENO CATENA, Víctor (coordinadores), *La Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, T-I, sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales. Ed. Tecnos, 2000, p. 54.

⁸⁸ Como apuntaba muy certeramente GUASP DELGADO en relación con la normativa anterior, << la circunstancia determinante de la personalidad puede operar en el proceso ulterior como un simple presupuesto procesal o como una condición (fundamento) de la acción (pretensión): así, la fijación de la edad puede intentarse lo mismo para conocer la capacidad procesal del demandado que para saber si el contrato que con él se celebró es válido o no >>. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo segundo. Volumen Primero. Primera Parte. Editorial Aguilar. Madrid, 1945, p. 157.

que exige la existencia de norma legal expresa para que una persona ejercite en juicio, derechos de los que no afirma su titularidad, como sucede, por ejemplo, en los casos de los artículos 757, 765, 1111, 1869, y otros del CC. Consecuentemente << el titular tiene derecho a la cosa, el que se afirma titular (legitimado) tiene derecho, en cambio, a una resolución sobre el fondo >>⁸⁹⁹⁰.

Para llegar hasta aquí, la doctrina tuvo previamente que analizar y explicar el contenido del término << personalidad >>, que como tal venía siendo utilizado en muchas ocasiones, por la LEC/1881 antigua, a fin de llegar a clarificar su verdadero significado y alcance.

⁸⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *La excepción dilatoria de falta de carácter*, en «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, pág. 272.

⁹⁰ << (...) Precisamente la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció en su artículo 10, relativo a la "condición de parte procesal legítima", que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular", y con posterioridad a la entrada en vigor de ese precepto, el Tribunal Supremo ha señalado que "la legitimación 'ad causam' consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido" (sentencia de 28 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3513]), así como que "la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2874), hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido" (sentencia de 28 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3513]), así como que la legitimación es una figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un 'instituto' que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo ('legitimatío ad causam') como adjetivo ('legitimatío ad processum') constituyen una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo) y la claramente real y efectiva de 'disposición' o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta" (Sentencia de 20 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6286]) ">>. Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª). Sentencia núm. 275/2011 de 25 julio. JUR\2011\344644.

Y comenzó para ello, distinguiendo, distintos extremos. En primer lugar, la genérica alusión a << algún hecho de la personalidad >> del artículo 497.1º LEC/1881 no especificaba los aspectos sobre los que aquella podía versar, aludiéndose sencillamente a que podía referirse a <<algún hecho relativo a la personalidad>>. Así lo establecía su artículo 497.1º. Era término, por entonces, utilizado frecuentemente por la LEC⁹¹. Ello no obstante, no impidió que en la doctrina procesalista se procediera al análisis del citado artículo 497.1º LECA, a fin de indagar sobre su significado, comenzando para ello por distinguir, entre el concepto de <<personalidad>> del demandado por una parte, y por otra la frase <<...sin cuyo conocimiento no puede entrarse en el juicio>> complementaria del término anterior. En cuanto al término <<personalidad>>, se llegaba a la conclusión de que el término personalidad incluye los conceptos de: cualidad necesaria para comparecer en juicio (art. 533.2º), carácter o representación legal y necesaria (503.2º y 533.2ª y 4ª), y carácter o sucesión -mortis causa o inter vivos- (503.2º). Concluyendo que el término personalidad, abarca los conceptos de cualidad como capacidad para ser parte y capacidad procesal, carácter o

⁹¹ Por ejemplo en los artículos 9.5º (... Por haber terminado *la personalidad* con que litigaba su poderdante.), 503.1º (A toda demanda deberá acompañarse necesariamente: 1º El poder que acredite *la personalidad* del Procurador, siempre que éste intervenga.), 533.2º y 4º (Sólo serán admisibles como excepciones dilatorias: La falta de *personalidad* en el actor por carecer de las cualidades para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama.), 4º (La falta de *personalidad* en el demandado, por no tener el carácter o representación con el que se le demanda.), 745.1º (Además de los determinados expresamente en la Ley, se considerarán en el caso del artículo anterior, los incidentes que se refieran : 1º A la *personalidad* de cualesquiera de los litigantes o de su Procurador por hechos ocurridos después de contestada la demanda.), 1.149.2º (Las únicas causas por las que podrán ser impugnados los acuerdos sobre quita o espera serán : 2º Falta de *personalidad* o representación en alguno de los que hayan concurrido con su voto a formar la mayoría.), 1221.3º (No serán admisibles para la impugnación otras causas que las siguientes : Falta de *personalidad* o de representación en alguno de los que hayan concurrido a formar las mayorías , de tal suerte que excluyendo su voto no habría resultado la de número o la de capital.), 1467.7º (Sólo serán admisibles en juicio ejecutivo las excepciones siguientes : 7ª Falta de *personalidad* en el ejecutante o en su Procurador.)

representación legal y a la necesaria, y carácter incluyendo también la sucesión.

En segundo lugar, respecto la expresión << hecho ... sin cuyo conocimiento no puede entrarse en el juicio>> se entendió que suponía que no podía entrarse en el fondo, ya que el juicio del juzgador solo se produce cuando lo que se debate ya es el derecho deducido en el proceso. Por lo que, si el actor desconoce el hecho que impide el acceso al fondo, se referirá a un hecho relativo a los presupuestos del proceso, y referido al que será demandado: capacidad para ser parte, capacidad procesal, representación legal y necesaria, y legitimación ⁹².

En cuanto a este último presupuesto procesal, se advierte y acierta al decir que aquella “en las diligencias preliminares presenta cierta complejidad añadida a la que siempre tiene su concepto, porque los autores la identifican con la legitimación para el proceso principal, porque en ocasiones la legitimación para el proceso principal constituye precisamente el objeto de la diligencia y porque son diferentes los supuestos de legitimación de cada una de las preliminares” ⁹³. Son tres razones, que tratan de perfilar, aclarar y determinar el problema, tratamiento, y contenido de la misma, en orden a determinar si es presupuesto procesal, o bien material de dicho proceso, preparatorio de otro futuro ⁹⁴.

⁹² ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo. *Las Diligencias Preliminares...*, ob. cit., p. 21.

⁹³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares*, ob. cit. p. 103.

⁹⁴ CORDON MORENO, F., <<Anotaciones acerca de la legitimación>>, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, p. 329. Importante al respecto la afirmación de ALMAGRO NOSETE cuando dice que la << legitimación pasiva carece de interés procesal porque la cuestión se embebe en el derecho a la absolución sobre el fondo que tiene el demandado no legitimado>>, *Derecho procesal*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, Víctor; Valencia, 1986, p. 269.

Evidentemente, teniendo presente el contenido de esta diligencia, lo primero que puede pedirse es la declaración sobre la capacidad jurídica de un sujeto, por cuanto ésta determina generalmente la *capacidad para ser parte* a la que se refiere el artículo 6 de la LEC, en este caso la aptitud para ser demandado.

También se puede solicitar alguna información, como he dicho, sobre la capacidad de obrar del futuro demandado, al ser esta determinante de la *capacidad procesal*, es decir, de la aptitud para actuar válidamente dentro del proceso, a la que se refiere el artículo 7 de la LEC.

Como se advierte en la doctrina, atención especial merece la representación, pues la finalidad de esta diligencia puede ser conocer si el sujeto que ha actuado en la relación jurídico-material objeto del futuro litigio es realmente el representante legal de un menor, o el representante necesario de una sociedad, o el representante civil de cualquier otra persona o entidad. De ser así, los efectos de sus actos se les atribuirían a su representado y no a él mismo y, en consecuencia, tal representado debería ser el que apareciera en el proceso posterior como demandado.

De esta forma la demanda solo se puede dirigir frente a la parte y no frente a su representante, aunque se concrete que se demanda a éste en concepto de tal. Lo que en definitiva y verdaderamente se busca a través de esta diligencia por su peticionario, no es otra cosa que la de evitar la comisión de un error en la determinación de la persona del futuro demandado que dé lugar a la correspondiente excepción de falta de legitimación pasiva, o de carecer del carácter o representación con el que se le demanda, y cuya estimación daría lugar a la

inexistencia del derecho al proceso correspondiente ⁹⁵. Por lo demás, la diligencia podría también dirigirse a determinar si ha existido representación en un negocio jurídico sobre el que versará el proceso ⁹⁶.

Frente al carácter abstracto de la regulación de 1881, la regulación actual es más precisa. Efectivamente, como recoge el AAP de Vizcaya (Sección 3ª), de 9 marzo de 2004, << la regulación prevista en el art. 256.1.1º de la L.E.C. es más completa ya que la declaración se extiende no sólo a la personalidad, sino también a la capacidad, representación o legitimación. En la regulación derogada los datos recabados eran los imprescindibles para poder interponer la demanda, la nueva legislación utiliza un término más flexible al referirse a aquellos datos sobre personalidad, capacidad o legitimación " necesarios para el pleito ". Como complemento a esta declaración Jurada la ley prevé que se puedan reclamar la exhibición de los documentos en los que consten dichos datos >> ⁹⁷.

Otro extremo a destacar de esta diligencia, es el que la LEC no hace distinción entre personas, en cuanto a la declaración o en cuanto a la exhibición de documentos, luego podrá realizarse tal petición, tanto respecto de las personas físicas, como respecto de las personas jurídicas.

La misma resulta de gran utilidad en los casos en que se haya producido una sucesión en la relación jurídica material (sucesión mortis

⁹⁵ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, V. 1º, Madrid, 1945, pág. 157 y PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Pamplona, 1985, págs. 334 y ss .

⁹⁶ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional Civil II, Proceso Civil*, Valencia, 2012.

⁹⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), núm. 187/2004, de 9 marzo, JUR 2004\ 283 985

causa ⁹⁸ o inter vivos, fusión y absorción de sociedades), así como en aquellos supuestos en los que la demanda deba dirigirse frente a varias personas, pero se desconoce la identidad de algunas ⁹⁹.

Pero con todo, << con esta diligencia, no se trata de obtener una confesión anticipada del futuro demandado, sino la averiguación de hechos condicionantes de la capacidad, representación o legitimación de la persona contra la cual se pretende promover un juicio por el solicitante, limitándose estrictamente a la obtención de los datos necesarios para asegurar el contradictorio - lo mismo con la exhibición de los documentos en los que se acrediten dichas circunstancias- ...>> ¹⁰⁰.

Al efecto destacaremos el papel que la capacidad tiene en cuanto a la determinación de la modalidad de la capacidad de obrar del futuro demandado, por ser esta determinante de la capacidad procesal, es decir, de la aptitud para actuar válidamente dentro de un proceso (artículo 7 de la LEC). La incertidumbre en estos supuestos, será más frecuente tratándose de personas físicas que de personas jurídicas, ya que éstas basta que tengan capacidad jurídica para que dispongan de capacidad de obrar ¹⁰¹.

De manera que se amplían las diligencias preliminares que pueden acordarse con la finalidad de aclarar hechos referentes a esas cuestiones de

⁹⁸ Precisamente el primer supuesto previsto en las Partidas es el relativo a la averiguación de la sucesión mortis causa. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares* ..., ob. cit. p. 22.

⁹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA, 1993, Madrid, pág. 243.

¹⁰⁰ Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), Auto núm. 124/20100, de 17 de Marzo, JUR 2010\17623.

¹⁰¹ Ya criticaba GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aguilar, Madrid 1945, pág. 158, que aunque, en principio, debiera resultar admisible cualquier medio o instrumento que resultara útil para esclarecer la cuestión investigada, la ley la restringía a la declaración o confesión.

«personalidad», ampliación que en un sistema *numerus clausus* de delimitación de diligencias no carece de relevancia ¹⁰².

B) Exhibición de cosa.

Esta diligencia preliminar proviene del Derecho Romano, concretamente de la *actio ad exhibendum*. Correspondía con carácter preparatorio al dueño de una cosa mueble contra el que se supone que la poseía para que la presentara o exhibiera, y tener la seguridad para el ejercicio de una posterior acción real o mixta. La doctrina procesal recoge que la exhibición de cosa mueble, para localizarla o identificarla es diligencia típica ya clásica en sede de diligencias preliminares. Así pues, es comúnmente aceptado por la doctrina el hecho de que, tradicionalmente, viene referida a cosas muebles. Desde su nacimiento en época romana hasta la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 así fue, disponiendo el antiguo artículo 497.2 ° que todo juicio podrá prepararse pidiendo la exhibición de la *cosa mueble* que, en su caso, hubiera de ser objeto de la acción real o mixta que se tratase de entablar contra el que tuviese la cosa en su poder. No había pues hasta aquí, cuestión alguna que dilucidar: la referencia expresa a muebles evitaba cualquier problema de interpretación. Sin embargo, el texto actual ha dejado de hacer mención alguna a la naturaleza del bien a exhibir, al referirse solamente a la exhibición de la *cosa* que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. Es a partir de este momento, cuando podría mantenerse una concepción

¹⁰² La reforma fue consecuencia de la enmienda núm.: 295 del Grupo Socialista del Congreso, que justificaba la ampliación de los casos contemplados en el art. 256. 1.1. ° en la conveniencia de dar mejor solución a los problemas que plantean las sociedades civiles particulares. (BOGG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de Marzo de 1999, Núm.: 147-9, pág. 253). BELLIDO PENADES, *Las Diligencias.....*, ob. cit. p. 11.

tradicional de la diligencia basada esencialmente en el argumento histórico, o bien defender una interpretación adaptada al vigente texto legal y a los principios que inspiran la institución.

Nada impide pues que pueda admitirse respecto de bienes inmuebles, y en situaciones, por ejemplo, de realización de obras no autorizadas por la propiedad que afecten a la estabilidad y estructura de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, por el propietario o arrendatario de un local comercial; realización de actividades perjudiciales o insalubres, y en general circunstancias que exijan la acreditación tras la observación y examen del inmueble o de su contenido etc.¹⁰³.

Es pues una diligencia típica, ya clásica, que, a pesar de ello, ha experimentado una nada desdeñable evolución, pues con la nueva regulación efectuada en el art. 256.1.2º, además no se exige que la acción a ejercitar en el proceso ulterior sea de determinada naturaleza, circunstancia que, como reconoce la doctrina reciente, permite solicitar la práctica de esta diligencia cuando en el sucesivo proceso se pida la entrega de la cosa como consecuencia de una acción personal.

En este sentido, y en resumen, en la LEC de 1855 esta diligencia preliminar sólo resultaba procedente cuando la entrega de la cosa se solicitara a consecuencia del ejercicio de una acción real. En la LEC de 1881 su admisibilidad se extiende a aquellos casos en los que la entrega de la cosa se pretenda en virtud de una acción real o mixta¹⁰⁴. Y con

¹⁰³ << (...) Con carácter más concreto, en relación con una medida similar a la que ahora nos ocupa, la Audiencia Provincial de Cádiz, en auto de 15 de marzo de 2007 (PROV 2007, 253524), acordó dar lugar a la práctica de la diligencia preliminar instada por una comunidad de propietarios declarando que la diligencia de exhibición de cosa inmueble es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue si concurren justa causa e interés legítimo. (...) >>. Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª). Auto núm. 1/2011 de 12 enero. AC\2011\279.

¹⁰⁴ En la LEC de 1855, la exhibición sólo se permitía cuando se fuera a ejercitar una acción real, aunque los comentaristas más autorizados de dicho texto legal, como MANRESA

la LEC de 2000 se da el último paso, al no exigir que sea de determinada naturaleza la acción a ejercitar en el proceso posterior, posibilitándose en consecuencia, su aplicación cuando se reclama la entrega de una cosa mueble en virtud de una acción personal ¹⁰⁵. Qué duda cabe, se dirige a dar respuesta a la nueva realidad social.

En esta misma línea de admitir la extensión de las diligencias a cosa inmueble se pronuncia un sector doctrinal. En este sentido, SAMANES advierte que la exclusión de los inmuebles en la regulación anterior era una reminiscencia histórica, pero equivocada ¹⁰⁶. En el mismo sentido, GARNICA manifiesta que <<el término exhibición no es tan estrecho, sino que significa “mostrar” y tanto se puede pedir que se muestre un bien mueble como un inmueble >> ¹⁰⁷. Igualmente BELLIDO postula <<una interpretación amplia del artículo 256.1.2º, la cual resulta especialmente conveniente en un sistema de *numerus clausus* >> ¹⁰⁸.

Y NAVARRO, preconizaron de inmediato que se autorizara también en relación con las acciones mixtas, dado que éstas << se dirigen á la vez á la persona y á la cosa : esto nos hace creer que el precepto de la Ley debe interpretarse extensivo á los que tengan que entablar una acción mixta >> (*Ley de Enjuiciamiento* op. cit. pág. 18). Esta extensión se hizo explícita en la LEC de 1881, que ya hablaba en su art. 497.2º de << acción real o mixta >>. Entonces no se entendió necesario aludir a las acciones personales porque, como dice MANRESA Y NAVARRO, en ellas << la acción se dirige contra la persona, independientemente de la cosa objeto de la reclamación >> (*Ley de Enjuiciamiento*, op.cit. pág. 18). BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias*, ob.cit. p. 79.

¹⁰⁵ Para GARBERÍ LLOBREGAT, José, la exigencia de que se ejercite posteriormente una acción real o mixta << sigue siendo tácitamente >> (*Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*. (con otros autores), Tomo 2, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 856), al tener afirmado la jurisprudencia que la cosa objeto de exhibición ha de ser aquella que constituya el objeto de la acción que se ejercite. (...) pensamos que esta afirmación de la jurisprudencia deberá matizarse tras la nueva redacción dada a esta diligencia preliminar por la nueva LEC, que no obliga al solicitante a señalar cuál es la naturaleza de la acción concreta va a ejercitar. En igual sentido BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias Preliminares*, op. cit. p. 87.

¹⁰⁶ SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*. La Ley, Madrid, 2000, pág. 10.)

¹⁰⁷ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium, Barcelona, 2000. pág. 1152.

¹⁰⁸ BELLIDO PENADÉS, *Proceso civil práctico*, Tomo III, Editorial La Ley, Madrid, 2002, pág. 842)

Por el contrario, otro sector doctrinal mantiene una interpretación más restrictiva del término cosa. Así, MONTERO afirma que << no se dice en el artículo 256.1.2.º que la cosa haya de ser mueble, pero si se desprende del artículo 261.3ª, aparte de que solo se exhiben las cosas muebles, que son las únicas que se presentan y se depositan>>¹⁰⁹. Y, en esa misma línea se manifiesta, GARCIANDÍA, para quien la exigencia de que la cosa sea mueble << puede derivarse de la referencia al lugar en que se encuentra la cosa y a que a ésta sea susceptible de presentación al solicitante del art., 261. 3ª de la LEC>>¹¹⁰.

Sin embargo, a nuestro juicio, el argumento de interpretación literal que manejan estos autores no puede prevalecer frente al histórico, al sistemático y, sobre todo, al teleológico. Por otra parte, el hecho de que el artículo 261.3ª LEC se refiera a la exhibición de muebles no excluye que también quepa obtener información de los inmuebles¹¹¹.

Ello es recogido por la jurisprudencia en sus resoluciones, como el AAP Barcelona de 16 enero 2008, que dice “De lo dispuesto en el art. 256. 1.2º LECiv se deduce que la exhibición de una cosa lo será de aquél que “... lo tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio” sin necesidad, como se establecía en la LECiv 1881 de que la acción fuera real o mixta, siendo posible que el posterior juicio sea de una acción personal y que la cosa no solamente sea mueble sino también inmueble, como ha precisado la mejor doctrina. No obstante, ello no autoriza a la ampliación de dicha diligencia -ni siquiera por analogía con los núm. 3 y 4 del art. 256.1 LECiv- y que la petición se extienda no solo a la exhibición

¹⁰⁹ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 155.

¹¹⁰ GARCIANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 953.

¹¹¹ En el mismo sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares.....*, ob. cit. pp. 77 y 78.

de la cosa para determinar si la persona es o no poseedora y de la que se infiera una condena a entregar dicha cosa, sino también a cualesquiera otros documentos relacionados con el mueble o inmueble para ejercitar una acción de cumplimiento de contrato ajeno a la entrega de la cosa y referido a su precio o al cumplimiento de un "acuerdo verbal" de reparto del precio, pues no es esta la finalidad pretendida con esta acción exhibitoria”¹¹².

Sin embargo, otros entienden que “el hecho de que la actual regulación utilice simplemente el término “cosa”, sin mayores especificaciones, pudiera hacer pensar que bajo tal término pueden entenderse englobados no sólo las *cosas muebles*, sino también otra clase de *cosas* como documentos. La jurisprudencia mayoritaria niega tal conclusión, porque “carecería de sentido la enumeración de los concretos documentos que son admitidos como objeto de las diligencias preliminares

¹¹² Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), Auto núm. 9/2008 de 16 enero, AC 2008\683. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Auto núm. 179/2010 de 28 julio, JUR 2010\308767 “Por lo demás, a diferencia de sus precedentes, la actual Ley procesal no limita la exhibición a las cosas que sean muebles, lo que ha dado origen a opiniones encontradas en la doctrina, pues mientras para unos cabe la exhibición tanto de cosas muebles como de inmuebles para otros continúa siendo inadmisibles la exhibición de cosas inmuebles. Ahora bien, lo que exige el número 2º del apartado 1 del artículo 256 es que la "cosa" a exhibir no puede ser otra distinta de aquella "a la que se haya de referir el juicio". Y Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto núm. 105/2011 de 30 junio, JUR 2012\390916. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª), Auto núm. 14/2002 de 30 enero, JUR 2002\88462, “Considera el Tribunal, sin embargo, que tampoco es la previsión contenida en el ordinal quinto del precepto invocado la norma que ofrece cobertura legal a la pretensión del solicitante, y ello por cuanto que, previendo la misma "que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder" a requerimiento del pretendido perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, con tal determinación no se pretende sino la constatación de la existencia del vínculo contractual que liga a las partes, base inequívoca legitimadora de la procedencia de la reclamación, sin que por consiguiente resulte de recibo la pretensión de una interpretación amplia de la norma, comprensiva de la posibilidad de exhibición de documentos de similar importancia implícitos al propio contrato, según interesa la parte recurrente. No obstante lo anterior, la Sala entiende que la solicitud de la parte apelante debe ser acogida por ser susceptible de incardinación en el supuesto previsto en el segundo ordinal del artículo 256 de nuestra norma procesal, a cuyo tenor, cabe la preparación del juicio "mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio", habida cuenta de que en el momento presente resulta de todo punto imposible proceder a realizar una peritación de los daños sufridos y cuya reclamación se pretende ya que han transcurrido más de dos años desde el siniestro –acaecido en fecha 25 de junio de 1999- y los desperfectos ya han sido reparados.”

en los apartados 1º, 3º, 4º, y 5º del artículo 256,1, que hacen referencia a los documentos en los que conste la capacidad, representación o legitimación del futuro litigante; los actos de última voluntad; los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, a petición del socio o comunero; o el contrato de seguro, ya que sería inútil la enumeración de los concretos documentos admitidos, de haber una norma que, con carácter general, admite cualquier documento”¹¹³.

En tal sentido, son ciertas las consideraciones de que la LECiv/1881 establecía ya en sus artículos 497 y concordantes un «númerus cláusus» de diligencias preliminares, de que se mantienen por la LECiv, como se deduce del contenido del propio artículo 256 en relación con el artículo 263 del propio cuerpo legal. Además la regulación, como recoge la doctrina científica más autorizada, está excesivamente tipificada y, consecuentemente, tiene carácter restrictivo, al tiempo que su adopción necesita, como es obvio, la concurrencia de determinados requisitos que la propia Ley establece. Consecuentemente con ello, como dice y matiza la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), en el Auto de 20 mayo de 2005, partiendo de la denuncia de la parte recurrente de infracción por el juzgador de instancia de las reglas 2ª y 5ª del número 1 del artículo 256 que, “ Ciertamente el juzgador de instancia no infringe el número 2º del apartado 1 del artículo 256, pues si se examina la norma aludida desde los criterios recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, se comprenderá, lo que coincide también con los datos históricos de esta diligencia preliminar, que la exhibición de la cosa (actio ad exhibenda) se tiene que referir a aquélla (nos estamos refiriendo a la cosa) que la tenga el demandado en su poder y a la que se haya de referir el juicio; y en nuestro caso concreto el juicio no ha de referirse al concreto documento que se pretende exhibir sino

¹¹³ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), Auto núm. 13/2010 de 19 enero, JUR 2010\105928.

a la responsabilidad que derive del mismo dentro del contrato de seguro de vida entre los demandados, aseguradores, y la beneficiaria del repetido seguro”¹¹⁴.

El vocablo *exhibir* tiene un significado sinónimo a palabras como mostrar, manifestar, presentar; frente al argumento histórico, entiendo obvio ha de hacerse valer el cambio normativo y el deliberado propósito del legislador a la hora de no calificar la cosa a exhibir.

En la doctrina ya se decía que mediante esta diligencia se persiguen dos cosas diferentes. De un lado, << fijar >> la legitimación pasiva del proceso principal; de otro, determinar el objeto de la pretensión de dicho proceso¹¹⁵. El texto actual, a diferencia del anterior, no hace mención alguna a la naturaleza del bien a exhibir. Pero es que, en la actual LEC, artículo 256.1.2º, existe una importante diferencia respecto de lo que se establecía en la inmediata anterior de 1881, tal y como indica la doctrina científica, herederas de la *actio ad exhibendum* romana, que es la de que la solicitud de exhibición de cosa, por la persona a la que se pretenda demandar en juicio, lo puede ser a consecuencia del ejercicio de una acción real o personal en el ulterior proceso.

Lo que, efectivamente, parece esencial -siempre que no se viole el aludido principio de tipicidad- es indagar en la utilidad de la medida de

¹¹⁴ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 132/2005 de 20 mayo, JUR 2005\155739. Y añade la misma acertadamente la siguiente serie de precisiones, “Téngase presente que el núm. 2 del apartado 1º del artículo 256 tiene que conectarse con el artículo 261 en el que se recogen las consecuencias de la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares y así dice la regla 3ª de este último artículo que si se tratara de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior (entrada y registro en dicho lugar) y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquella. Cosa mueble que pueda ser conservada, actio ad exhibenda en su configuración histórico-procesal, que no afectaría a la propia exhibición de un documento, como pretende la parte recurrente, lo que sí puede conectarse, ciertamente, con el apartado 5º del núm. 1 del artículo 256”.

¹¹⁵ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares.....*, ob. cit., pp. 23 y 24.

cara a la preparación del litigio. No es lo relevante su naturaleza, lo decisivo será determinar si la vista de la cosa mueble o la visita del inmueble son útiles a quien ostente un interés legítimo sobre tales cosas, mueble o inmueble, para decidir con fundamento sobre la acción a ejercitar. Que la relación de medidas susceptibles de ser acordadas constituya una enumeración cerrada no significa que la interpretación a las medidas típicas haya de ser restrictiva.

Se han observado y puesto de manifiesto varias cuestiones respecto de la posibilidad de desplazamiento y cambio de lugar de los bienes muebles; planteando la cuestión de que, si se pretende entablar un proceso en el que la legitimación pasiva corresponde al que esté en posesión de un bien, puede ocurrir: que se ignore quien lo tiene al instante de presentar la demanda¹¹⁶, o bien que, sabiéndose quien lo tiene, se puede prever que va a ser entregado a otro, con o sin intención de defraudar al actor, eludiéndose el proceso por perder la legitimación pasiva. En el primer caso, se trata de una indagación, de una especie de pesquisa. En el segundo se pretende combatir la movilidad del bien mueble, identificando al poseedor del mismo, y disponiéndose a continuación como medida de acompañamiento que se le requiera para que conserve la cosa, incluso se podrá adoptar una medida cautelar de depósito¹¹⁷; como, por otra parte, reconoce la jurisprudencia en sus resoluciones¹¹⁸.

¹¹⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, ob. y loc. cit. Podemos imaginar un animal huido que se mezcla con los del rebaño de alguno de los vecinos. Es preciso identificarlo, para así saber quién es el destinatario de la demanda.

¹¹⁷ SAMANES ARA, *Las partes...*, ob. cit., pág. 104 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, *Derecho procesal...*, I, con DE LA OLIVA, ob. cit., pág. 238. *Las diligencias preliminares...*, BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil Práctico*, Tomo III-2, p. 13.

¹¹⁸ <<(…) por tanto, la cuestión esencial del recurso, en los términos en los que se ha planteado, consiste en determinar si la prueba practicada es suficiente para entender que los bienes relacionados en la demanda se encontraban en la finca vendida en el momento de la venta.

Pero no solo esas circunstancias son posibles, pues también puede ocurrir que lo que el actor precise sea identificar un bien para su posterior reclamación. Como puede ocurrir cuando alguien recibe una herencia o legado de un bien a elegir entre los que forman la masa hereditaria, necesita le sea exhibido para ver cuál va a reclamar ¹¹⁹.

En definitiva, lo importante es la exhibición de la cosa cuya entrega se pretende, con el fin de localizarla e identificarla para facilitar su

QUINTO (...) el presente proceso se podía haber preparado con la diligencia preliminar de exhibición de cosa mueble prevista en el art. 497.2º de la LEC de 1881 (aplicable a la primera instancia) que las limita a las acciones reales o mixtas -aunque aquí y como hemos visto podría tratarse de una acción personal-, a cuya diligencia podría haber seguido la medida cautelar de su depósito -art. 499 de la misma Ley-, si bien la negativa injustificada a la exhibición no tendría más trascendencia, en el régimen de la mencionada Ley (pues en el actual se contempla ya consecuencias prácticas de efectividad superiores, como la entrada en el lugar en que se presume fundadamente que se encuentra), que la puramente patrimonial e indemnizatoria de su art. 501 (sentencia de Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1984).

Esta diligencia preliminar trata de cumplir una doble función: por un lado, fijar la legitimación pasiva del proceso principal en la persona de su poseedor (pues ante la facilidad de movimiento de este tipo de bienes puede ignorarse quien los tiene, o bien prever que su poseedor pueda desprenderse de ellos), y, por otro, identificar el bien para su posterior reclamación porque el peticionario necesite saber el objeto que integre el proceso principal (por ejemplo, el que ha recibido una herencia o un legado a elegir entre los bienes de la masa hereditaria, que necesita la exhibición para determinar cuál va a reclamar). (...)>>. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), Sentencia núm. 151/2002 de 6 mayo, JUR\2002\197983

¹¹⁹ (...) A) La solicitud de exhibición de cosa mueble se efectúa correctamente por cuanto el sujeto activo ostenta la condición de legatario sobre los objetos litigiosos y la pretensión se dirige frente a las herederas, que por su condición, en principio se subsumen en la expresión legal "contra el que tenga la cosa en su poder". Es decir, se han promovido correctamente las diligencias preliminares, porque el promovente es el legatario y lo que pretende es precisamente reivindicar el objeto legado, por lo que está bien constituida la relación jurídico procesal frente a las herederas. Si son o no titulares dominicales de dicho objeto se verá en el cauce que corresponda. Aquí lo que interesa es que dicho objeto, figurando en las disposiciones testamentarias, se defiere a favor del ahora promovente y que en el mismo testamento las demandadas fueron nombradas herederas, (...).

B) Desde el punto de vista de la "quaestio iuris" planteada no existe óbice alguno que impida acordar la diligencia solicitada, que sólo podría rechazarse de oficio si no estuviera comprendida en alguno de los casos del art. 497 de la L e c., (...) tal excepción no concurre en el supuesto enjuiciado por lo que resulta de aplicación la norma general: "El Juez accederá en cualquiera de estos casos a la pretensión si estimare justa la causa en que se funde". Otra cosa es que, como aquí acontece, el requerido se oponga a la exhibición, en cuyo caso "se sustanciará y decidirá su oposición por los trámites establecidos para los incidentes" (art. 501 "in fine" de la L e c.). (...)>>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª). Auto de 15 septiembre 2000. JUR\2001\17076.

reclamación en un proceso posterior. Y por tanto, el tener siempre presente que es imprescindible que la *cosa* cuya exhibición se pretende no puede ser cualquiera, sino, precisamente, el bien objeto del futuro pleito¹²⁰. A modo de resumen la jurisprudencia así lo recoge en sus resoluciones¹²¹.

Las razones que recoge la doctrina científica son varias y así se viene a entender que el art. 261.3º admite, junto al depósito, cualquier otra medida que resulte más adecuada para la conservación de la cosa, al tiempo que la flexibilidad en el modo de practicar esta diligencia (259.1) da cobijo a la exhibición de bienes inmuebles y que esta exhibición puede en algún caso resultar de utilidad. Desde toda esta argumentación entiende, como decimos, la doctrina científica la posibilidad de la exhibición del bien inmueble.

Es de una utilidad evidente el que una diligencia preliminar permita el reconocimiento de un inmueble. Piénsese en el supuesto de procesos arrendaticios o de propiedad horizontal, en unas relaciones de vecindad difíciles o desconocidas, en las que mediante este auxilio judicial se pueden fundamentar y facilitar las posteriores demandas, bien por obras incontinentadas, daños materiales, etc., son situaciones que exigen el examen del inmueble y de su contenido¹²². También es útil la

¹²⁰ Decía GUASP DELGADO que << la "diligencia" ha de referirse a la cosa que más tarde va a ser reclamada, es decir, al bien que constituye el objeto de la ulterior pretensión principal >> (*Comentarios ...op. cit. pág. 158*). Sin embargo esta afirmación hay que matizarla al relacionarla con la nueva regulación, pues ha desaparecido la antigua limitación de que esta diligencia preliminar sólo puede utilizarse para preparar un proceso dónde se ejerciten acciones reales o mixtas. BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias...*, ob. cit. p. 80.

¹²¹ Una por todas : <<Ahora bien, lo que exige el número 2º del apartado 1 del artículo 256 es que la "cosa" a exhibir no puede ser otra distinta de aquella "a la que se haya de referir el juicio. (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Auto núm. 179/2010 de 28 julio, JUR 2010\308767.

¹²² BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias Preliminares ...*, ob. cit. p. 78. Conviene recordar aquí las palabras de MANRESA Y NAVARRO que, comentando la LEC de 1885, aporta la justificación histórica de la limitación de esta diligencia a las cosas muebles: << no concedieron nuestras antiguas leyes, ni permite la nueva, acción exhibitoria sobre cosas inmuebles, porque carece de objeto en este caso, toda vez ... que no pudiendo ocultarse

diligencia con objeto de exhibir la cosa y poder así acreditar la preexistencia de los bienes y enseres cuya devolución interesa, así como la constatación del estado en que el inmueble se encontraba. Además, para la exhibición no supone inconveniente en que se trate de un animal, pues la analogía y razones históricas abogan a ello ¹²³. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en alguna ocasión. Así, en cuanto a la posibilidad de la exhibición de un animal, la SAP de Tarragona, de 11 febrero de 2005, dice: << (...) En el presente caso, la parte actora para demostrar la propiedad sobre el can o perro reclamado aporta una fotografía (.). También aporta la actora, (...) el acta de Diligencias Preliminares de exhibición de bien semoviente, en el cual reconoce el citado can como el suyo (...)” ¹²⁴.

fácilmente, puede la parte inspeccionarlas cuando quiera, y tomar cuantos datos necesite para formular su demanda y preparar las pruebas que le convengan >> (*Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Tomo II, Biblioteca Jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1856, p. 18). Luego si la inspección que se pretende del inmueble no es exterior, sino interior, y resulta de igual relevancia para fundar la demanda, la identidad de razón entre un caso y otro es indudable; por eso la ley ha suprimido la limitación que suponía el hablar únicamente de cosa *mueble*.

¹²³ ALVAREZ ALARCÓN, ob. y loc. cit. Los antecedentes de las Partidas incluyen la exhibición de todos los siervos de un señor, para identificar al que causó un daño, a fin de proceder a su reclamación. También incluyen objetos que se incorporan a otro, siempre que no pierdan su identidad por esa incorporación, de modo que puedan ser separados de la cosa principal: ruedas de carro, piedras engastonadas en alguna joya, etc., pero no vigas, maderas, piedras o cal metidas en la obra de su casa : << porque las casas, o los edificios que los omes fazen en las Villas non tan solamente se tornan en pro de sus señores, mas aun en fermosura comunalmente de los logares son fechos>>.

¹²⁴ A lo que se añade que << Por otro lado, de los documentos obrantes en los autos se deduce que el actor entiende que es propietario de la perra, diferencia importante para la vida de estos animales, por lo que entiende que no puede haber una confusión entre animales de cuatro años de diferencia, (...). En consecuencia, ante la ausencia de la prueba pericial, que no se pudo practicar en esta instancia, pese a que se intentó, cabe concluir que debe desestimarse la acción reivindicatoria, ya que no se han probado los requisitos de la identificación del bien semoviente (la perra objeto de este pleito) y el acto de desposesión por el demandado, razones por las cuales debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 3 de septiembre de 2003 (...) dictada por el Ilmo. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de El Vendrell, confirmándose íntegramente la resolución recurrida >>. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª), Sentencia núm. 185/2005 de 11 febrero. JUR 2005\126077.

Un sector de la jurisprudencia limita la diligencia de exhibición a las cosas muebles ¹²⁵. En cambio, otro sector jurisprudencial se pronuncia respecto de la falta de exhibición de la cosa inmueble, entendiendo le son de aplicación las consecuencias que el artículo 261.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil anuda a la falta de exhibición de la cosa -de nuevo sin calificación alguna en el texto legal- al que son susceptibles de acomodación. Así, la falta de exhibición voluntaria se habrá de resolver al modo en que aparece previsto en el núm. 2 del citado precepto, esto es, con la entrada y registro en el inmueble que haya de ser exhibido al solicitante.

Algún reparo puede suscitar la entrada en una vivienda, dado el peculiar régimen de protección que la misma recibe desde la perspectiva constitucional (artículo 18.2 Constitución Española). Pero siempre que la diligencia se limite y constriña a la observación de lo que sea interés para el futuro litigio, no parece que deba entenderse infringido el precepto constitucional. Desde luego viene precedida por una decisión judicial motivada, cumpliéndose así un requisito constitucional. Nuestro ordenamiento conoce, además, otros supuestos de invasión en la intimidad domiciliaria ajenos a las causas penales que están completamente normalizados y admitidos por la jurisprudencia constitucional. Nótese, por otra parte, que en los casos típicos de cosas muebles, sí aparece expresamente prevista la posibilidad de entrada en domicilio para incautarla, y de la misma manera aparece prevista la posibilidad en el artículo 256.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹²⁵ Así el AAP de Pontevedra (Sección 1ª), de 25 de mayo de 2006, que dice al respecto: <<... la razón del precepto, como también lo era de la LEC de 1881 en su Art. 497 no era sino la exhibición de una *cosa mueble* puesto que el inmueble por naturaleza (otra cosa es el inmueble por disposición y ficción legal) no ha de exhibirse sino que, en principio, se halla visible siempre, de ahí que aunque el precepto no haga mención a si de cosa mueble o inmueble se trata, lo razonable es pensar que el sentido de precepto es que de *mueble* se trate como se refuerza por la expresión que sigue a la frase "que tenga en su poder" puesto que aunque es claro que las cosas inmuebles también se poseen, no es necesario que sea exhibidas >> Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 102/2006 de 25 mayo, JUR 2009\422752.

En este mismo orden de cosas, quizás convenga decir que las medidas de aseguramiento genéricas previstas para los muebles exhibidos (depósito o cualquier otra *medida de garantía más adecuada*) pueden ser convenientemente adaptadas a los inmuebles. También ha destacado la doctrina que la flexibilidad en la práctica de estas diligencias, cifrada en la ausencia de normas específicas en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es también proclive a que se lleve a efecto con inmuebles¹²⁶.

En el supuesto de que se solicite a través de la citada diligencia preliminar la exhibición de un inmueble, lo normal es que el Secretario Judicial junto con los interesados o interesado se traslade al lugar donde se halle este ubicado, según se desprende respecto a la tramitación del acto, de los artículos 268.2 LOPJ y 129.3 de la LEC¹²⁷.

En la misma línea por nosotros propuesta se ha argumentado al respecto que la regulación actual de esta diligencia parece pensada para las cosas muebles, que son las únicas que se presentan y depositan¹²⁸. Sin embargo, como en rigor el nuevo art. 256.1.2º no restringe la diligencia de exhibición respecto de bienes muebles, no faltan autores que postulan una interpretación amplia del vocablo «cosa». En este sentido se advierte: 1) Que el art. 261.3º admite, junto al depósito, cualquier otra medida que resulte más adecuada para su conservación; 2) Que la flexibilidad en el modo de practicar esta diligencia (art. 259.1) da cobijo a

¹²⁶ Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª). Auto núm. 69/2011 de 23 mayo JUR\2011\280476. Cfr. BELLIDO, *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, REDC, núm. 89 de 2010, pp. 77 y ss. y trabajos de otros autores allí citados.

¹²⁷ En este sentido señala DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ que «naturalmente, de un bien inmueble no cabe una exhibición, debiéndose entender que la diligencia en este caso consiste en permitir la inspección del inmueble» >> (*Comentarios a la LEC*, Civitas, Madrid, 2001)

¹²⁸ MONTERO AROCA, con G. COLOMER, MONTÓN y BARONA, *Derecho Jurisdiccional*, II, p. 155.

la exhibición de bienes inmuebles; y 3) Que en algún caso esta diligencia puede resultar de gran utilidad ¹²⁹.

En definitiva, la mayor flexibilidad del supuesto regulado en el art. 256.1.2º, en la medida que no especifica ni que la cosa a exhibir deba ser mueble, ni que la pretensión a formular en el proceso posterior deba ser de condena a su entrega, debe ser aprovechada para realizar una interpretación amplia en el actual sistema cerrado de diligencias preliminares, con el fin de prestar el auxilio judicial solicitado siempre que pueda apreciarse la concurrencia de los requisitos generales - adecuación, justa causa e interés legítimo ¹³⁰.

Éstos constituyen argumentos suficientes para postular una interpretación amplia del art. 256.1.2º, la cual resulta especialmente conveniente en un sistema de *numerus clausus* siempre que concurren los requisitos generales: adecuación entre la diligencia propuesta y la finalidad perseguida, y concurrencia de justa causa e interés legítimo. Además, no se debe olvidar que el supuesto más normal de diligencia solicitada al amparo de este supuesto será el de exhibición de

¹²⁹ SAMANES ARA, C. *Las partes en el proceso civil...*, ob. cit., p. 104, quien indica el supuesto de se solicite la exhibición de una vivienda arrendada para constatar la realización de obras incontinentas.

¹³⁰ << (...) la parte actora funda su pretensión en lo dispuesto en el artículo 256.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.(...) Sin embargo la parte demandada entiende que no puede admitirse la práctica de las diligencias preliminares al amparo del citado precepto, pues el mismo se refiere a la exhibición de cosa y no a la exhibición de documentos.

La diligencia interesada se fundamenta en que tales listados y documentos, a juicio de la actora tienen la consideración de "cosa" a la que se refiere el artículo 256.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo del examen del citado precepto se desprende que la expresión "cosa mueble" a la que hace referencia el mismo, debe ser entendida como el objeto de la acción real o mixta que se trata de entablar contra el que tenga la cosa en su poder, con lo que se circunscribe su aplicación a las cosas muebles corpóreas pero no a los documentos, a menos que tales documentos fueran el objeto del juicio en relación con la acción real o mixta que se pretende entablar (S. Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de enero de 2.000). Por tanto la cosa mueble debe ser aquella a la que se haya de referir el juicio, tal y como dispone el artículo 256.1.2º de la LEC, de suerte que cuando se trata de documentos a exhibir, los mismos se han de corresponder como aquellos sobre los que va a recaer el objeto del proceso posterior >>. Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, Auto núm. 265/2011 de 29 noviembre, JUR\2011\432733.

cosa mueble cuya entrega se reclama en el proceso posterior. Sin embargo, el precepto comentado se limita a requerir que el futuro proceso se refiera a la cosa cuya exhibición se pide, sin que se precise que dicho proceso deba versar sobre la entrega de la cosa.

Por lo tanto, puede concluirse que en realidad el nuevo artículo 256.1.2º, no restringe la diligencia de exhibición a bienes muebles, y como puede constatarse no faltan autores que postulan una interpretación amplia del vocablo *cosa*.

En otro orden de cosas esta diligencia preliminar puede servir para obtener información tanto sobre la cosa misma, que ha de ser la misma objeto de la pretensión posterior, como para obtener información sobre personas o situaciones relacionadas con ella, siendo necesario que tal información sea relevante para el proceso posterior.

Al respecto la casuística jurisprudencial es variada, pero entiendo en cuanto a extremos no sustanciales, pues, aun manteniendo un criterio bastante uniforme sobre la exhibición del inmueble, realiza matizaciones¹³¹.

No obstante ello, frente a la citada resolución sería bueno recordar lo dicho al respecto del significado del vocablo *exhibir*, significado sinónimo a palabras como mostrar, manifestar, presentar, incluso examinar, inspeccionar.

¹³¹ Por ejemplo : <<...., la razón del precepto, como también lo era de la LEC de 1881 en su Art. 497 no era sino la exhibición de una "cosa mueble" puesto que el inmueble por naturaleza (otra cosa es el inmueble por disposición y ficción legal) no ha de exhibirse sino que, en principio, se halla visible siempre, de ahí que aunque el precepto no haga mención a si de cosa mueble o inmueble se trata, lo razonable es pensar que el sentido del precepto es que de "mueble" se trate como se refuerza por la expresión que sigue a la frase "que tenga en su poder" puesto que aunque es claro que las cosas inmuebles también se poseen, no es necesario que sea exhibidas >>. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 102/2006 de 25 mayo. JUR 2009\422752.

Es cierto que algunas Audiencias Provinciales, mantienen al respecto un criterio interpretativo estricto, argumentando que no cabe, al amparo del sistema de *numerus clausus* con que la LEC configura las diligencias preliminares, confundir la exhibición de cosas con la de documentos, dando entrada así en dicho precepto a la exhibición, por ejemplo, de documentación contable¹³². Pero es también cierto que la LEC no constituye obstáculo para que esas diligencias preliminares, expresamente previstas en el artículo 256, puedan ser interpretadas de manera flexible, en orden a facilitar a los interesados la consecución y obtención de elementos y datos que resulten necesarios para el ejercicio de un derecho, que encontraría acomodo en el art.º 24 de la CE.

¹³² <<(…) ya que se pretende la exhibición de una copia de un supuesto contrato, esto es, de un documento.

(…) tiene declarado este Tribunal -véase su auto nº 43/11, de fecha de 1 de marzo de 2.011 -, el artículo 256.1.2º LEC permite que el juicio pueda prepararse mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. En este precepto ya no se exige, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, que la acción sea real o mixta, por lo que es posible que el posterior pleito sea en ejercicio de una acción personal, estando además admitido doctrinalmente que la cosa pueda ser no solamente mueble, sino también inmueble; sin embargo, no es admisible extender el concepto de "cosa" a cualquier documento. Si por "cosa que tenga en su poder" la persona a la que se pretenda demandar se pudiera entender cualquier documento en poder de dicha persona, carecería de sentido la enumeración (...), que hacen referencia a los documentos en los que conste la capacidad, representación o legitimación del futuro litigante; los actos de última voluntad; los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad; el contrato de seguro; la historia clínica; etc. ya que sería inútil la enumeración de los concretos documentos admitidos, de haber una norma que, con carácter general, admitiera cualquier documento. En el mismo sentido, ver SAP Barcelona -sección 13-, de 22 enero 2.009. Por más que se pretenda hacer del art. 256 LEC una interpretación extensiva, la integración de aquel precepto con el art. 258 no significa que podamos olvidarnos del primero. (...) debe tratarse siempre de una diligencia de las contempladas en el primer precepto. En este sentido se pronuncian, entre otras, AAP Cáceres de 16 de junio de 2.006, AAP Vizcaya de 26 de mayo de 2.005, AAP Madrid 29 de marzo de 2.005, AAP Asturias de 20 de mayo de 2.004, AAP Zaragoza de 16 de enero de 2.004, entre otras. (...). (...), violentando el precitado principio de la legalidad tasada que gobierna la determinación de las clases de diligencias preliminares, es por lo que procede desestimar su recurso >>. Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª).Auto núm. 62/2011 de 18 octubre.JUR\2012\605. (...), violentando el precitado principio de la legalidad tasada que gobierna la determinación de las clases de diligencias preliminares, es por lo que procede desestimar su recurso >>. Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª).Auto núm. 62/2011 de 18 octubre.JUR\2012\605.

Es un hecho notorio que se mantiene por la doctrina y por la generalidad de las Audiencias Provinciales una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva ¹³³.

Por eso, a nuestro juicio, una opción hermenéutica razonable pasa por una interpretación amplia del vocablo “cosa”, comprensivo tanto de las cosas muebles como de las cosas inmuebles, e, incluso, extensible a documentos. No se trata de privar de sentido a la enumeración de los concretos documentos que son admitidos como objeto de las diligencias preliminares en los apartados 1º, 3º, 4º, 5º, 5º bis y siguientes, del artículo 256.1, que como sabemos hacen referencia a los documentos en los que conste la capacidad, representación o legitimación del futuro litigante; los actos de última voluntad; los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad; el contrato de seguro; la historia clínica; etc, haciendo, ni mucho menos, inútil la enumeración de los concretos

¹³³ Por ejemplo : (...) gran parte de los contratos de compraventa en Bolsa se realizan a través del teléfono o del correo electrónico u otros medios telemáticos (además de que algunas de las conversaciones se realizan por seguridad o por una mejor calidad del servicio), no es imaginable poder preparar un juicio (en que se deba justificar el hecho mismo el hecho mismo del contrato) sin aportar datos de ese mismo carácter técnico, ya sea para acreditar el contrato (porque los datos existen) ya sea para negar la existencia del contrato (porque esos datos no existen en un determinado contexto similar).

“ (...) habida cuenta de que el contrato a que se refiere la solicitud de diligencias preliminares habría sido teóricamente un contrato verbal o telefónico, se hace preciso tener al alcance esa conversación entre el solicitante y el broker (en caso positivo) o el conjunto de conversaciones habidas ese mismo días en que tuvo lugar la operación (para el caso negativo de que no estuviera entre ellas la orden de compra).

En base a ello, no debe haber ningún problema en incluir el presente caso en el supuesto contemplado en el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 256 LEC (...).

Aquí la exhibición de la cosa (que es una grabación de las conversaciones de ese día con un concreto broker) se sustituiría por la copia audiográfica de esa conversación o conversaciones, archivadas en la entidad posiblemente demandada. (...).” Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª). Auto núm. 38/2009 de 23 febrero. JUR\2009\237713. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), Auto núm. 200/2011 de 6 octubre, JUR\2011\394341.

documentos admitidos, ni de inventar una norma que, con carácter general, admitiera cualquier documento. Se trataría, muy por el contrario, en aras a hacer efectivo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, de un deber de hacerse una interpretación flexible de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales.

En resumen, la solicitud del auxilio judicial para examinar unos determinados documentos a fin de que sean exhibidos, requiere la imposibilidad de tener acceso a los mismos por otros medios o de otro modo ¹³⁴, y la necesidad de conocerlos para formular posteriormente y de manera fundamentada una determinada pretensión basada en su contenido, iniciando así, en su caso, el proceso con visos de admisibilidad por lo que teniendo en cuenta una interpretación amplia y flexible en muchos casos, podrá incardinarse la pretensión deducida en el supuesto correspondiente.

Mas que no sea admisible extender el concepto de *cosa* a cualquier documento, como con frecuencia se ha dicho ¹³⁵ e incluso aún

¹³⁴ << (...) No obstante, aunque la Ley procesal vigente no se pronuncie con claridad al respecto, crece contrario a la naturaleza misma de las diligencias preliminares su utilización para obtener una información que, aun siendo necesaria para preparar un posterior juicio, pudiera ser recabada por otros medios por el interesado sin necesidad de intervención judicial previa. En este sentido se pronuncia la doctrina científica más autorizada (véase, "ad ex." Ortells Ramos M, Derecho Procesal Civil, Aranzadi, 2001, p. 296), manifestando por el hecho de supeditar el art. 258 LEC la adopción de diligencias preliminares a la concurrencia de justa causa e interés legítimo resulta plenamente coherente con lo establecido en el art. 265.2 del mismo cuerpo legal sobre la carga de aportación de documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto junto con la demanda o contestación, indicando que sólo cuando las partes no puedan disponer de los documentos, medios o instrumentos en el momento de presentación de su demanda o contestación, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentran, o el registro, libro registro, actuaciones y expediente del que se pretenda obtener una certificación. (...) >>. Audiencia Provincial de Salamanca. Auto núm. 34/2002 de 5 marzo JUR 2002\127207.

¹³⁵ La siguiente resolución se planteaba la cuestión, y distinguía, ya así, entre la exhibición de cosa mueble y documento, así: << (...) la exhibición de documentos interesada, no está comprendida en el número dos: que se refiere a exhibición de cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar el que tenga la cosa en su poder. El artículo 499, expresa que puede decretarse el depósito.

se dice más, entiendo, habrá que estar al caso concreto que se plantee al solicitar la presente diligencia¹³⁶, y que se cumplan todos los requisitos que para la solicitud se exigen en la LEC¹³⁷. Dicho esto, son

De modo que la exhibición de cosa mueble es distinta a exhibición de documentos. A mayor abundamiento, la acción derivada del contrato de arrendamiento, es personal. (...) >>. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª).Auto núm. 30/2000 de 12 enero.AC\2000\11.

¹³⁶ << (...) Como bien señala el auto impugnado, es común opinión que el catálogo de diligencias preliminares contenido en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es cerrado -"numerus clausus"-, pero también es una opinión extendida que el precepto debe interpretarse con una cierta flexibilidad, si bien las diligencias preliminares no pueden ser un medio para obtener una prueba anticipada en relación al futuro litigio.

A nuestro juicio, y reconociendo que es un tema muy discutible, el contenido del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede influir en la mayor o menor flexibilidad o amplitud que se le dé al artículo 256 de la Ley relativo a las diligencias preliminares, pues el precepto primeramente citado exige, cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada, cuantificar exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, y si es así, y se pretende reclamar una retribución variable estipulada contractualmente en función de las viviendas vendidas en las promociones inmobiliarias mencionadas, difícil será preparar una demanda respetuosa con lo dispuesto en el citado artículo 219 de la Ley sin conocer el número de las viviendas vendidas en base al cual se puede calcular la retribución variable a reclamar.

De todas formas, un criterio más restrictivo como el que acoge el auto apelado puede observarse en los autos de las Audiencias Provinciales de León - Sección 2ª- de 6 de julio de 2006, La Coruña -Sección 5ª- de 30 de mayo de 2007, Barcelona -Sección 10ª- de 29 de mayo de 2008, y Madrid -Sección 11ª- de 11 de junio de 2008. Por el contrario, criterios más flexibles en supuestos parecidos se adoptan por los autos de las Audiencias Provinciales de Guadalajara - Sección 1ª- de 2 de febrero de 2007 y Guipúzcoa -Sección 3ª- de 30 de noviembre de 2007; por eso precisamente decíamos que la cuestión era muy discutible.

TERCERO

Estimamos que dadas las circunstancias concurrentes lo más prudente es considerar, en principio, que las diligencias preliminares solicitadas pueden tener su cabida en el supuesto del artículo 256.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en una interpretación flexible del mismo, pero sin perjuicio de que si la parte frente a quien se dirigen se opusiera a las mismas de acuerdo con el artículo 260 de la Ley Procesal, entonces el Juzgador "a quo" conservará plena libertad para decidir lo oportuno acerca de la admisibilidad o no de las diligencias preliminares, pues la admisibilidad en este trámite se hace, como se ha dicho, en principio, y atendiendo a razones de prudencia en función de lo alegado por la parte apelante. (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª).Auto núm. 64/2009 de 17 marzo. JUR\2009\234863.

¹³⁷ Ahora bien, dado que como se mantiene por la doctrina y por la generalidad de las Audiencias Provinciales --incluida esta Audiencia de Madrid, las diligencias preliminares recogidas en el artículo 256 LEC encierran un "numerus clausus", se plantea la cuestión de si las "grabaciones telefónicas" pueden considerarse de alguna manera comprendidas en la previsión legal. En esta misma Audiencia -en una de las Juntas de Magistrados convocadas para la unificación de criterios (23 de septiembre de 2004), se adoptó el acuerdo siguiente: "Las diligencias preliminares a que se refiere el art. 256 LEC constituyen un numerus clausus, si bien debe hacerse una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias

variados los ámbitos de su aplicación; así en el arrendamiento, pensiones en el derecho de familia, comunidades de propietarios, grabaciones técnicas de operaciones bancarias, contratos de cuenta corriente no sólo bancaria, sino también los contratos de cuenta corriente mercantil, etc.

Es cierto que en la jurisprudencia menor existe una corriente jurisprudencial que rechaza la última extensión. En este sentido, el AJMe Barcelona de 29 de noviembre de 2011 señala "(...) la parte actora funda su pretensión en lo dispuesto en el artículo 256.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (...) Sin embargo la parte demandada entiende que no puede admitirse la práctica de las diligencias preliminares al amparo del citado precepto, pues el mismo se refiere a la exhibición de cosa y no a la exhibición de documentos. La diligencia interesada se fundamenta en que tales listados y documentos, a juicio de la actora tienen la consideración de "cosa" a la que se refiere el artículo 256.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo del examen del citado precepto se desprende que la expresión "cosa mueble" a la que hace referencia el mismo, debe ser entendida como el objeto de la acción real o mixta que se trata de entablar contra el que tenga la cosa en su poder, con lo que se circunscribe su aplicación a las cosas muebles corpóreas pero no a los documentos, a menos que tales documentos fueran el objeto del juicio en relación con la acción real o mixta que se pretende entablar (S. Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de enero de 2.000). Por tanto la cosa mueble debe ser aquella a la que se haya de referir el juicio, tal y como dispone el artículo 256.1.2º de la LEC, de suerte que cuando se trata de documentos a exhibir,

preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva." Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), Auto núm. 38/2009 de 23 febrero, JUR\2009\237713.

los mismos se han de corresponder como aquellos sobre los que va a recaer el objeto del proceso posterior.>> ¹³⁸.

Por el contrario, a nuestro juicio, resulta más acertada aquella otra que propugna una interpretación más amplia. Sólido exponente de esta corriente es el AAP Las Palmas 10 junio 2010, cuya sólida fundamentación es digna de reproducirse. En este sentido dice: : << (...) en el número 2º del apartado 1 del art. 256 LEC entiende esta Sala que deben entenderse comprendidos los documentos en los que necesariamente haya de fundarse la demanda que se encuentren en poder del futuro demandado y a los que no pueda acceder de otro modo el que pretende formular la demanda. Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos:

1) En que frente a la redacción anterior de la que exigía para este supuesto que la acción que se pretendiera ejercitar fuera real o mixta, la redacción actual no exige dicho carácter a la acción, pudiendo ser ésta la reclamación de un derecho de crédito o el cumplimiento de una obligación personal que resulta de un negocio o acto jurídico cuyo soporte documental se encuentra en poder del futuro demandado (...).

2) En que las partes en un proceso (entendemos que presente o futuro) están recíprocamente obligadas a la exhibición de documentos que se encuentren en su poder, conforme disponen los artículos 328 y 329 de la LEC, siempre que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba, con los efectos en caso de negativa injustificada de dicha exhibición previstos en los artículos 328 y 329 de la LEC (...).

3) El hecho de que la obtención de los documentos que sirven de base a la pretensión a formular con carácter previo al proceso no sólo es imprescindible para que se pueda formular la demanda (favoreciendo el

¹³⁸ Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona. Auto núm. 265/2011 de 29 noviembre. JUR\2011\432733.

derecho a la tutela judicial efectiva) sino que además obtenidos esos documentos es posible que algunos litigios no lleguen siquiera a formularse (en una suerte de "desistimiento anticipado" de un proceso no iniciado), (...).

4) Se aduce en ocasiones para denegar estas exhibiciones documentales que son más propiamente supuestos de prueba anticipada. No se comparte esta conclusión por la Sala. El art. 293 de la LEC contempla la práctica de prueba anticipada sólo en el supuesto de que "exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto". (...) >> ¹³⁹.

¹³⁹ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), Auto núm. 175/2010 de 10 junio, AC 2010\1616.

También se efectúa una interpretación amplia en la siguiente resolución: << (...) en el cuerpo del escrito el solicitante alega, para fundamentar su petición, que es cliente del Banco de Santander y de la entidad bursátil SANTANDER INVESTMENT S.V., S.A. y que, con fecha 6 de noviembre de 2007, esta última entidad, sin mandato expreso de precio de compra y por tanto sin autorización de compraventa realizó una operación de compra de 1.000.000 de warrants SCH CA BBVA0 O16.00200308, por importe de 440.000 € Que dicha operación se hizo a un precio superior al de "plaza" y por ella le fueron cobradas unas comisiones que no comprende, teniendo indicios de que todo ello se produjo por error del broker don Celestino.

Todo apunta, por tanto, a que la posible demandada SANTANDER INVESTMENT BOLSA S.V., S.A. realizó un contrato de compraventa en nombre de don Fernando y con dinero perteneciente a éste, sin que él hubiera dado previamente su consentimiento o autorización a dicha operación y a las condiciones en que se realizó.

Las partes del contrato están perfectamente identificadas. Y lo que se pretende con la diligencia preliminar solicitada es acreditar, a través de un discernimiento de las llamadas telefónicas del día de la operación comprobar que no existió llamada del solicitante proponiendo o autorizando la operación realizada.

Si se tiene en cuenta que gran parte de los contratos de compraventa en Bolsa se realizan a través del teléfono o del correo electrónico u otros medios telemáticos (además de que algunas de las conversaciones se realizan por seguridad o por una mejor calidad del servicio), no es imaginable poder preparar un juicio (en que se deba justificar el hecho mismo del contrato) sin aportar datos de ese mismo carácter técnico, ya sea para acreditar el contrato (porque los datos existen) ya sea para negar la existencia del contrato (porque esos datos no existen en un determinado contexto similar).

Ahora bien, dado que como se mantiene por la doctrina y por la generalidad de las Audiencias Provinciales --incluida esta Audiencia de Madrid, las diligencias preliminares recogidas en el artículo 256 LEC encierran un "numerus clausus", se plantea la cuestión de si las "grabaciones telefónicas" pueden considerarse de alguna manera comprendidas en la previsión

C) Exhibición del acto de última voluntad.

Esta diligencia, como refiere básicamente la doctrina, tiene una finalidad muy concreta: pedir que se presente al tribunal el documento en el que consta *la última voluntad de una persona*, con el fin de comprobar cuáles son las disposiciones que en él se contienen ¹⁴⁰. Es evidente que la

legal. En esta misma Audiencia -en una de las Juntas de Magistrados convocadas para la unificación de criterios (23 de septiembre de 2004)-, se adoptó el acuerdo siguiente:

"Las diligencias preliminares a que se refiere el art. 256 LEC constituyen un *numerus clausus*, si bien debe hacerse una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva."

Se pretendía con ello, sin rebasar los límites de la previsión, propiciar la tutela judicial efectiva de los derechos facilitando, precisamente, el acceso a la misma a través de la preparación de la demanda.

Si se detiene uno en el examen de los apartados 3º a 5º bis del artículo 256 LEC podrá comprobar que en ellos se intenta garantizar que el futuro demandante puedan contar con los documentos que han de servir de base a su demanda porque son los documentos en que consta la realidad de la dimana, o puede dimanar, su derecho.

En el presente caso, la realidad de la dimana el derecho del solicitante es el contrato de compraventa de warrants que tuvo lugar a través de la sociedad de valores. Si ese contrato se hubiera hecho por fax o mediante cualquier otro documento que estuviera en poder de la sociedad de valores, se podría pedir sin impedimento alguno la exhibición de tales documentos. Ahora bien, habida cuenta de que el contrato a que se refiere la solicitud de diligencias preliminares habría sido teóricamente un contrato verbal o telefónico, se hace preciso tener al alcance esa conversación entre el solicitante y el broker (en caso positivo) o el conjunto de conversaciones habidas ese mismo días en que tuvo lugar la operación (para el caso negativo de que no estuviera entre ellas la orden de compra).

En base a ello, no debe haber ningún problema en incluir el presente caso en el supuesto contemplado en el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 256 LEC:

"Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio."

Aquí la exhibición de la cosa (que es una grabación de las conversaciones de ese día con un concreto broker) se sustituiría por la copia audiográfica de esa conversación o conversaciones, archivadas en la entidad posiblemente demandada. Pues no existe otro modo, o al menos este tribunal no lo alcanza a ver, que permitiera alcanzar ese resultado, que se entiende es ineludible para poder fundamentar adecuadamente la posible demanda.

En consecuencia debe atenderse este motivo de recurso y debe accederse a la diligencia solicitada>>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), Auto núm. 38/2009 de 23 febrero, JUR 2009\237713.

¹⁴⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias* ..., ob. cit. p. 81.

motivación para ello es obtener por su peticionario¹⁴¹ información en orden al posible carácter o no de beneficiario del causante, o en qué grado pudiera serlo, pues, como es ya conocido, solo podrá reclamar con fundamento sus posibles derechos sucesorios en un ulterior proceso, si con anterioridad conoce el contenido de dicho documento. Recogida en el artículo 497.3 de la antigua LEC, comenzaba igual que la actual, en su artículo 256.1.3º, *Todo juicio podrá prepararse*, es evidente. Pero entre ambas redacciones hay ciertos matices que entiendo conviene destacar, pues las diferencian; efectivamente es una petición, qué duda cabe: pidiendo, decía la primera, y continúa, *el que se crea*; por petición dice la segunda, *del que se considere*¹⁴², lo que entiendo respecto a este último vocablo supone un previo fundamento para ello. ÁLVAREZ ya fijó su atención en esta cuestión¹⁴³. No es casualidad pues que el propio artículo 256 en su apartado 2, refiera que en la solicitud de las diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.

Es evidente por otra parte que hoy va siendo de una menor actualidad. La propia doctrina lo pone de manifiesto, manteniendo no

¹⁴¹ << (...) el concepto de interesado para la obtención de una copia de las citadas escrituras es valorable única y exclusivamente por el notario encargado del protocolo del notario autorizante de la misma, (...) >>. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª). Auto núm. 137 \ 2011 de 25 octubre. JUR \ 2012 \ 17136.

¹⁴² 195 Así: << (...) - estamos ante un supuesto claro del apartado 3 del art. 256 LEC, cuando el que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado. El peticionario se considera heredero abintestato y justifica su interés legítimo. El hecho de que existan más testamentos no interfiere su petición de conocer el contenido del último de ellos, por lo que debemos examinar únicamente su legitimación a este efecto. (...) >>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª). Auto núm. 95/2007 de 7 junio. JUR \ 2008 \ 17587.

¹⁴³ ÁLVAREZ lo concretaba así: “No obstante, decía entonces, la disposición del 497.3º dice que la diligencia la puede instar <<quien se crea>>, es decir que no está seguro de serlo. En este supuesto se está incluyendo a los que no son herederos forzosos, pues estos sí que están seguros de su carácter. La diligencia parece pensada más bien para qué, quien suponía que había sido designado heredero o legatario, pueda hacer efectivo su derecho como tal, dirigiéndose contra los que lo impiden.” ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares ...*, ob. cit. p.25.

obstante alguna cautela, que comparto y entiendo por pura y elemental lógica, pues es difícil, por no decir imposible prescindir de ella, baste como ejemplo recordar el supuesto del testamento ológrafo ¹⁴⁴. En consecuencia la vía judicial permanece abierta para las incidencias ¹⁴⁵.

Es necesario advertir que siendo su regulación similar a la del apartado 3º del artículo 497 de la LEC de 1881, debe ser puesta en relación con lo dispuesto en el Reglamento Notarial ¹⁴⁶, particularmente con lo dispuesto en sus artículos 222, 224, 226, y 232, a fin de armonizar ambas regulaciones. A partir de lo que establece su artículo 224, cualquiera del que resulte a su favor un derecho establecido en una escritura notarial puede obtener copia del mismo. Si no se ha agotado esa posibilidad, parece claro que no puede acudirse a dicha diligencia preliminar, por faltar precisamente una justa causa o un interés legítimo ¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Este hecho es recogido por la doctrina y puesto de manifiesto por la misma : “ Es notorio que para los testamentos existe ya desde hace tiempo un completo régimen para su protección y publicidad, a través del protocolo o archivo notarial, y del Registro de Actos de Última Voluntad, (Álvarez, Damián). No obstante, esta diligencia de exhibición puede mantener su virtualidad en el caso de que el causante haya otorgado testamento ológrafo (Álvarez), el cual puede ser válidamente otorgado sin intervención notarial, sin perjuicio de la necesaria protocolización posterior dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante (arts. 688 y 689 CC). ORTELLS RAMOS, M.\ BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho Procesal Civil* (Col. MASCARELL NAVARRO, M.J., JUAN SANCHEZ, R., BELLIDO PENADÉS, R., CÁMARA RUIZ, J., BONET NAVARRO, J., CUCARELLA GALIANA, LUIS A., MARTÍN PASTOR, J., Novena Edición. Año 2013. Aranzadi, p. 280.

¹⁴⁵ Como igualmente dice Álvarez, y comparto, hoy parece poco probable la utilización de esta medida (se está refiriendo a los testamentos ológrafos, o se hubiera perdido un Archivo dónde estuvieren custodiados los originales), pero no debe por ello dejarse de lado, pues en épocas de calamidades que pueden ocasionar la desaparición de los archivos, las copias en poder de los particulares se hacen indispensables; además para los testamentos ológrafos siempre tendrán cierto sentido y para los litigios en los que fuere necesario alguna disposición otorgada bajo formas anteriores a las del C. Civil. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares...*, ob. cit. p. 25.

¹⁴⁶ << (...) El art. 226 de Reglamento Notarial dispone que fallecido el causante, (...), son condiciones para solicitar la exhibición de documentos testamentarios junto a la acreditación del fallecimiento del causante, la existencia de interés y justa causa legítima. (...) >> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª). Auto núm. 108/2007 de 12 junio. JUR\2007\293466.

¹⁴⁷ La facultad que el artículo 224 del vigente Reglamento Notarial confiere al Notario de apreciar la existencia o inexistencia de interés legítimo debe ejercitarse en relación

En consecuencia, resulta evidente que la actuación judicial es subsidiaria, es decir, se precisa la previa petición, y negativa del Notario a la exhibición del contenido del acto de última voluntad a que se refiere la solicitud. Sin olvidar algo fundamental, como es lo dispuesto por su artículo 231 en orden a que contra la negativa del Notario a expedir una copia, se dará recurso de queja ante la Dirección General, la cual, oyendo al propio Notario y a la Junta directiva del Colegio respectivo, dictará la resolución que proceda.

Lo cierto es, hoy día, que la tenencia de los documentos sucesorios por un particular es cada vez más excepcional, pues en la mayoría de los casos los testamentos son autorizados por notario, dotándoseles en consecuencia de la protección y publicidad propia del protocolo notarial y

con las circunstancias objetivas o subjetivas que en cada caso concurren, armonizando el secreto del protocolo, la posibilidad de razonables perjuicios para los otorgantes de la escritura y el interés legítimo del peticionario, para resolver si puede expedir copia total o parcial o si procede la denegación de la solicitud.

Si bien es cierto que sería admisible atribuir interés legítimo al acreedor de un heredero para obtener copia del testamento del causante de éste, para poder embargar derechos hereditarios en garantía de un crédito suficientemente justificado, en virtud del oportuno mandamiento judicial o incluso cuando pretende la aceptación de la herencia conforme al artículo 1001 del Código Civil, por haber sido repudiada en su ejercicio por el heredero deudor, no es menos cierto que, en el presente caso y a la vista de la documentación aportada al expediente, el recurrente no acredita adecuadamente la existencia del citado interés legítimo, que permita fundar su derecho a la obtención de la copia solicitada, y no puede en consecuencia prosperar el recurso.

Esta Dirección General ha acordado que debe desestimarse el recurso interpuesto. (RDGRN 10 noviembre 1999).

En primer lugar hay que poner de manifiesto, como recuerda la jurisprudencia, que: << El ámbito de las medidas preliminares es un ámbito de preparación, que no de decisión definitiva, de un proceso. Su característica principal es la instrumentalidad, pues se trata de medidas que el legislador ha considerado idóneas para la preparación de un juicio. Preparación que puede tener un doble efecto beneficioso: ya sea ayudando a preparar la demanda, ya sea evitarla porque el posible demandante ha obtenido una información suficiente e idónea para disuadirle del pleito.

No se requiere, por tanto, que el solicitante tenga que acreditar de modo preciso el derecho que pretende defender sino que se trata solamente de hacer posible, en su caso, el ejercicio de la tutela judicial efectiva ayudándole a conseguir aquellos datos, documentos o informaciones que va a necesitar acompañar a su demanda para fundamentarla >>. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de Noviembre de 1999.

del Registro General de Actos de Última Voluntad ¹⁴⁸, creado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885. Se trata de un Registro sumamente útil. Orgánicamente depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y dentro de la misma de la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles. En este Registro es dónde se tomará razón de los diversos documentos sucesorios mencionados en su artículo 3, resultando de gran utilidad para conocer si se ha registrado algún acto de última voluntad del causante y la identidad del notario o funcionario que lo haya autorizado o protocolizado de acuerdo con el contenido de su artículo 4. Además, resulta de fácil acceso, expidiéndose la correspondiente certificación a instancia de cualquier persona que acredite fehacientemente el fallecimiento del causante como hace constar su artículo 5.3. Una vez conocido el notario autorizante, quien se considere heredero, coheredero o legatario no tiene más que solicitar copia autorizada a aquél conforme a lo dispuesto en el Reglamento Notarial, sin que se precise para ello la solicitud de diligencia preliminar impetrando auxilio judicial alguno ¹⁴⁹. Pero el notario, no puede obviarse, en virtud de lo dispuesto por el artículo, 226 RN, puede negarse a expedir copia si la solicita quien— considerándose heredero, coheredero o legatario— no lo sea en realidad ¹⁵⁰.

En este caso, la solicitud de diligencia preliminar al amparo del artículo 256.1.3º LEC parece albergar cobertura en el artículo 222 RN, el cual contempla la solicitud de copia por los tribunales

¹⁴⁸ ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las Diligencias...*, ob. cit., pág. 25.

¹⁴⁹ De hecho, en relación con del art. 497 LEC de 1881 la SAP (Sección 8.ª) de Madrid 4 de julio de 1996, denegó la solicitud por no pedirse propiamente la exhibición de un testamento, sino de documento privado de partición de una herencia.

¹⁵⁰ PRIETO CASTRO, *Tratado ...*, ob. cit., pág. 342; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal ...*, II, con DE LA OLIVA, ob. cit., pág. 246 y MONTERO AROCA, *Derecho ...*, con G. COLOMER, MONTÓN Y BARONA, ob. cit., pág. 156.

a los notarios, pero sin que resulte con seguridad que sea exhibida ¹⁵¹. Es evidente pues la escasa virtualidad de esta diligencia preliminar en la práctica por las razones expuestas ¹⁵². Doctrina, legislación y jurisprudencia coinciden en el presente caso ¹⁵³.

Hoy en día la doctrina reconoce que, probablemente, no sean otras las causas explicativas de la escasa virtualidad de esta diligencia preliminar en la práctica: en la mayoría de los casos las disposiciones de última voluntad se hallan en poder de un notario, que expedirá copia conforme a la legislación notarial. Si ésta se lo permite, el legitimado activo podrá obtener copia mediante procedimiento notarial, lo que determinaría la improcedencia de acudir a la vía judicial. Y si aquella no lo autoriza, el notario posiblemente se niegue a expedirla, pese a que lo exija la autoridad judicial ¹⁵⁴. En el mismo sentido, se reconoce también que esta diligencia preliminar es hoy de una menor actualidad, no sólo porque nuestro ordenamiento no contempla ya los codicilos ni las memorias

¹⁵¹ Cfr. SAMANES ARA, *Las partes ...*, ob. cit., pág. 108.

¹⁵² En este sentido, DAMIÁN MORENO, *Comentarios a Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (coord. LORCA NAVARRETE), Valladolid, 2000, pág. 1685 indica que esta medida no debiera prosperar cuando el testamento se otorgue en escritura pública.

¹⁵³ Como explica el AAP de Barcelona (Sección 17ª), de 27 mayo 2002, : << (...) el testamento se encuentra protocolizado o archivado en la notaría (...), de suerte que resulta factible su localización, exhibición y obtención de copias auténticas del original a las personas que se encuentran en los supuestos previstos en el artículo 226 del Reglamento Notarial. Abundando en lo ya expuesto resulta que el expresado artículo 226 del Reglamento Notarial, invocado por el recurrente, precisamente establece que el Notario otorgante está legitimado para exhibirlo, una vez fallecido el otorgante, «...a los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad, los parientes que de no existir el testamento o ser nulo o en que no haya instituido herederos forzosos, serían en todo caso los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado...». En el caso sometido a la consideración de esta alzada, ni de la solicitud objeto de examen ni de la documentación acompañada se desprende que el recurrente haya adoptado la indicada vía, instando del Notario la exhibición u obtención de copia del testamento, siendo en cualquier caso y por lo antes expuesto la actuación judicial que se pretenda subsidiaria, requiriéndose la previa negativa del Notario a su exhibición. (...) >>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª). Auto de 27 mayo 2002. JUR\2002\ 208711.

¹⁵⁴ BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil ...*, ob. cit., T-III-2, p. 5-16.

testamentarias , sino que además , para los testamentos existe un completo régimen para su protección y publicidad a través de los Notarios y del Registro de Actos de Última Voluntad ¹⁵⁵. Es en el caso del testamento ológrafo, así como cuando, en el improbable caso, se hubiera perdido el Archivo o Protocolo donde estuvieran custodiados los originales, cuando sería útil esta diligencia.

Hay una serie de notas que distinguen a esta diligencia, como son la petición de *exhibición* del acto de última voluntad, que no de *entrega* del mismo.

Otra característica es la de dirigirse a *quien lo tenga en su poder*, el acto de última voluntad, por lo tanto, con independencia de si lo tiene otro coheredero, o legatario u otra persona ¹⁵⁶. En este sentido, el AAP Cáceres de 13 de junio de 2001 señala que <<(…) su destinatario lo es cualquier persona, y aclara <<particular>> que tuviera en su poder el acto de última voluntad, debe repararse en el hecho de que tal Diligencia Preliminar consiste en la "exhibición" del *acto de última voluntad*, no en la "entrega" del mismo (que es lo que solicita y pretende la parte actora), de modo que se estima cuando menos dudoso que el destinatario de la expresada Diligencia Preliminar hubiera de ser el respectivo Notario autorizante, sino que más bien lo es cualquier persona (particular) que, por el motivo que fuere, tuviera en su poder un acto de última voluntad cuya "exhibición" - que no entrega- interese a quien lo pretenda para la preparación de un ulterior juicio (...)>>.

Al aludir la LEC actual a *acto de última voluntad* debe reflexionarse sobre su significado, en el sentido de qué hubiera sido si la

¹⁵⁵ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares en el*, p. 25.

¹⁵⁶ Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª). Auto núm. 38/2001 de 13 junio. JUR\2001\228492.

Ley se hubiera referido solo al testamento como objeto de la diligencia preliminar, se podría haber excluido, no dando cabida en definitiva, a otros actos de última voluntad admitidos por ejemplo por las distintas normas forales; razón suficiente por lo que resulta adecuada la expresión usada por el legislador, debiendo considerar la nueva terminología más acertada, precisamente por su amplitud ¹⁵⁷.

Se pueden plantear dudas acerca de la aplicación de esta diligencia a actos de última voluntad sin base documental, admitidos en algunos derechos forales como el navarro ¹⁵⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio, se debe concluir con parte de la doctrina que no habría inconveniente en solicitar una diligencia preliminar que consistiera en una declaración testifical sobre dicho testamento, al amparo de este mismo art. 256.1.3º, por existir una clara analogía con lo que en él se dispone. Amén de alguna otra solución, en defecto de la anterior, como la utilización del artículo 256.1.1º para la averiguación de extremos referidos a la legitimación pasiva ¹⁵⁹.

¹⁵⁷ << En este sentido, LOMBARDÍA DEL POZO critica los términos empleados por la ley, porque << la norma habla de exhibición de un acto, lo cual no es posible, como tampoco lo es la posesión de ese mismo acto. Parece indudable que la ley quiere referirse al testamento, pero sin embargo su formulación es más amplia >> (*Las diligencias preliminares y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales*, I-2001, Madrid, pág. 618). Aunque es acertada la crítica al uso del término <<acto>>, la ley ha eludido hablar del testamento para poder abarcar cualquier otro acto o negocio jurídico en que se realice una manifestación de última voluntad >>. En el mismo sentido BANACLOCHE PALAO, J., "*Las Diligencias...*", ob. cit. pp.81-82.

¹⁵⁸ Dice LORCA NAVARRETE que << es posible, incluso, que no exista base documental del acto de voluntad del causante, como es el supuesto del denominado testamento *hil buruko* del derecho foral navarro >> (*La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional*, pág. 1921).

¹⁵⁹ Así la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco, en su TÍTULO III. DE LAS SUCESIONES. CAPÍTULO I. DE LA SUCESIÓN TESTADA. SECCIÓN I. DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL, refiriéndose a los actos de última voluntad se alude a dicho testamento foral, en los artículos que se citan,

Artículo 29. Además de las formas de testar reguladas por la legislación civil general, se admite en el territorio aforado el testamento *hil-buruko*.

Característica de esta diligencia preliminar lo es también la de que el artículo 497.3º de la antigua LEC hacía referencia a la exhibición de *testamento, codicilo o memoria testamentaria*¹⁶⁰, mientras que la

Artículo 30. En ningún testamento notarial otorgado en todo el territorio de Bizkaia será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran el testador o el Notario autorizante.

Y concretamente a dicho testamento en su SECCIÓN II. DEL TESTAMENTO HIL-BURUKU, en los artículos que cita, Artículo 31. El que se hallare en peligro inminente de muerte podrá otorgar testamento ante tres testigos, bien en forma escrita o de palabra.

Este testamento quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte. Cuando el testador falleciese en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si no se adverbare dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, en la forma prevenida por las Leyes procesales.

En el caso de que, habiendo salido el testador del peligro de muerte, quedase incapacitado para otorgar un nuevo testamento, el plazo de adverbación será de tres meses contados desde su otorgamiento.

Adverado judicialmente el testamento, se procederá a su protocolización notarial >>.

El procedimiento para elevar a escritura pública el testamento hecho de palabra, es aplicable además a los testamentos en inminente peligro de muerte y en tiempo de epidemia (arts. 700 a 704 del CC); al militar extraordinario ante testigos, en peligro próximo de acción de guerra (art. 718 CC); al marítimo extraordinario ante testigos, en caso de naufragio (art. 731 CC); al testamento hil-buruku (art. 31 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco y al testamento en inminente peligro de muerte ante el párroco y dos testigos o ante tres en Navarra (leyes 189, 190 y 191 de la Compilación de Derecho Civil Especial Navarro).

Considero pues plenamente acertado y oportuno el análisis que del cambio de la terminología de los citados artículos de la LEC efectúa al respecto el profesor BANACLOCHE, así como de las alternativas que propone, al referirse a algunos derechos forales como el vasco. *Diligencias preliminares ...*, ob. cit. p. 82.

¹⁶⁰ Por codicilo se entiende << instrumento en que alguno declara por escrito su última voluntad, para quitar o añadir algo al testamento o aclarar lo dispuesto en él >> (voz << Codicilo >>, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Editorial F.SEIX, Barcelona, T.IV-V, p. 1333); la memoria testamentaria se ha definido como << escrito privado que contiene disposiciones de última voluntad en el cual se refiere el testador a un testamento anteriormente otorgado, sirviendo de ampliación o aclaración al mismo >> (SIERRA POMARES, << Memoria Testamentaria >>, en *Enciclopedia ...* cit. T. XXII, pág. 222). Ninguna de las dos instituciones son contempladas por el Código Civil, aunque alguna viabilidad pueden tener a través de las normas forales. ÁLVAREZ ALARCÓN es del criterio de no suprimir la referencia a estos documentos, pues algún día pueden tener vigencia -además de la advertencia hecha respecto del ámbito foral-; más interesante -afirma-le parece sustituirlos por << otras disposiciones de última voluntad >>, sean cuales sean las que la Ley y la costumbre puedan instaurar en cada tiempo. ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias ...*, ob. cit. p. 25.

actual LEC tan solo se refiere a *acto de última voluntad de causante*¹⁶¹.

El Código Civil, efectivamente, no regula ni los codicilos ni las memorias testamentarias¹⁶², escritos posteriores a un testamento que completaban sus disposiciones¹⁶³, no estableciendo más acto de última voluntad que el testamento. Sin embargo, como se ha apuntado supra, la amplitud de la terminología utilizada por la ley actual permitiría comprender tanto éste como aquéllos.

La regulación de esta diligencia debe ser puesta en relación con lo establecido en el Reglamento Notarial (de 2 de junio de 1944), particularmente con lo establecido en el artículo 224 del mismo, para armonizar ambas regulaciones. También sería posible, al menos teóricamente, que el Juez, como resultado de la diligencia preliminar,

¹⁶¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., y otros. Derecho Procesal Práctico, T-II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1992, p. 626.

¹⁶² La STS de 29 de septiembre de 1956, dice con respecto a las memorias testamentarias: “ En el Derecho anterior al CC las memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza del testamento, en que había de hacerse mención de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieren como parte integrante del testamento, que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión, o estableciendo algunas mandas o legados. Esta institución testamentaria no se originó en fuente legal alguna de nuestro Derecho, siendo introducida por la costumbre y práctica jurídicas, reconocida por la jurisprudencia, y más tarde regulada por la LEC, obedeciendo su existencia a remediar un estado de cosas que la realidad imponía, para satisfacer los deseos del testador que, por motivos muy respetables, quisiera dejar hasta última hora, la expresión de ideas o mandatos que al principio se estaba en el caso o no quería dar a conocer, la manifestación de ser su heredero legatario quien, en ocasión para el (cont. 160) más propicia, designase, etc., etc., sin necesidad de recurrir al otorgamiento en forma solemne y, por tanto, más molesta, dispendiosa y difícil de un testamento con escribanos, testigos y demás formalidades, siendo reconocida actualmente esta necesidad por el legislador civil, al ordenar que la memoria testamentaria se haga constar por lo menos en la forma de testamento más sencilla y más al alcance de todas las personas”.

¹⁶³ Todavía en los lugares de derecho civil especial se pueden presentar casos de codicilos (desde luego) y de memorias testamentarias (disp. trans. 2ª del C. Civil). PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T-I, Edit. Aranzadi, 1985, p.341.

expidiera un mandamiento al notario para que exhibiera los documentos; pero éste puede negarse a ello en determinadas circunstancias.

Si estamos ante un testamento notarial, tanto abierto como cerrado, el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, efectivamente establece en su artículo 226 que tienen derecho a obtener copia del testamento quienes aparezcan en él como herederos o legatarios, así como quienes podrían poseer otros derechos en caso de inexistencia o nulidad del documento, por lo que si el Notario les deniega la copia será porque los peticionarios no constan en el testamento con tal condición de herederos o legatarios o porque, a su juicio ¹⁶⁴, no tendrían derecho alguno en caso de inexistencia o nulidad del documento.

En tal sentido, son condiciones necesarias para solicitar la exhibición de documentos testamentarios, unos elementales requisitos ¹⁶⁵. Así junto a la acreditación del fallecimiento del causante, mediante su correspondiente Certificado de Defunción expedido por el competente Registro Civil ¹⁶⁶, pues sólo desde la muerte se transmiten los derechos sucesorios ¹⁶⁷, la existencia de interés y justa causa legítima. Ante la simple lectura de los artículos 256.2, y el consecuente 258 de la LEC la

¹⁶⁴ La RDGRN de 9 de noviembre de 1976, precisa el sentido de << a su juicio >>, así : (...) el que el Reglamento Notarial utilice la expresión << a juicio del Notario >> que ha sido interpretada como expresiva de una facultad discrecional pues la discrecionalidad, a diferencia de la arbitrariedad debe fundamentarse en una regla jurídica, cuya acertada o desafortunada aplicación puede ser susceptible del recurso pertinente >>.

¹⁶⁵ << (...) El art. 226 de Reglamento Notarial dispone que fallecido el causante, (...). Son condiciones para solicitar la exhibición de documentos testamentarios junto a la acreditación del fallecimiento del causante, la existencia de interés y justa causa legítima (...) >>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª). Auto núm. 108/2007 de 12 junio. JUR\ 2007\ 293466.

¹⁶⁶ Entre otros MANRESA y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-II, Madrid, 1929 p. 501 y GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-II, V.1º, Madrid, 1945, pág. 160.

¹⁶⁷ PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T-I, Pamplona, 1985, pág. 341 y MONTERO-ARCA, *Derecho Jurisdiccional II*, con G. COLOMER, MONTÓN y BARONA, Valencia, 2012, ob. cit. pág. 156.

evidencia se impone, es notoria. Es más, a mi juicio, queda claramente superado el ya antiguo 497 de la anterior LEC.

También deberá explicarse la imposibilidad que se haya tenido para acceder a dicho documento, pues en otro caso no tendría sentido acudir a esta diligencia preliminar, ya que se podría obtener acudiendo al correspondiente Protocolo notarial en que constase¹⁶⁸. El tribunal, consecuentemente con todo ello, deberá valorar en esta diligencia caso por caso, la explicación de los motivos por los que el peticionario de la misma cree que ha podido ser beneficiado por el testamento¹⁶⁹. La jurisprudencia así lo recoge de forma un tanto peculiar en algunas de sus resoluciones. En este sentido, el Auto de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 28 febrero de 2011, así lo precisa al decir al respecto que: << (...) Hay que darse cuenta de que en el artículo 256.1.3 LEC se utiliza la expresión de "por petición de quien se considere heredero...", no exige que el que pide tenga que tener la condición de heredero, sino que simplemente se considere a sí mismo heredero, coheredero o legatario.

Y añada << Será seguramente el proceso posterior (el que se inicie con la demanda que se está preparando) el que dilucide definitivamente el

¹⁶⁸ << (...) no concurre el requisito de justa causa en la solicitud, al tener el solicitante un procedimiento específico para obtener lo que solicita, como es el previsto en el art. 231 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, lex specialis pues que regula especialmente el caso de denegación por el Notario, que es un funcionario público, de la exhibición de documentos de su protocolo a aquellos que aleguen tener interés legítimo, lo que priva de justificación tener que recurrir al auxilio judicial mediante el procedimiento de diligencias preliminares. Es más, si examinamos los antecedentes legales de la vigente regulación legal de las diligencias preliminares, esto es, la anterior LEC de 1881, cabe concluir que la diligencia del art. 256-1-3º LEC no debe prosperar en los casos en que el testamento se ha otorgado en escritura pública, pues si bien la nueva LEC nada dice, el art. 500 de la LEC 1881 decía que "no estará obligado a la exhibición del documento el que designe en el acto de ser requerido el protocolo o archivo donde se halle el original", por lo que claramente excluía del ámbito objetivo de las diligencias preliminares la exhibición de testamentos hechos ante notario

En conclusión, quedan fuera del ámbito de las diligencias preliminares, ex art. 256-1-3º LEC, la exhibición de testamentos hechos ante notario (...). >>. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª). Auto núm. 155/2008 de 24 septiembre. JUR\2009\40603.

¹⁶⁹ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias* ..., ob. cit. p. 82

derecho del solicitante. Pero, de momento, es suficiente con que se le ayude a preparar el debate en qué consistirá el proceso >>¹⁷⁰.

En consonancia con lo dispuesto por la LEC sobre las diligencias preliminares, su petición exige una comprobación de la adecuación de la diligencia *a la finalidad que el solicitante persigue* y que en la solicitud concurren *justa causa e interés legítimo*, tal y como prevén, sus artículos 256.2 en relación con el 258 de la misma¹⁷¹. De no apreciarse la concurrencia de justa causa e interés legítimo en su solicitante y no concurrir en definitiva los citados requisitos, la diligencia preliminar no será admitida.

La utilidad de esta diligencia resulta evidente en el caso de la herencia yacente¹⁷². Como es sabido, la herencia yacente es la situación jurídica en las que se encuentran los bienes, derechos y obligaciones del causante, y que son transmisibles por su muerte, desde que se abre la sucesión hereditaria hasta que se produce su adquisición por el heredero¹⁷³, presentando complejidad la forma en la que los acreedores del difunto

¹⁷⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª). Auto núm. 42/2011 de 28 febrero. JUR\2011\142773.

¹⁷¹ << (...) los supuestos que la LEC/00 contempla (...) exigiéndose, a su vez, una comprobación de la adecuación de la diligencia "a la finalidad que el solicitante persigue" y que en la solicitud concurren "justa causa e interés legítimo" (Art 258 LEC/00). Con estas premisas nos encontramos ante la inviabilidad de la diligencia que se pretende en tanto en cuanto no alcanza a la peticionaria el interés legítimo que sostiene ya que, por un lado, sólo manifiesta una condición de heredera "anterior" que no justifica en modo alguno más allá de lo que la misma explica y, por otro, no resulta suficiente tal condición a los efectos del Art 256.1.3º LEC/00 (...) >>. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3ª). Auto núm. 39/2009 de 14 abril. JUR\2009\432621.

¹⁷² PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, v. I, p. 174, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975.

¹⁷³ Entre otras resoluciones: << (...) la sentencia del T.S. de 12 de marzo de 1987, donde se declara que "la apertura de la sucesión de una persona se abre justamente en el momento de su muerte, en el cual su patrimonio se transmuta en herencia yacente, que es aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, y pasa a los herederos, con efectos desde el fallecimiento del causante, una vez determinado por medio de testamento o en su defecto mediante la correspondiente declaración de herederos abintestato (...) >>. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 de mayo de 1990. (RJA 1990\3.689).

deben hacer efectivos sus créditos. La complejidad y dificultades que plantea esta figura jurídica es recogida por la jurisprudencia ¹⁷⁴.

Con todo, la posibilidad de formular demanda frente a la *herencia yacente y los desconocidos e ignorados herederos*, se halla suficientemente reconocida en nuestro derecho y en la práctica de los tribunales, es más, es ciertamente habitual, cotidiana, su utilización. En consecuencia, nada impide la interposición de la demanda contra los desconocidos e ignorados herederos y la herencia yacente de una persona. Mas siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, se admite el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales, pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar e incluso recurrir. Pero, nada impide que pudieran existir personas posiblemente legitimadas para soportar esta reclamación,

¹⁷⁴ Así : << (...) la herencia yacente, como parte demandante, pero sobre todo demandada en un proceso, presenta extraordinarias dificultades jurídicas y prácticas, que sustancialmente pueden resumirse en las siguientes : a) Su dudosa naturaleza jurídica, pues si bien algunos se han atrevido a considerarla como persona jurídica, al amparo de los artículos 1.001, 1.004, 1.023 y 1934 del C. civil, otros, los más, consideran que no es persona jurídica, pues no está enumerada ni comprendida en el art. 35, porque le falta la unión y libertad para un fin dado de varias personas físicas, fin que caracteriza la personalidad colectiva, y porque constituye un mero y simple patrimonio destinado no a un fin, sino al servicio de un seguro titular físico, momentáneamente indeterminado, más cierto en la realidad. b) Mas no obstante ello, es indudable que los acreedores no están obligados a detener o demorar el cobro de sus créditos por el hecho de acaecer el óbito de su deudor, antes al contrario, conocen y saben que ocurrido el mismo existe un patrimonio realizable para el cobro. c) Pero en dicho momento, y mientras la herencia continúa yacente, ignoran contra quién o quienes deben dirigir su acción en concepto de herederos de aquél, y desconocen la apertura testada o intestada de la sucesión; d) Ciertamente es que los acreedores pueden obtener del Registro de Actos de Última Voluntad certificación acreditativa de si su deudor fallecido ha muerto o no con testamento, al amparo del art. 5 D. 2 de jun. 1944, pero para ellos resulta casi siempre inasequible enterarse del contenido de dicho testamento en el supuesto de existir, o de quien sean los herederos, en caso de haber fallecido intestado, y no suele tener eficacia para aclarar tales extremos la promoción de la diligencia preliminar del núm. 1.º del art. 497 LEC; e) En consecuencia, la práctica judicial faculta a los acreedores para que dirijan su acción contra la herencia yacente de su deudor, sin expresión de personas cuando ignoran quiénes sean éstas, y con citación y emplazamiento edictales de dicho ente patrimonial innominado, forma de proceder muy arriesgada y que se presta a posibles abusos por parte de demandantes de mala fe, y por ello en tales supuestos algunos tratadistas abogan porque en dichos casos se cite y emplazamiento al Ministerio Fiscal, al amparo del art. 972 de la citada Ley Procesal” >>. Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 31 de Mayo 1969, 1010. BROCA MAJADA, G., CORBAL FERNÁNDEZ, J.E., GARCÍA VARELA, R. y MAJADA PLANELLES, A, *Práctica Procesal Civil*. Disposiciones Comunes, Bosch, 1996, V-I, p. 33.

entonces ¿qué impediría entablar unas diligencias preliminares en averiguación de los herederos forzosos del fallecido? Quizás nada, aun mas, queda, evidentemente en la esfera de los derechos potestativos del futuro actor, que habrá de decidir el camino a seguir más conforme con sus necesidades e intereses, lo que resulta claro es que de existir otros herederos forzosos o voluntarios, podrían dar razón en las citadas diligencias preliminares.

También cabe que esta diligencia preliminar sirva para que a través de terceros se pueda preparar el procedimiento, atendiendo siempre a la finalidad que inspiran las mismas, que no es otra que la de poder preparar un proceso o evitar su interposición, y obviamente sus requisitos ¹⁷⁵.

Incluso en las distintas fases de un procedimiento judicial, por ejemplo, habiéndose dictado sentencia condenatoria en primera instancia, la determinación en la fase de ejecución de sentencia a través de esta diligencia preliminar de los herederos voluntarios en virtud del testamento otorgado por el causante no resulte inapropiada; es más incluso puede ser necesaria ¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Entre otras, esta : << (...) la certificación de defunción consta como estado civil del Sr. José Carlos, el de divorciado, y permaneciendo yacente la herencia de este y ante la imposibilidad de averiguar el domicilio o residencia de la esposa del Sr. José Carlos, Doña Ángela, solicita como diligencia preliminar, se oficie a la TGSS y al INE para que comuniquen el domicilio de esta (...).

En relación al art. 256 de la LEC, aun cuando la enumeración que contiene queda limitada a los supuestos que contempla, la interpretación de cada uno de ellos debe de hacerse de modo flexible, comprendiendo las situaciones que puedan integrarse en cada apartado, teniendo en cuenta la finalidad que inspira las diligencias preliminares, preparar un proceso o evitar su interposición, en consecuencia, pudiendo integrarse lo solicitado en el supuesto del número 3, debe de revocarse el auto apelado y acceder a la práctica de la diligencia preliminar interesada. Líbrense los oficios a la TGSS y al INE para que informen del paradero de Doña Ángela. (...) >>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª). Auto núm. 109/2004 de 16 junio. JUR\2004\208266.

¹⁷⁶ Así: << (...) La circunstancia de que el art. 6.1.4º L.E.Civil reconozca expresamente la capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles a "las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular" (entre las que se incluye incuestionablemente la (cont. 275) herencia yacente) no supone que

Esta diligencia preliminar es también perfectamente utilizable previamente a la publicación de edictos, es decir, se puede recurrir a ella a fin de que, en su caso, aquellos sean adecuadamente utilizados, evitando así una deficiente preparación del procedimiento. Dado, como es sabido, que los mismos tienen carácter supletorio, solamente puede acudir a ellos cuando se hayan agotado las demás formas de comunicación. El incumplimiento de esta condición supondría la infracción del artículo 24.1 de la CE y, en consecuencia, la nulidad de actuaciones por haberse vulnerado los principios de defensa y contradicción. Tienen pues la consideración de un remedio último para la comunicación del órgano jurisdiccional con las partes, que requiere, en cualquier caso, de las modalidades de más garantías, y la constancia formal de haber intentado practicarlas. Además, la resolución judicial que tiene a la parte como persona en ignorado paradero, debe fundarse en criterios de razonabilidad, que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de notificación propio¹⁷⁷.

En principio, la utilidad de los datos de los archivos y registros notariales estaría en relación con las siguientes circunstancias: 1º) Que el acto de última voluntad cuyo contenido se pretende conocer no ha accedido al Registro de Actos de Última Voluntad, dependiente de la

resulte innecesaria la determinación en fase de ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de los herederos voluntarios en virtud del testamento otorgado por el causante, toda vez que éstos son los obligados al cumplimiento de las prestaciones a cargo de la masa patrimonial una vez determinada su identidad como consecuencia del acto de última voluntad, y ello sin perjuicio de la posible limitación de la responsabilidad del heredero o coherederos al amparo de las normas sustantivas del Derecho de Sucesiones que resulten de aplicación como consecuencia de la aceptación de la herencia, civiles a "las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular" (entre las que se porque es evidente que la absoluta indeterminación de la identidad del heredero o coherederos impediría en la práctica la ejecución de aquella sentencia, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del actor en el procedimiento declarativo que ha visto reconocido su crédito frente a la herencia yacente (...) >>>. Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), Auto núm. 101/2004, de 7 septiembre, JUR 2004\315253.

¹⁷⁷ Al efecto las SSTC 36/1987 de 23 de Marzo, 157/1987 de 15 de Octubre, 171/1987 de 5 de Noviembre, 141/1989 de 20 de Julio y 196/1989 de 27 de Noviembre.

Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, y en el que se inscriben los testamentos, porque en caso contrario le bastaría al interesado con solicitar a dicho Registro una certificación del documento testamentario para conocer su contenido; 2º) Que el acto de última voluntad tampoco conste en ningún protocolo notarial cuyo acceso le sea factible al interesado, por cuanto en este caso, la diligencia preliminar se manifiesta innecesaria, y, por ende, inadmisibile; y 3º) Y por último, que el interesado tiene constancia de que el causante ha otorgado dicho acto de última voluntad, y que conoce quienes pueden ser las personas que lo tengan en su poder, datos todos ellos que habrá de indicar en la solicitud de la diligencia preliminar ¹⁷⁸.

La utilidad de esta diligencia preliminar como tal es hoy día de menos actualidad, dado que los testamentos en general tienen un completo régimen de protección y publicidad a través de los registros notariales ¹⁷⁹.

No obstante, esta diligencia es especialmente útil en supuestos como el de solicitud de nulidad de algún testamento, como refiere la jurisprudencia ¹⁸⁰. Pero la realidad va incluso más allá respecto de las

¹⁷⁸ GARBERI LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares* ..., ob. cit. p. 44.

¹⁷⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., << La diligencia preliminar cuarta es hoy de una menor actualidad. No solo porque nuestro ordenamiento no contemple ya los codicilos ni las memorias testamentarias, sino que, además, para los testamentos existe un completo régimen para su protección y publicidad a través de los Notarios y del Registro de Actos de Última Voluntad, lo que asegura la conservación de esos documentos y garantiza su conocimiento por quien pueda tener derecho a ellos >>. *Las Diligencias* ..., ob.cit., pp. 24-25.

¹⁸⁰ Así: << (...) tratándose en este caso de autos, de una posible acción del solicitante, de nulidad de un testamento, (...) parece a todas luces pertinente. Resulta procedente, por cuanto que, de conformidad con el art. 256-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo juicio (aquí se presume que podría prepararse una acción judicial de nulidad de testamento, por parte legitimada) podrá prepararse, por petición del que se "considere heredero", coheredero o legatario, de exhibición por quien lo tenga en su poder del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado. En el caso de autos, si el solicitante, como se dice y, al parecer, está en condiciones de demostrar (so pena de responder por los perjuicios que se deriven en caso contrario) es heredero único y universal de un testamento (...) resulta entonces plenamente legitimado y sobradamente justificada su pretendida consideración de heredero. Y siendo la solicitud adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que, concurría justa causa e interés legítimo (nada menos que una posible preterición de su condición de heredero), debe, conforme

posibilidades que ofrece esta diligencia preliminar. La doctrina y la jurisprudencia la tenían presente ¹⁸¹.

Otro supuesto recogido por la jurisprudencia es el relativo a la *solicitud de copia notarial de un testamento abierto* a fin de conocer la identidad de los herederos del ejecutado con el objeto de solicitarles la ejecución de la sentencia de condena contra su causante ¹⁸².

Y por último cabría hacer alguna mención a la posible relación que pudiera existir entre la presente diligencia y la contenida en el apartado 1.1º de este artículo 256 LEC. En principio, entiendo que nada tendrían que ver una con otra. Pero no es descartable que ambas puedan ser utilizadas en algunos casos para la finalidad que se persigue en el presente apartado. Así en los supuestos que se pretenda entablar un pleito relacionado con *la sucesión mortis causa* de una persona, el único caso que se contempla es el previsto en el número 1.3º, referente a la

determina el art. 258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, accederse a la pretensión, (...) >>. Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª). Auto núm. 158/2004 de 18 noviembre. JUR\2004\312065.

¹⁸¹ << (...) Es cierto que el núm. 3º del referido precepto se refiere exclusivamente al «testamento, codicilo o memoria testamentaria», pero con unanimidad la doctrina procesalista lo extiende a todo documento que se encuentre protocolizado o archivado en un despacho u oficina pública o mercantil. En el presente caso se trata de un banco, que en virtud de la relación de depósito constituido por la solicitante, puede ser requerido a que exhiba todos los apuntes contables correspondientes a la imposición llevada a cabo por la solicitante. Desde esta perspectiva tiene plena razón la citada; y mucho más si se tiene en cuenta la irregular conducta del órgano judicial, que acepta en un principio en su totalidad la solicitud, ordenando la práctica de la confesión y del requerimiento instados, para luego denegarla, lo que constituye un volver en contra de sus propios actos, (...) >>. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª). Auto núm. 94/1999 de 22 noviembre AC\1999\8143.

¹⁸² << (...) la diligencia preliminar interesada por la parte apelante (obtención de una copia notarial del testamento abierto otorgado por D. Luis Andrés) podría ser acordada al amparo de los arts. 256 y siguientes L.E. Civil, ya que la obtención de una copia del documento público (testamento notarial abierto) del que deriva la legitimación de los sujetos obligados a cumplir las prestaciones reflejadas en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Almazán de 12 de marzo de 2.003 en su condición de herederos de D. Luis Andrés podría ser reconducida al supuesto de hecho de los números 1º ó 3º del art. 256 de la Ley Procesal Civil, por tratarse de un documento que instrumenta el acto de última voluntad del causante de la herencia y del que deriva la legitimación pasiva a los efectos del cumplimiento de la sentencia condenatoria dictada por el propio Juzgado de Primera Instancia (...) >>. Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), Auto núm. 101/2004, de 7 septiembre, JUR 2004\315253.

exhibición de un acto de última voluntad a instancias de algún heredero o legatario, pero ello obviando una interpretación flexible y finalista como recoge la jurisprudencia en alguna de sus resoluciones ¹⁸³.

D) Exhibición de documentos y cuentas de la sociedad y comunidad.

Para la preparación del juicio, un socio o comunero puede pedir la exhibición ¹⁸⁴ de los documentos y cuentas de la sociedad o

¹⁸³ << (...) Embargado en un procedimiento de ejecución un determinado bien inmueble se suspende la inscripción registral del embargo en tanto no consten acreditados los herederos ciertos del fallecido contra cuya herencia yacente y comunidad hereditaria se había iniciado el proceso de ejecución que deberán nombrarse en el correspondiente procedimiento de división de la herencia (...) se pretende una diligencia para preparar el que se pretende interponer de división de la herencia o en su caso de intervención del caudal hereditario solicitando para ello declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación de las personas que hayan de ser demandados en ese eventual proceso de división de la herencia o de intervención del caudal hereditario diligencias preliminares que vienen comprendidas en el artículo 256.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000 en el que expresamente se señala la posibilidad de preparar un juicio solicitando la declaración de hechos relativos a la capacidad de representación o legitimación de los declarantes cuando el conocimiento de esos hechos son necesarios para el pleito. (...) >>. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª), Auto núm. 182/2010, de 27 octubre, JUR 2011\71064.

Más en concreto se ha razonado que << (...) en los supuestos que pretenda entablarse un pleito relacionado con la sucesión mortis causa de una persona, el único caso que se contempla es el previsto en el número 1.3º, referente a la exhibición de un acto de última voluntad a instancias de algún heredero o legatario, situación que nada tiene que ver con lo que se pide (...).

No obstante, si se admite una interpretación flexible y finalista, sí puede encontrar apoyo en el número 1. 1º, en el que se alude a la petición a la persona a quien se demandaría para que declare, entre otras circunstancias, sobre algún hecho relativo a su capacidad. Cabe recordar que los herederos son los sucesores del causante (artículo 1 del Codi de Successions), y quienes resultan legitimados pasivamente en el caso que se impugne la validez del testamento. Por tanto, si lo que se pretende es pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad, no parece ajeno a la naturaleza y finalidad de las diligencias de que se trata que pueda interesarse la exhibición de documentación médica que puede tener su relevancia en orden a que los demandantes puedan fundar sólidamente su criterio acerca de la existencia de capacidad o no de la otorgante (...) >>. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), Auto núm. 140/2003 de 5 junio, JUR\ 2004\ 23786.

¹⁸⁴ Conviene hacer la advertencia de que no se puede identificar aquí el derecho a la exhibición con el derecho a la información, porque mientras el primero está justificado en base

comunidad, dirigiendo su petición a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder. Esto es básicamente lo que prevé la ley y, por tanto, la finalidad de esta diligencia preliminar.

Su redacción es parecida, no igual, a la de su antecesor, el antiguo artículo 497.5º LEC/1881, con el que presenta algunas diferencias que lo distinguen, y que se concretan en varias modificaciones que pueden entenderse perfectamente como una ampliación de su anterior contenido.

La primera modificación que la diferencia de su anterior redacción está en relación con la petición de documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, que ahora se dirige *a la sociedad o comunidad o al consocio o condueño* que tenga aquellos en su poder, mientras que en la ley anterior la petición se dirigía al consocio o condueño que los tenga en su poder, apostillando <<en los casos en que proceda con arreglo a derecho>>. Es conveniente destacar que la petición, como puede comprobarse, es alternativa, no excluyente, sino electiva.

La segunda diferencia del artículo 256.1.4º LEC con su predecesor es la de supresión de aquella alusión a la limitación del derecho a la exhibición que suponía su inciso final *en los casos en que proceda con arreglo a derecho*, que hacía el antiguo 497.5º. Cada una tiene su propio sentido, y tiempo, y consecuentemente afecta no solo al contenido del nuevo artículo sino, y también, a su alcance. Como dice BELLIDO¹⁸⁵, la restricción de la ley anterior obedecía, simple y fundamentalmente, a la necesidad de no perturbar la marcha y funcionamiento de las comunidades

al derecho a la tutela judicial efectiva, al ser preparatorio de un proceso perfectamente identificado, que más tarde se iniciará, el segundo es un derecho que se enmarca en el conjunto de la relación societaria, y que sirve para que los socios puedan conocer el funcionamiento del negocio común: no está en juego ningún derecho fundamental, como sería el derecho a la tutela judicial efectiva. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares* ..., ob.cit. p. 118.

¹⁸⁵ BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias* ..., ob. cit. p. 18.

y sociedades en perjuicio de los intereses comunitarios o sociales¹⁸⁶. La nueva LEC aporta más medidas y consiguientemente mayor seguridad jurídica.

Aquel inciso que clausuraba el supuesto legal comportaba una remisión a numerosas normas legales y estatutarias, quizá complementadas mediante acuerdos adoptados por los órganos societarios, en las que se configura el derecho de información de los socios. Normas, las referidas, hoy absorbidas en buena parte por la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010 parcialmente reformado por la Ley 25/2011 de 1 de agosto), de 2 de julio.

En primer lugar, hay que tener presente, y es importante tenerlo en cuenta, que esta diligencia también, como requisito necesario, exige el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 258 de la LEC, es decir, que para su admisión es preciso que sea adecuada a la finalidad que el solicitante persigue, y que en la solicitud debe concurrir justa causa e interés legítimo. Ello quiere decir que el solicitante debe aportar, con su solicitud, la fundamentación necesaria con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar¹⁸⁷.

La anterior y la actual LEC, destaquemos tienen un punto en común, en relación con los términos que refiere de *sociedad* o

¹⁸⁶ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 504 y ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las diligencias...*, ob. cit., págs. 27-28.

¹⁸⁷ En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), de 26 julio, de 2005, manifiesta que: << (...) la LEC le exige que haga una referencia circunstanciada del asunto objeto del juicio que e que se trata de depurar responsabilidades, pues estas expres son imprecisas y genéricas y nada aclaran para valorar si la petición es adecuada a la finalidad que se persigue, si hay justa causa e interés legítimo, por cuanto que en todo proceso judicial se ejercita una acción y se persigue la depuración o declaración de responsabilidades y obligaciones" (...) >>. Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), Auto núm. 164/2005 de 26 julio. JUR\2005\216340.

comunidad, su alcance amplio¹⁸⁸ que ya determinó la doctrina en su momento. La regulación no ha sufrido modificación en tal sentido en la actualidad; por tanto, en ese particular son coincidentes¹⁸⁹.

Así, la referencia que se hace a la “sociedad” debe entenderse en el más amplio sentido, comprensivo de las sociedades civiles y mercantiles sin excepción, incluso cooperativas, sociedades laborales y – *a priori* no existe razón para su exclusión- asociaciones, sindicatos, partidos políticos, etc.. Alguna mayor duda puede suscitar la referencia que se hace a la “comunidad”, debido a que en la norma citada unas veces se habla de comunero y otra de condueño, no siendo lo mismo, pues comunidad y copropiedad no se pueden identificar. Con independencia de las reflexiones que se puedan hacer sobre la terminología empleada por el legislador decimonónico o sobre su voluntad, lo que no tiene sentido alguno es que se haga ahora una interpretación restrictiva de manera que solo en los supuestos de copropiedad se admitiera esta diligencia

¹⁸⁸ En el mismo sentido GARNICA MARTÍN, J.F. : “ Este precepto debe ser interpretado de forma extensiva, pues la práctica ha venido dejando patente que existen otros casos en los que es necesario proceder a requerir la exhibición de documentos para poder preparar convenientemente un ulterior proceso. Lo razonable es que era necesario establecer una norma de carácter general que contemplara la necesidad de exhibición de documentos de una parte respecto a otra que la quiera demandar, siempre que se cumplan los presupuestos generales establecidos, es decir, justa causa e interés legítimo. En cualquier caso, la norma objeto de examen debe ser interpretada generosamente y aplicada por analogía en supuestos no especialmente contemplados en la misma, pero en los que existe una identidad de razón, como ya se había hecho al amparo de la restrictiva legislación anterior”. *Comentarios a la Nueva Ley* ..., ob. cit. p. 1154.

Igualmente, DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, con DE LA OLIVA SANTOS, A., 2004. Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 258, apunta que: “ Son muy variados con arreglo al Derecho sustantivo los supuestos de sociedades o comunidades de bienes en que los socios y comuneros tienen derecho a conocer documentos y cuentas de una sociedad. En este caso lo único exigible es acreditar *prima facie* su necesidad para poder entablar una demanda”.

¹⁸⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *Las Diligencias* ..., ob. cit. pág. 27; BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias preliminares*, ob. cit. pág. 83; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M., Tribunales de Justicia, Agosto-Septiembre 2003, pp. 37 y ss; DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Tercera Edición. Edit. Ramón Areces, p. 34; BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 2009, p. 280.

preliminar y no en los demás supuestos de comunidad de herederos ¹⁹⁰. La jurisprudencia manifiesta igualmente que: << (...) Viene siendo criterio jurisprudencial consolidado, el de que: << (...), el artículo 256.1.4º debe ser interpretado en forma extensiva de manera que resulte aplicable a otros supuestos, distintos de los de la comunidad y sociedad expresamente previstos en el texto, en los que es necesaria la exhibición de documentos y cuentas para preparar correctamente un proceso, siempre que se cumplan los requisitos de justa causa e interés legítimo 232 (...) >> ¹⁹¹.

Señalemos también que hay algún cambio de léxico, como puede observarse, al decir la LEC/1881, pidiendo un socio o comunero *la presentación*, mientras que la nueva la cambia por *exhibición* ¹⁹².

Así, cabría referirse a los arts. 32 y 33 C.Com., por lo que se refiere a la regulación general del secreto de la contabilidad empresarial y el derecho de exhibición o reconocimiento documental; los arts. 133 y 150 con relación a las sociedades colectivas y comanditarias; los arts. 197.1 y 272 LSC, respecto de las sociedades anónimas; los arts. 196 y 272.1 LSC respecto de las sociedades de responsabilidad limitada; o el art. 36 LGC (hoy 16 LC) con relación a las sociedades cooperativas.

Otras cuestiones que suscita este precepto legal son la alusión a los términos que emplea de *documentos y cuentas de la sociedad o comunidad*. Al respecto la doctrina puntualiza que se refiere a todos los documentos ¹⁹³

¹⁹⁰ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares*, ob. cit. p.118

¹⁹¹ Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Auto núm. 109/2002, de 13 de Septiembre, JUR 2003\27933.

¹⁹² Quizás ello sería uno de los ejemplos que indica y pretende la LEC en su Exposición de Motivos, apartado IV, cuando dice: “En otro orden de cosas, la Ley procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano, con eliminación de expresiones hoy obsoletas o difíciles de comprender y más ligadas a antiguos usos forenses que a aquellas exigencias”.

¹⁹³ Para MUÑOZ SABATÉ, la norma se aplica << a todo negocio asociativo, societario o parciario (incluso por ejemplo, el contrato de aparcería o de franquicia), pero

e instrumentos que puedan reflejar la situación patrimonial en que se encuentra una sociedad (de cualquier tipo civil o mercantil, en sus diversas formas)¹⁹⁴ o una comunidad de bienes¹⁹⁵, es decir, no solo documentos en el sentido de la palabra¹⁹⁶, sino que dada la evolución actual de la tecnología, hace referencia a la posibilidad de análisis de otros soportes, nuevos soportes materiales no propiamente documentales, sino instrumentales, tales como disquetes informáticos, hojas de cálculo, etc., donde se recogen igualmente hoy día las cuentas de la sociedad o comunidad de que se trate, de ahí que se les califique como instrumentos¹⁹⁷. En definitiva, no se puede obviar la influencia del creciente avance de los medios informáticos y telemáticos, no solo en la llevanza generalizada

salvaguardando las propias excepciones que imponga la normativa de cada tipo >> (*Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 58).

¹⁹⁴ Sobre esta cuestión afirmaba GUASP DELGADO que << el art. 497 n° 5 habla efectivamente de “documentos”: cierto que añade a este término el de “cuentas”, pero esta adición, teóricamente innecesaria puesto que las cuentas constituyen una especie de documentos, no es del todo superflua, puesto que aclara cual es la finalidad específica de la “diligencia preliminar” en cuestión >> (*Comentarios...*, ob. cit. pág. 162).

¹⁹⁵ En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sec. 3ª), de 16 de febrero, señala que: << (...) En este caso lo que se pide es la exhibición de un expediente administrativo de constitución y adjudicación de un Coto de caza, (...). Lo único que parece cierto es que el requirente, junto con otros vecinos, prestó su consentimiento para la constitución del referido coto en escrito firmado por todos ellos, el cual debía contener las condiciones sobre la forma en que dicha constitución iba a tener lugar. De todas las formas posibles de constitución citadas, quizás solo aquella en la que los vecinos sigan siendo titulares de los derechos de caza, formándose una comunidad o asociación entre ellos, justificaría la adopción como diligencia preliminar de la prevista en el artículo 497.5 de la LEC. Sin embargo, como esto es algo desconocido por el demandante, y por el propio Juzgado que debe resolver sobre la exhibición, no existe obstáculo para que pueda accederse en principio a la misma, ya que solo con dicha exhibición podrá conocerse la posición jurídica que al requirente le corresponde en el acotado, y la que también corresponde al ayuntamiento requerido, todo ello desde una interpretación de las normas procesales, como esta del artículo 497, que favorezca la tutela judicial efectiva de quien quiere iniciar un proceso judicial, pero previamente ha de conocer la condición en la que puede demandar y la condición de quien puede ser demandado. (...) >>. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Auto núm. 94/2001 de 16 febrero. JUR\2001\117350.

¹⁹⁶ PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, ob. cit., pág. 345.

¹⁹⁷ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias...*, ob. cit. p. 84.

de la contabilidad, sino también en el de la presentación de los libros contables¹⁹⁸.

También hay que poner de manifiesto en cuanto a la referencia a *cuentas* y *documentos*, que el legislador de esta manera lo que pretende es evitar una interpretación que excluya las primeras por estimarlas diferentes de los segundos¹⁹⁹.

Hay una primera característica al respecto que avala la cuestión a la vista del articulado que regula las diligencias preliminares y es la de que cuando se refiere a sociedades o comunidades, no hace distinciones²⁰⁰.

¹⁹⁸ Baste con recordar las Instrucciones de 26 de Mayo de 1999 de la DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO (BOE 10 junio 1999, núm. 138) que en su artículo 1, dispone “ Las cuentas anuales que los empresarios o entidades inscritas y los sujetos o entidades no inscritas obligadas a ello y que deben ser depositadas en los Registros Mercantiles con arreglo a los modelos oficiales, pueden ser presentadas, bien en soporte papel, conforme a las normas generales, bien por medios informáticos, en la forma que se determina en esta disposición ”.

La Instrucción de 30 de diciembre 1999 dispone en su Artículo 1, que:

1. Las cuentas anuales que los empresarios o entidades inscritas y los sujetos o entidades no inscritas obligadas a ello y que deben ser depositadas en los Registros Mercantiles con arreglo a los modelos oficiales pueden ser presentadas: a) En soporte papel conforme a las normas generales. b) En soporte informático, en la forma que se determina en esta disposición. c) A través de procedimientos telemáticos de comunicación en línea, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, así como la Resolución de este centro directivo, de 12 de noviembre de 1999 y esta Instrucción.

Y la Instrucción de 31 de diciembre 1999, de la Dirección General Registros y Notariado en su artículo 1, establece que los libros de los empresarios que puedan ser presentados para su legalización después de su utilización, cuando se lleven en soporte informático, podrán legalizarse en el Registro Mercantil competente mediante su presentación, en cuanto igualmente dispone que : a) Impresos y encuadernados en soporte papel con arreglo a lo dispuesto en los artículos 329 a 337 del Reglamento del Registro Mercantil. b) En soporte informático y en el formato que determina esta disposición. c) A través de procedimientos telemáticos de comunicación en línea, en la forma que se determina en esta Instrucción.

¹⁹⁹ GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid, 1948 y Tomo II, Volúmen 2, 1.ª parte, Madrid, 1945, pág. 162.

²⁰⁰ << (...) el artículo 256.1.4º debe ser interpretado en forma extensiva de manera que resulte aplicable a otros supuestos, distintos de los de la comunidad y sociedad expresamente previstos en el texto, en los que es necesaria la exhibición de documentos y cuentas para preparar correctamente un proceso, siempre que se cumplan los requisitos de justa causa e interés legítimo (...). >>. (Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Auto núm. 109/2002 de 13 septiembre, JUR\2003\27933).

La jurisprudencia, siguiendo a la doctrina²⁰¹, ha efectuado una interpretación extensiva preconizada por ésta, reconociendo que la solicitud de libros y documentos es posible puedan realizarla no sólo los integrantes de una sociedad o comunidad (socios y comuneros), sino también los miembros de asociaciones de carácter cultural o de recreo, o de federaciones deportivas²⁰².

²⁰¹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias...*, ob. cit., pág. 27 y BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias preliminares*, ob.cit., p. 18.

²⁰² Ejemplos de esta ampliación a asociaciones culturales o de recreo los tenemos en la jurisprudencia, entre otras en las siguientes resoluciones, SAP de Sevilla (Sección 8ª), de 10 julio de 2002, y SAP de Sevilla (Sección 8ª), de 30 abril 2001, ambas la ponen de manifiesto al decir que : << La relación jurídica que vincula a las partes litigantes puede ser asimilada con una asociación privada, de finalidad no lucrativa, sino de carácter lúdico, que habrá de regirse por las normas relativas a la comunidad de bienes, como así dispone el artículo 1669 del Código Civil. Asociación existe, efectivamente, en el caso de autos por cuanto aparece acreditado que los actores han efectuado para el cumplimiento de aquella finalidad una aportación de bienes y de trabajo, los que les confiere derechos y obligaciones análogas a los que incumben a los comuneros de acuerdo con los artículos 392 y siguientes de aquel Ordenamiento. >>. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª), Sentencia núm. 382/2002 de 10 julio, JUR\2002\261120; y SAP de Sevilla (Sección 8ª), Sentencia núm. 215/2001 de 30 abril, AC\2001\1192.

Entre otras más, están las de carácter deportivo: << (...) Por su parte, y referidas a la solicitud de la exhibición de libros de comercio, las SSTS 25 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8949), 31 de mayo de 1995 (RJ 1995\4105) y 19 de junio de 1996 (RJ 1996\5102) vienen a sancionar la visibilidad y oportunidad de la prueba de exhibición de libros de comercio en cualquier proceso en los que sea necesaria, útil o conveniente, de manera que su denegación puede ser causa de nulidad del proceso y su no ejecución una vez admitida, puede acogerse por el propio juzgador y llevada a cabo como diligencia para mejor proveer.

De otro lado, hemos de establecer en armonía con lo que determinan los arts. 25 y siguientes del Código de Comercio y en concreto los 31 y 32 que la contabilidad de los empresarios es secreta sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley; distinguiéndose la comunicación o reconocimiento general de libros y documentos de los empresarios y la exhibición de los mismos, que podrá decretarse cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que procede la exhibición.

Finalmente hemos de destacar que el «Club de Tiro San Fernando» de Teruel es una asociación cultural, lúdica o de recreo y no una sociedad mercantil, por lo que las normas a las que anteriormente nos hemos referido, especialmente las referentes al secreto de su contabilidad, solamente pueden aplicarse por analogía y nunca con la rigurosidad y restricción que se hace respecto de los empresarios y empresas mercantiles. (...) >>. Audiencia Provincial de Teruel (Sección Única). Sentencia núm. 128/1999 de 16 julio, AC\1999\1231.

Otra, en el mismo sentido: << (...) Pues bien, al amparo de esta Ley, el Decreto 265/1990, de 9 de octubre (LPV 1990\331), por el que se regula la constitución y funcionamiento de las Federaciones Deportivas, estableció en su artículo 36, que los integrantes de los Estamentos de la Federación tendrán entre otros derechos, el de «recibir cuanta información soliciten sobre la Federación a que pertenezcan», precepto este que viene a coincidir con el establecido en los Estatutos de la «Federación Territorial Vizcaína de Karate», y

En esa línea y con el espíritu que anima la interpretación doctrinal, la jurisprudencia refleja en sus resoluciones el sentido amplio indicado, aplicándolo a la Ley de Propiedad Horizontal, aunque la misma no prevé, en ninguno de sus preceptos, la exhibición de las cuentas de la comunidad a los copropietarios²⁰³.

La citada ampliación afecta a la condición jurídica de los miembros de asociaciones o federaciones, que, como se ha dicho ya, en su consideración se equiparan lógicamente a la de los socios << dada su naturaleza jurídica, próxima y equiparable a las asociaciones los miembros de las Federaciones Deportivas se equipara a la de los socios, y más privadas, pues están dotadas de capacidad de obrar y personalidad jurídica por Ley, no cabe excluir de aplicar al presente supuesto lo preceptuado en el artículo 497.5º de la LECiv, ya que por Ley aprobada por el Parlamento Vasco la condición jurídica de cuando en este caso lo que pretende la representación del «Club Deportivo Okinawa» es la exhibición

de cuyo contenido no se desprende limitación alguna, ni como pretende la parte apelante, ni de ningún otro tipo, en cuanto al derecho a recibir información por los integrantes de la Federación.

Considera por ello la Sala, a la vista de la normativa aplicable a las Federaciones Deportivas, que deben rechazarse las pretensiones de la parte apelante, por cuanto que, dada su naturaleza jurídica, próxima y equiparable a las asociaciones privadas, pues están dotadas de capacidad de obrar y personalidad jurídica por Ley, no cabe excluir de aplicar al presente supuesto lo preceptuado en el artículo 497.5º de la LECiv, ya que por Ley aprobada por el Parlamento Vasco la condición jurídica de los miembros de las Federaciones Deportivas se equipara a la de los socios, y más cuando en este caso lo que pretende la representación del «Club Deportivo Okinawa» es la exhibición de determinados documentos con el fin de entablar un pleito contra la Federación (...) >>. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª). Auto núm. 12/1999 de 3 febrero. AC\1999\286

²⁰³ << (...) La primera consecuencia que ha de extraerse de los preceptos legales que regulan las diligencias preliminares es que, como la Ley no distingue al referirse a sociedades o comunidades, han de entenderse comprendidas dentro del mismo las Comunidades de Propietarios reguladas en la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que, en principio, una pretensión de exhibición de cuentas por parte de un copropietario dirigida al Presidente de la Comunidad estaría incluida dentro del número 4 del art. 256 LECiv antes referido (...). >>. Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), Auto núm. 223/2001 de 18 octubre, AC 2001\2537.

de determinados documentos con el fin de entablar un pleito contra la Federación. >> ²⁰⁴.

Al respecto puntualiza la jurisprudencia con relación a este tipo de asociaciones (culturales, deportivas, etc.), dado el especial carácter de las mismas, que las normas, solamente pueden aplicarse por analogía y nunca con falta de cierta flexibilidad ni restricción que se hace respecto de los empresarios y empresas mercantiles ²⁰⁵.

La sociedad de gananciales también puede ser objeto de la petición de documentación y cuentas prevista por el apartado 4º del artículo 256 ²⁰⁶, hoy ordinal 4º del apartado 1 del art. 256 LEC, que lo ratifica ²⁰⁷. En estos supuestos la documentación a solicitar para la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tendría sus propios matices pues alcanzaría, en su caso, a los relacionados con su propia personalidad como, por ejemplo, habría de solicitarse del demandado la

²⁰⁴ Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª), Auto núm. 12/1999 de 3 febrero, AC 1999\286.

²⁰⁵ << (...) se concretan y especifican los documentos cuya exhibición se solicitan: Libro de Registro de Asociados, con expresión actualizada y detallada de los socios de número del club y de otra condición (juveniles, eventuales, etc.). Libro de actas, incluidas todas las notificaciones, citaciones y actas oficiales confeccionadas y emitidas por ese club, desde, el día 1 de enero de 1995 hasta la actualidad. Libro de Contabilidad y comprobantes de ingresos y gastos desde la referida fecha y copia de los Estatutos vigentes del Club. (...) hemos de destacar que el «Club de Tiro San Fernando» de Teruel es una asociación cultural, lúdica o de recreo y no una sociedad mercantil, por lo que las normas a las que anteriormente nos hemos referido, especialmente las referentes al secreto de su contabilidad, solamente pueden aplicarse por analogía y nunca con la rigurosidad y restricción que se hace respecto de los empresarios y empresas mercantiles. (...) >>. Audiencia Provincial de Teruel (Sección Única), Sentencia núm. 128/1999 de 16 julio, AC\1999\1231.

²⁰⁶ << (...) Es cierto que el apartado 4º del punto 1 del art. 256 se refiere a documentos ya existentes correspondientes a una sociedad que estén en poder de la misma comunidad o de un consocio que los tenga en su poder. La sociedad ganancial es una forma de comunidad y por tanto una petición relativa a documentación referida a la misma encajaría en la previsión del apartado 4º mencionado. (...) >>. Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), Auto núm. 39/2011 de 10 marzo, JUR\2011\168659.

²⁰⁷ << (...) Toda vez que la sociedad de gananciales no deja de constituir un tipo singular de comunidad y el ordinal 4º del apartado 1 del art. 256 LEC no hace distinciones al respecto. >> Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto núm. 210/2008 de 11 noviembre, JUR 2009\432971.

exhibición de documentos conciernan a las cuentas bancarias, cartillas de ahorro, planes de pensiones, fondos de inversión, fondos de pensiones, acciones, cualesquiera activos financieros, etc.²⁰⁸.

Al respecto de esta sociedad, si bien la doctrina entiende que sólo pueden solicitarse aquellas diligencias preliminares relacionadas en el art. 256 de la LEC, pero ello no impide que se pueda y deba realizar una interpretación flexible de los supuestos contemplados en la ley. Ya se decía con respecto a esta cuestión en la regulación anterior lo siguiente: “Nos parece que no es exigible ninguna documentación de carácter personal, es decir, distinta de la económica, pues así se deduce de la referencia del art. 497.5 ° a los documentos y cuentas y del art. 1383 del CC, que solo se refiere a los mismos entendiendo que es una información económica genérica, no implicando presentación de documentos y cuentas”²⁰⁹. Ello consecuentemente impediría la aplicación del art.1383. Pero igualmente, como reconocen dichos autores, son las circunstancias en las que se encuentra el matrimonio las que aconsejen uno u otro tipo de

²⁰⁸ << (...), pretendiendo entablar la acción de Formación de Inventario dentro del proceso de liquidación de la Sociedad legal de Gananciales habría de solicitar del demandado (...) citado y requerido al efecto, la exhibición de cuantos documentos conciernan a las cuentas bancarias, cartillas de ahorro, planes de pensiones, fondos de inversión, fondos de pensiones, acciones, cualesquiera activos financieros, etc., etc., y una vez citado y requerido el interesado, habría de continuarse la tramitación en los términos del artículo 260 y 261 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpretados con la flexibilidad que la doctrina enseña, según se ha argumentado anteriormente, en cuanto a los supuestos allí contemplados. (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), Auto núm. 92/2011 de 4 marzo, JUR 2011\142154.

²⁰⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las diligencias...*, ob. cit., pp. 27 y ss. En el mismo sentido GERNHÜBER estima que los cónyuges << no se deben informaciones detalladas, ni un inventario, ni presentar los libros del negocio o las cuentas >> (cit. por LA CRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia*. Barcelona, 1984, p. 465); y DE LOS MOZOS afirma que << la información no supone la comunicación de inventarios, balances y operaciones pendientes, o en curso, de los negocios o actividades de uno de los cónyuges, sino una visión general de la marcha de los asuntos >> (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* –dir. ALBADALEJO–, T. XVIII, 2, Madrid, 1.984), p. 383.

información. Incluso en algún caso será el Juzgado quien determine si la información se puede pedir ²¹⁰.

Sobre este aspecto el Auto de la AP de Pontevedra (Sección 1ª) de 11 de noviembre de 2011 considera factible <<la práctica, como diligencia preliminar, de un requerimiento entre cónyuges de la índole del aquí interesado, como único medio de posibilitar a la esposa marginada del control económico de la sociedad conyugal la solicitud de formación de inventario de la comunidad matrimonial, a la que necesariamente hay que acompañar una propuesta de inventario junto con los documentos justificantes de las diferentes partidas componentes del mismo (art. 808 LEC). Toda vez que la sociedad de gananciales no deja de constituir un tipo singular de comunidad y el ordinal 4º del apartado 1 del art. 256 LEC no hace distinciones al respecto>> ²¹¹.

También el caso de la comunidad hereditaria cae dentro del campo de las diligencias preliminares, si fuere necesario. Es evidente que entre sus componentes puede existir interés legítimo y justa causa, y que las pretensiones de los mismos deben hacerse fundadamente. Eso sí, esta será una comunidad que estará en vigor mientras no se efectúe la partición.

Esta interpretación extensiva puede alcanzar también a la llamada prestación de servicios o comunidad de intereses. En este sentido, el AAP de Islas Baleares (Sección 3ª), de 13 de Septiembre de 2002, pone de manifiesto que << en el caso de autos, el contrato firmado por las partes el

²¹⁰ << Cuando y como pueden ser exigidas nuevas informaciones, es cuestión que se ha de decidir según las circunstancias del caso concreto >> (GERNHÜBER, en LACRUZ y SANCHO, loc. ult. cit., p. 465). << Lo importante es que ambos cónyuges se sientan informados de la situación real por la que atraviesa el consorcio en cada momento (...). Tampoco se requieren formalidades especiales porque estos extremos son situaciones de hecho que solamente a los cónyuges corresponde determinar >> (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1.982), p. 305.

²¹¹ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto núm. 210/2008 de 11 noviembre, JUR 2009\43297.

31 de julio de 1997, en el que doña Carmen T. T. concede un préstamo a don Juan E.T. para la reparación de la embarcación de pesca "Joven María", de la que es propietario, comprometiéndose el prestatario a devolver la suma adeudada con los beneficios de la explotación de la nave de la que se nombra administradora a la prestamista, crea una situación de comunidad de intereses a la que resulta de aplicación, por analogía, lo establecido en el artículo 256.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil >> ²¹².

Como se advierte en la doctrina, la supresión de la referencia que el artículo 497.5º LECA efectuaba a que la petición de información solo era posible <<en los casos en que proceda con arreglo a derecho>> significa que la diligencia preliminar puede instarse siempre que se necesite la información sobre la sociedad o comunidad, y respecto de cualquier documentación con independencia de lo que puedan decir las normas societarias particulares. Otra cosa será la posible oposición que pueda suscitarse, que deberá ser resuelta por el tribunal atendiendo a las circunstancias concretas del caso ²¹³.

La utilidad de esta diligencia es significativa, pues en muchos casos no se podría iniciar con garantías una acción civil de responsabilidad, o de reclamación de beneficios no repartidos o plantear cualquier otra pretensión, si previamente no se tiene constancia de que se contiene en la documentación que recoge el estado en que se halla la sociedad o la comunidad ²¹⁴.

²¹² Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Auto núm. 109/2002 de 13 de Septiembre, JUR 2003\27933.

²¹³ En este mismo sentido, GUASP DELGADO interpretaba el inciso de la LECA de la siguiente forma: << esta legitimación es fruto del error que se ve en el derecho material de exhibición, el objeto del proceso de aclaración que ahora se analiza; si la exhibición pedida es improcedente, no por ello se invalida la iniciación de la diligencia”, lo que ocurre es que podrá la parte contraria oponerse a la petición con justa causa y conseguir así que el Juez desestime la pretensión del actor>> (*Comentarios*, op.cit. pág. 162).

²¹⁴ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias* ..., ob. .cit. pág. 83.

Por ello considero que la supresión de aquella mención concede un mayor grado de apertura a esta diligencia, apertura necesaria, sin que, en ningún caso pueda ser útil pedirla por el socio o comunero para interferir la marcha de la sociedad o comunidad. La razón es evidente, el Juez debe determinar en cada caso *si concurren o no* justa causa o interés legítimo en la petición, lo que es suficiente para que pueda evitarse ese uso desviado o abusivo de la misma ²¹⁵.

A mi juicio, este último es el correcto devenir de la solicitud de esta diligencia preliminar. A la vista de lo expuesto, la norma en cuestión debe ser interpretada generosamente y aplicada por analogía ²¹⁶, en supuestos no especialmente contemplados en la misma, pero en los que existe una identidad de razón, como ya se había hecho en la restrictiva legislación anterior ²¹⁷.

Se trata, pues, a mi juicio, de cumplir lo dispuesto al efecto por el artículo 258.1 en relación con el artículo 256.2, todos de la LEC, antes de que se pueda promover por el requerido oposición a la práctica de la referida diligencia preliminar ²¹⁸.

Por lo tanto, se puede concluir que la desaparición del inciso legal de remisión no debe interpretarse en el sentido de que existe un omnímodo derecho a la exhibición de la documentación en detrimento irrazonable de los intereses sociales, cuestión que no parece debe resolverse en sentido

²¹⁵ GARNICA MARTÍN, JUAN FCO., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. Fernández Ballesteros, Miguel Á.; Rifá Soler, José M^a.; y Valls Gombau, José Fco.), Ed. Iurium, Barcelona, 2001, T-I, p. 1154.

²¹⁶ BANACLOCHE PALAO; J., *Las Diligencias ...*, ob. cit. p. 85.

²¹⁷ GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. T-I, p. 1154. En el mismo sentido GARCÍANDIA GONZÁLEZ, Pedro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. Cordón Moreno, Faustino; Armenta Deu, Teresa; Muerza Esparza, Julio Javier; Tapia Fernández, Isabel), Aranzadi, 2001, V-I, p. 754.

²¹⁸ BANACLOCHE PALAO; J., *Las Diligencias ...*, ob. cit. p. 86.

afirmativo ²¹⁹; tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia remitiéndose al artículo 32 del C.c.²²⁰.

E) Exhibición de contrato de seguro

Esta diligencia es producto de la LEC 1/2000, de carácter específico según se ha calificado acertadamente al referirse al objeto y sujetos de la diligencia preliminar y no venía contemplada en la LECA²²¹. Era, sin embargo, necesaria, pues la realidad social la venía demandando desde hacía tiempo²²². En esencia, se trata de una diligencia preliminar que tiene

²¹⁹ 301 SAMANES ARA, *Las partes ...*, ob. cit., pág. 110 y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., <<Las diligencias preliminares, en los procesos declarativos>> (dir. Ortells Ramos), CGPJ, Madrid, 2000, pág.184.

²²⁰ << (...) El derecho de información del socio no es un derecho a estar informado de todos los aspectos de la sociedad, y menos de un derecho de acceso libre a la documentación contable. Es un derecho mínimo e inderogable del socio como señala el art. 48.2.d LSA, pero con un contenido preciso delimitado básicamente, en el art. 51 LSRL: derecho a recibir información <<acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día>>. El derecho de examen de la contabilidad se regula en el art. 86 LSRL, pero también con un carácter limitado a lo que se vaya a aprobar en la junta general. Pretender un derecho de acceso libre a la documentación excede, con mucho de ese ámbito. (...) Estas características del derecho de información vienen recogidas, entre otras muchas, en las SsTS de 9 de febrero de 1989 y 11 de mayo de 1989 : <<El art. 65 LSA no autoriza de manera alguna al accionista para investigar en los libros contables y menos aún en toda la documentación de la sociedad, pues el derecho de información queda reducido al respecto a solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la correspondiente junta de accionistas, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estime precisos y a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria, y en su caso, el informe de los censores de cuentas >>. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), Sentencia núm. 156/2009, de 29 de octubre, JUR\2010\187983.

²²¹ “Con carácter específico la LEC introduce en su artículo 256. 5º esta diligencia a la que expresamente no se refería la LEC de 1881”. BARONA VILAR, SILVIA. *EL Proceso Civil*. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Volumen III, Libro II, con ESCRIBANO MORA, F. (Cord.); FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª; FLORS MATÍES, J.; GUZMÁN FLUJA, V.; MARIMÓN DURA, M.C.; MORENO CATENA, V.; OLIVER LÓPEZ, C.; SALINAS MOLINA, F.; Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 2017.

²²² “La falta de este instrumento procesal ha impedido que en muchos casos se haya podido ejercitar por el perjudicado la acción directa, con lo que el asegurador no ha podido ser llevado al proceso como parte en multitud de procesos, pese a lo cual ha sido quien en realidad asumía la defensa jurídica del autor del daño. Ello ha generalizado una realidad práctica en la que las aseguradoras han venido siendo parte encubierta, sin serlo formalmente. El problema se

por objeto facilitar el conocimiento de la identidad de los eventuales diversos legitimados pasivos (causante del hecho, entidad aseguradora) cuando el hecho ilícito dañoso deba o pueda estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil²²³. Este criterio lo recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de junio de 1986 (RJ 1986, 3784), al expresar que se conciben las Diligencias Preliminares como «un conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal» (RJ 1986,3784), lo que hace preciso tener en cuenta que las mismas se orientan al esclarecimiento de aquellos extremos seleccionados por la Ley, sin cuyo conocimiento no es dable la iniciación del juicio.

Su previsión posibilita el acceso a los contratos de seguro de responsabilidad civil, de forma que hace posible conocer múltiples circunstancias del mismo, por ejemplo, si dicho contrato existe o no, junto a tal posibilidad, quién es su tomador, quién el asegurado y, lo más importante, quien sea el asegurador, y en relación con todo ello, consiguientemente los términos y cláusulas del contrato²²⁴. La

venía haciendo patente cuando la noticia ofrecida por el autor del daño sobre su asegurador era equívoca o inexacta, pues a la parte no le quedaba otro remedio que demandarlo, enfrentándose luego a una eventual condena en costas. GARNICA MARTÍN, J. FCO., *Comentarios a la Nueva Ley* ..., ob. cit. T-I, p. 1155.

²²³ BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, 2009, p. 280. (Col. MASCARELL NAVARRO, M^a.J.; JUAN SÁNCHEZ, RICARDO; CÁMARA RUIZ, JUAN; BONET NAVARRO, JOSÉ; CUCARELLA GALIANA, LUIS A.; MARTÍN PASTOR, JOSÉ). “No se contemplaba inicialmente en el Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997, ni en el Anteproyecto de Diciembre del mismo año, pasando a formar parte del texto articulado en el Proyecto de Ley aprobado el 30 de octubre de 1998”. BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias preliminares*, Proceso Civil Práctico, T-III-2, 2010, p. 5-19.

²²⁴ << (...) en relación con cualquier contrato de seguro el art. 1258 C. c. obliga a la compañía aseguradora a responder, conforme a la buena fe, de los términos del contrato y a dar la información precisa a la otra parte contratante para su efectividad. Es cierto que el asegurado no es, propiamente, ni tomador ni asegurador pero sí es una persona a cuyo favor se estipula un derecho, que puede exigir su cumplimiento (art. 1257, 2º C. c.). En concreción de este deber de información, el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro obliga a que las condiciones generales no tengan carácter lesivo y se incluyan en la proposición de seguro, en la póliza o en documento complementario. (...). Por otra parte, el art. 40.3, ñ de la Ley

importancia del conocimiento de tales circunstancias y datos es indudable para el futuro pleito. A través de su conocimiento se podrá saber si el siniestro está cubierto por el contrato de seguro, y, en caso afirmativo, quién ostenta la legitimación pasiva para responder de los daños ocasionados, incluso ante una posible acción directa que el perjudicado se vea obligado a ejercitar contra el asegurador ²²⁵.

En resumen, su objetivo es claro y preciso, mediante esta diligencia se pretende recabar información que sirva para fundamentar una pretensión consecuencia de un hecho que haya generado responsabilidad civil cubierta por una póliza de seguro, de manera que quien se considere perjudicado podrá pedir que se le exhiba el contrato por quien lo tenga en su poder ²²⁶.

Aunque se haga referencia, como puede constatarse, únicamente a una hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, no necesariamente debe significar la exclusión de todos los demás ²²⁷. Pues conectarlo exclusivamente con el seguro de responsabilidad civil,

30/1985, de 8 de noviembre, de Ordenación de Seguro Privado, considera falta grave la falta de información relevante a los asegurados. (...) >>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), Auto núm. 154/2006 de 15 junio, JUR 2007\3530.

²²⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, I, con DE LA OLIVA, pág. 228 y DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (coord. LORCA NAVARRETE), p. 1686.

²²⁶ CALLEJO CARRIÓN, S., “*Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a practicarla*”, *Actualidad Civil*, núm. 1 de 2006, p. 25, y BARONA VILAR, SILVIA. *El Proceso Civil. Doctrina* ..., ob.cit., p. 2017.

²²⁷ DIEZ- PICAZO GIMÉNEZ afirma que << la literalidad del precepto ciñe su aplicación a los seguros de responsabilidad civil, lo que, dado el carácter de *numerus clausus* de las diligencias preliminares hace inviable solicitar la exhibición de contratos de seguro de otra clase. Posiblemente se trate de una restricción injustificada >> (*Comentarios* ..., op. cit. pág. 479). Y LORCA NAVARRETE sostiene que a este respecto que << no se está en presencia de cualquier tipo de patología sino únicamente la que afecta al ámbito de cobertura del seguro de responsabilidad civil >> (<< *Las diligencias* ... >>, ob. cit., pág. 1921).

El mismo, nos dice algún tiempo después: Esta diligencia parece restringida a los contratos de seguro de *responsabilidad civil*, aunque por identidad de razón, podría interpretarse analógicamente a contratos de seguro distintos del de responsabilidad civil. (*Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, 2004, Ed. Universitaria Ramón Areces, p. 259).

sería una interpretación restrictiva o exclusivamente literal a la hora de acercarse al repetido apartado 5º cuando el mismo hace mención a la *exhibición del contrato de seguro* por quien lo tenga en su poder.

La concurrencia de los requisitos o presupuestos generales de las diligencias preliminares, así como la existencia de una posible analogía con esta diligencia preliminar, y tratarse de un caso claro de exhibición documental serían las condiciones bajo las cuales se deberían admitir otros contratos de seguro diferentes²²⁸.

En tal sentido se pronuncia también la jurisprudencia al decir que “el «númerus clausus» comporta la necesidad de interpretar extensivamente los supuestos que contempla la LECiv conectando el artículo 256, esencialmente, con el artículo 261 del propio cuerpo legal, de manera que si el desarrollo de la propia medida cautelar permite dar entrada a hechos novedosos, que tengan encaje en el artículo 256, preciso será, cuando se den los requisitos generales y la necesaria conexión entre el supuesto contemplado en la norma y el que se pretende introducir en la misma, extender la medida cautelar a aquellas peticiones que puedan desde la razonabilidad y la utilización de los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, especialmente los criterios sistemáticos y finalista, acoger peticiones que ciertamente se ajustan a derecho, como ocurre con el supuesto sometido a la consideración de este Tribunal. El legislador, en principio, no acogió, en el marco del contrato de seguro, el supuesto

²²⁸ En la LEC de 1855, la exhibición solo se permitía cuando se fuera a ejercitar una acción real, aunque los comentaristas más autorizados de dicho texto legal, como MANRESA Y NAVARRO, preconizaron de inmediato que se autorizara también en relación con las acciones mixtas, dado que estas se dirigen a la vez a la persona y a la cosa. (MANRESA Y NAVARRO, José María: *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II. Biblioteca Jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856, p. 18). Esta extensión se hizo explícita en la LEC de 1881, que ya hablaba en su art. 497.2º de << acción real o mixta >>. Entonces no se entendió necesario aludir a las acciones personales porque, como dice MANRESA Y NAVARRO, en ellas <<la acción se dirige contra la persona, independientemente de la cosa objeto de la reclamación>> (*Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit. p. 18).

genérico que abarcase a cualquier clase de seguro, pero esto no supone que no se pueda, desde lo expuesto, introducir en la regla 5ª del apartado 1º del artículo 256 supuestos como el relativo al seguro de vida respecto de la persona que lo tenga en su poder, respecto de la compañía en la que obren las condiciones particulares de necesaria consulta para integrar los distintos elementos que conforman la póliza y hacer viable, la articulación de la pretensión”²²⁹.

De cualquier forma esta nueva diligencia preliminar destacó, en su momento, por su interpretación rígida, es decir, dirigida solamente al seguro de responsabilidad civil²³⁰. En definitiva, no fueron atendidas las solicitudes de una configuración e interpretación amplia de la misma²³¹. No obstante ello, se fue abriendo paso en la jurisprudencia una corriente partidaria de un criterio de interpretación amplio y flexible a este respecto²³².

²²⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 132/2005 de 20 mayo, JUR 2005\155739.

²³⁰ En este sentido, BAYO DELGADO << Procesos declarativos ordinarios y procesos especiales >>, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias*, Murcia, 1997, pág. 166.

²³¹ BELLIDO PENADÉS pone de manifiesto que no fueron atendidas las voces que reivindicaban la introducción de un supuesto genérico que de forma flexible posibilitara el acceso a cualesquiera documentos que fueran necesarios para preparar la demanda. Esta postura facilitaría el tránsito hacia un sistema *numerus apertus* de diligencias preliminares, que, combinado con los presupuestos regulados en el art.258 no dejaría descubiertas de auxilio judicial situaciones que fueran dignas del mismo, pero que no fueran susceptibles de subsunción en un elenco legal que puede condicionar el acceso a la justicia. Debiendo recordarse, además, que la fórmula legal utilizada en el art. 77 LPL constituye ya un importante punto de referencia que podría haberse tomado en consideración. *Las diligencias* ..., ob. cit. p. 19.

²³² << (...) Idéntica razón a la recogida en el apartado 5º se da también cuando estemos en presencia del seguro de vida, e incluso en este segundo caso se agudizará más la necesidad de dar entrada a la diligencia preliminar pues normalmente el seguro de vida se celebra por persona distinta al beneficiario, que puede no tener en su poder la total documentación del repetido seguro, sin la cual difícil será ejercitar, en el marco de la tutela efectiva, y con garantía de éxito, la pretensión que derive del contrato de seguro y de las obligaciones asumidas por la aseguradora en aquél contrato aleatorio. Por tanto el «numerus clausus» comporta la necesidad de interpretar extensivamente los supuestos que contempla la LECiv. Conectando el artículo 256, esencialmente, con el artículo 261 del propio cuerpo legal,

A modo de conclusión, se puede decir que la introducción de una nueva diligencia preliminar reclamada en la práctica jurídica en un sistema de delimitación de diligencias preliminares de carácter cerrado resulta positiva²³³.

Dice el artículo 256.1.5º, *que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder*. Pues bien, al respecto entiendo hay que tener en cuenta distintas consideraciones. En primer lugar, que la exhibición del contrato de seguro no supone la exhibición de informes que hayan podido realizarse con ocasión también del siniestro. Pues ello, es distinto a lo previsto por la diligencia preliminar en cuestión²³⁴.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta con respecto a esta concreta diligencia preliminar que su petición supone lo que la misma dispone, es decir, la exhibición del *contrato de seguro*. Por tanto no hace referencia a extremos ajenos a dicha exhibición, como pueden ser, la petición del último recibo de su pago. No es la finalidad prevista por la diligencia preliminar en cuestión.

Entre los variados y distintos supuestos de cobertura de responsabilidad civil, podemos señalar los derivados de la circulación de vehículos de motor, de la responsabilidad civil médica, centros docentes, responsabilidad civil profesional en general, por animales, daños en bienes

de manera que si el desarrollo de la propia medida cautelar permite dar entrada a hechos novedosos, que tengan encaje en el artículo 256, preciso será, cuando se den los requisitos generales y la necesaria conexión entre el supuesto contemplado en la norma y el que se pretende introducir en la misma, extender la medida cautelar a aquellas peticiones que puedan desde la razonabilidad y la utilización de los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, especialmente los criterios sistemáticos y finalista, acoger peticiones que ciertamente se ajustan a derecho, como ocurre con el supuesto sometido a la consideración de este Tribunal. (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm.132/2005 de 20 mayo, JUR\2005\155739.

²³³ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias* ..., ob.cit. p. 20.

²³⁴ “La vía más adecuada para obtener esta información es la de conseguir que se exhiba el contrato de seguro de responsabilidad civil, lo que determina los límites de lo exigible (en cantidad y calidad) así como servirá fundamentalmente para determinar quién tiene la legitimación pasiva”. BARONA VILAR, S., *El proceso civil*, ob. cit. p. 2017.

muebles, etc., etc.; en definitiva, la jurisprudencia recoge un amplio catálogo de todos ellos ²³⁵.

Pero la realidad va por otros caminos en cuanto a la amplitud de esta diligencia preliminar, más que de los supuestos de responsabilidad civil en sí mismos cubiertos por la norma que, evidentemente, son muchos desde dicho extremo, y por tanto, *prima facie*, a los que sería solo aplicable. Va por otros caminos, porque realmente tratándose, como se trata en definitiva, de la exhibición de un contrato de seguro, con unos requisitos para ello previstos y determinados para solicitar todas ellas de forma semejante, poner el acento en uno solo de los tipos de seguro, es, o supone, entiendo, cercenar efectivamente, las posibilidades del citado apartado. Como así lo entiende gran parte de la doctrina²³⁶, existen otros tipos de seguros que no son exactamente de responsabilidad civil, pero a los que podría ser aplicable la norma, la situación en la que se puede encontrar el perjudicado es pareja, y una interpretación extensiva y

²³⁵ (por ej. AAP Valencia (Sección 7ª), núm. 241/2008 de 24 octubre. JUR 2009\64560, daños en las cosas; AAP de Madrid (Sección 21ª), núm. 267/2009 de 3 noviembre. JUR\2010\38530, AAP de Valencia (Sección 6ª). Auto núm. 7/2012 de 12 enero. JUR 2012\171755, negligencia profesional; AAP de Lleida (Sección 2ª), núm. 21/2008 de 21 febrero, JUR 2008\135708, sobre lesiones animal).

²³⁶ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, ob. cit. p. 87, dice “Como la LEC menciona un tipo de seguro, el de responsabilidad civil, son muy respetables las opiniones doctrinales que sostienen la imposibilidad de utilizar esta diligencia en relación con otros contratos de seguro. Sin embargo,, la inclusión de un caso no tiene por qué significar necesariamente la exclusión de todos los demás, y por eso somos de la opinión de que, si se acredita la concurrencia de los presupuestos generales de las diligencias preliminares, podría admitirse una diligencia preliminar en que se pidiera la exhibición de un contrato de seguro que no fuera de responsabilidad civil, por existir analogía con la presente diligencia y tratarse de un claro caso de diligencia de exhibición documental”.

En la misma línea, BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias...*, ob. cit. p. 5-19, destaca al respecto que “..... no fueron atendidas las voces que reivindicaban la introducción de un supuesto genérico que de forma flexible posibilitara el acceso a cualesquiera documentos que fueran necesarios para preparar la demanda. Esta postura facilitaría el tránsito hacia un sistema *numerus apertus* de diligencias preliminares, que, combinado con los presupuestos regulados en el artículo 258 no dejaría descubierta de auxilio judicial situaciones que fueran dignas del mismo, pero que no fueran susceptibles de subsunción en un elenco legal que puede condicionar el acceso a la justicia. Debiendo recordarse, además, que la fórmula legal utilizada en el artículo 77 LPL constituye ya un importante punto de referencia que podría haberse tomado en consideración”.

flexible, puede “evitar dejar sin auxilio judicial situaciones dignas del mismo, pero que no fueran susceptibles de subsunción en un elenco legal que puede condicionar el acceso a la justicia”²³⁷.

Así lo pone de manifiesto, además de la doctrina, la jurisprudencia: “Es cierto que el art. 256.1, 5º LEC solo regula el deber de exhibición de contrato de seguro para el caso de que se trate de seguro de responsabilidad civil, de conformidad con las previsiones de los arts. 73 a 76 LCS y no para los seguros de personas (vida, accidentes, enfermedad y asistencia sanitaria). La Ley configura este contrato de tal forma que el tercero perjudicado puede desconocer su existencia, y por ello, a los efectos de la acción directa, el asegurado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”²³⁸.

En lo que afecta a otros contratos de seguro, como el de vida, nada debiera impedir la petición de la exhibición a la aseguradora que cubra la responsabilidad²³⁹.

Y ello, se puede comprobar con la argumentación que efectúa al respecto la siguiente resolución judicial, recogiendo la solicitud del peticionario de la citada diligencia preliminar pues, por otra parte, la realidad social se impone, y la doctrina y la jurisprudencia resuelven al respecto, aunando criterios en temas, tan importantes y actuales, como es el del contrato de seguro, y razona así: << (...) adoptar una diligencia preliminar hace necesario no sólo la concurrencia de los requisitos generales si no estar en presencia de los supuestos que contempla

²³⁷ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias* ..., ob. cit. p. 5-19.

²³⁸ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), Auto de 15 junio de 2006, JUR. 2007\3530.

²³⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 132/2005 de 20 mayo. JUR. 2005\155739.

la Ley, la parte recurrente, que en su día solicitó la diligencia preliminar, acudió y acude al núm. 5º del apartado 1º del artículo 256, lo que hace razonadamente por entender que no se puede acudir a una interpretación restrictiva o exclusivamente literal a la hora de acercarse al repetido apartado 5º cuando hace mención a la exhibición del contrato de seguro por quien lo tenga en su poder conectándolo, exclusivamente, con el seguro de responsabilidad civil. Idéntica razón a la recogida en el apartado 5º se da también cuando estemos en presencia del seguro de vida, e incluso en este segundo caso se agudizará más la necesidad de dar entrada a la diligencia preliminar pues normalmente el seguro de vida se celebra por persona distinta al beneficiario, que puede no tener en su poder la total documentación del repetido seguro, sin la cual difícil será ejercitar, en el marco de la tutela efectiva, y con garantía de éxito, la pretensión que derive del contrato de seguro y de las obligaciones asumidas por la aseguradora en aquél contrato aleatorio (...).

Cierto es que el legislador, en principio, no acogió, en el marco del contrato de seguro, el supuesto genérico que abarcase a cualquier clase de seguro, pero esto no supone que no se pueda, desde lo expuesto, introducir en la regla 5ª del apartado 1º del artículo 256 supuestos como el relativo al seguro de vida respecto de la persona que lo tenga en su poder, respecto de la compañía en la que obren las condiciones particulares de necesaria consulta para integrar los distintos elementos que conforman la póliza y hacer viable, sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia definitiva, la articulación de la pretensión >>²⁴⁰.

Es más, la consideración de *númerus clausus*, como indica una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia que la sigue, efectivamente

²⁴⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 132/2005 de 20 mayo, JUR 2005\155739.

comporta la necesidad de una aplicación extensiva de la norma en base no solo a las diligencias preliminares recogidas por la LEC, que son las que son, pero que no impide su aplicación extensiva y flexible, mecanismos tiene para ello, como refleja la resolución en cuestión, y el artículo 3.1 del Código Civil que la misma invoca, la analogía, fundamento importante y básico para decisión. En esta misma línea, entiendo, podrá aplicarse este apartado 5º de las diligencias diligencias preliminares, a otros tipos de contratos de seguro, siguiendo para ello el mismo procedimiento.

Partiendo de la consideración que el apartado referente a esta diligencia puede abarcar otros tipos de seguro, no solo el de responsabilidad civil. Y entendiendo incluso que el reconocimiento o previsión del contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil era ya evidentemente acuciante, por necesario. No lo es menos que en esa línea extensiva y flexible de interpretación, este apartado comprende cierta diversidad contractual en su aplicación, también necesaria en otros ámbitos de la realidad social, dentro del cual puede ser necesario el mismo auxilio judicial. Así lo viene reflejando la jurisprudencia en sus resoluciones, recogiendo por tanto distintos aspectos de su realidad, entre otros el que refleja la siguiente resolución judicial, que pone de manifiesto la incoherencia de negar la información de una póliza de seguro colectivo. En este sentido, se concluye que: << (...) En suma, incluida en una póliza colectiva de seguro de accidentes una estipulación a favor de terceros (los asegurados) y prevista en la Ley especial (art. 3 LCS) la obligación de incluir en la póliza las condiciones generales, aunque para pólizas colectivas se arbitre a través de un documento complementario (el boletín de adhesión), la aseguradora viene obligada a exhibir la póliza con el fin de cumplir su deber informativo. No es lógico (ni comercialmente entendible) facilitar una cobertura (que no "gratuita" para el asegurado sino

onerosa para el tomador y en beneficio del perjudicado) y negar luego la información necesaria para su efectividad. >> ²⁴¹.

En el mismo sentido, se puede argumentar respecto del seguro de caución. La jurisprudencia así lo razona y acoge, como un contrato de seguro más, susceptible de ser exhibido, con todos sus matices, como la misma refiere. Así << (...) justifica su necesidad, en un hecho trascendente, como es conocer el condicionado general y particular de la póliza del seguro de caución suscrito con la entidad, a los efectos de examinar si dicha cobertura incluye la pérdida que para la instante de las diligencias se puede derivar del impago de la factura correspondiente a la obra ejecutada para una tercera empresa que se halla en concurso de acreedores (...).

Dada la base fáctica en virtud de la cual se solicita la diligencia preliminar cuya finalidad es determinar si la deuda pendiente de cobrar por la parte instante de dicha medida tiene o no cobertura en la póliza o seguro de caución suscrito con la entidad frente a la que se solicitan las diligencias preliminares, debe entenderse justificada tal como exige el artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tanto por que se dan los supuestos o requisitos que establece el artículo 256.1 de la ley, como el previsto en el artículo 256.5 de la Ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que dicha diligencia tiene como finalidad determinar la legitimación de la entidad CREDITO Y CAUCIÓN, para lo que se hace necesario que la entidad que tiene en su poder la póliza del seguro de caución, en este caso la entidad frente a la que se insta la diligencia preliminar proceda a su exhibición a los

²⁴¹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), Auto núm. 154/2006 de 15 junio. JUR 2007\3530.

efectos de poder, previamente a la interposición del litigio determinar la extensión y contenido de dicha póliza (...) >> ²⁴².

Por otra parte, existe la posibilidad de que junto con la solicitud de exhibición de un contrato de seguro de responsabilidad civil se pueda solicitar al mismo tiempo la exhibición de otro tipo de contratos unidos a aquel, puesto que las diligencias preliminares no se pueden solicitar directamente tan solo cuando los documentos de que se trate se encuentran en archivos u oficinas públicas ²⁴³. Así sería el supuesto, por ejemplo, en el que junto con un contrato de responsabilidad civil profesional se solicitase también la exhibición del correspondiente contrato de servicios, circunstancia posible en los supuestos derivados de aquel tipo de responsabilidad ²⁴⁴.

²⁴² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), Auto núm. 233/2010 de 21 octubre. AC\2010\1812.

²⁴³ De conformidad con lo expuesto, el peticionario interesa la exhibición de documentos bajo el amparo del nº 5 del apartado 1º del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la exhibición de un contrato de seguro por quien lo tenga en su poder; de ello se deriva, que la petición referente a la aportación o exhibición de Proyecto básico y de ejecución de las obras en la Plaza Primero de Mayo de Almería que se interesa de la mercantil Construaran S.A., no tenga encaje posible en el precepto invocado por el peticionario.

De igual modo, al constar los datos interesados al Excmo. Ayuntamiento de Almería, en un Registro Público, el recurrente podrá obtenerlos a través del procedimiento regulado en el artículo 35 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, por lo que tampoco puede accederse a la dicha solicitud. Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª), Auto núm. 52/2003 de 9 septiembre, JUR 2003\269371.

²⁴⁴ “El motivo por el que se ha acordado la terminación del procedimiento del que trae causa esta apelación es entender la Juzgadora de instancia que la parte no tiene "interés" en la continuación al modificar la pretensión originaria referida a la exhibición del "contrato de seguro" por la de un contrato de prestación de servicios. A través de este razonamiento se evidencia un claro error del tribunal que no ha tenido en cuenta que fueron dos las diligencias preliminares acordada en el Auto de fecha 24 de noviembre de 2008, y solo una, la segunda - contrato de seguro referido a una Comunidad de Propietarios- es la que pretendió ser sustituida por la aseguradora, pero no así la primera.

La exhibición del contrato de seguro -condiciones generales y particulares- suscrito por D. Bienvenido no ha sido sustituida por ninguna otra petición, y no constan datos de los que poder inferir que haya dejado de "haber interés legítimo" ni que su interés se haya visto satisfecho extrajudicialmente, no siéndolo su petición de exhibición del contrato de prestación de servicios, en cuanto esto era además de lo anterior, no sustitución de dicha exhibición.

F) Exhibición de historia clínica

La Ley de Enjuiciamiento Civil, establece, en su artículo 256.1.5°-bis que “Todo juicio podrá prepararse: Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley”.

Se trata de una nueva diligencia preliminar, introducida en la LEC 1/2000 por la disposición final tercera de la Ley 19/2006, de 5 de junio²⁴⁵, cuya necesidad, surgió en la práctica jurídica ante las limitaciones inherentes a un sistema *numerus clausus* de diligencias preliminares, que

En consecuencia, procede revocar el auto de fecha 17 de marzo de 2009 debiendo continuar la tramitación a los efectos de que se lleve a cabo la diligencia acordada en su día consistente en la exhibición por el demandado del contrato de seguro, condiciones generales y particulares que ampare la responsabilidad civil del demandado en su condición de arquitecto. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Auto núm. 267/2009 de 3 noviembre, JUR 2010\38530.

²⁴⁵ Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios -B.O.E. 6 junio-. La jurisprudencia igualmente se refiere a ello, así dice: “las diligencias preliminares objeto de la litis está expresamente prevista en el artículo 256-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece que “Todo juicio podrá prepararse:... 5° bis) Por petición de la historia clínica al centro o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley....” Este último apartado ha sido introducido por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. El artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece el derecho de todo paciente a acceder a la documentación de su historia clínica, así como a obtener copia de los datos que figuran en ella; el citado texto legal establece, además, en su artículo 1, que “La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica”. Como vemos, el citado texto legal comprende cualquier centro o servicio sanitario, tanto públicos como privados; tampoco el apartado 5° bis del artículo 256-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece distinción alguna respecto al carácter de los centros u hospitales donde se custodie la historia clínica del reclamante”. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), Auto núm. 147/2009, de 30 junio. JUR 2009\347729.

dejaba desprovistos de tutela judicial, ciertos supuestos necesitados de la misma ²⁴⁶.

Con anterioridad a la actual LEC, las Audiencias Provinciales habían venido accediendo a la medida, pese a no estar incluida expresamente entre las previstas en su artículo 497, a través de una interpretación integradora y amplia del resto de sus apartados, y tanto en el caso de historiales clínicos de personas ya fallecidas, como en el de historiales clínicos de los propios solicitantes de la medida. Es patente que la realidad social va por delante ²⁴⁷.

²⁴⁶ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las Diligencias*”, ob. cit. p. 20.

²⁴⁷ En este sentido, la SAP Baleares de 5 de octubre de 2000 señala que << (...) las denominadas diligencias preliminares, que se contemplan en los artículos 497 y siguientes de la Ley Procesal Civil, se conciben como un conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, lo que hace preciso tener en cuenta que las mismas se orientan al esclarecimiento de aquellos extremos seleccionados por dicho artículo, sin cuyo conocimiento no es dable la iniciación del juicio (...). Aplicando la doctrina anteriormente expuesta al caso hoy sometido a la decisión de este Tribunal, en el que, además no existe real oposición del INSALUD a la exhibición solicitada respecto de la historia clínica de D. Antonio F. G., como no podía ser de otra forma al ser un derecho del paciente expresamente reconocido en la legislación sanitaria procederá, con estimación del recurso interpuesto revocar en parte la sentencia apelada, en el sentido de estimar en parte la solicitud de diligencias preliminares formulada por D. Antonio F. G. en el extremo referido a la exhibición de su historial médico urológico (...) >>. Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Sentencia núm. 626/2000 de 5 octubre, JUR\2001\8057.

En el mismo sentido, y con sus argumentos propios, el AAP Asturias de 19 de enero de 2010 recuerda que: <<Efectivamente, tal y como pone de manifiesto la parte apelante, el apartado 5º bis del artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece, en su actual redacción, que «Todo juicio podrá prepararse:..... 5º bis.- Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley».

Dicho apartado fue añadido por la Disposición Final Tercera de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios («B.O.E.» 6 junio), si bien ya con anterioridad, las Audiencias Provinciales habían venido accediendo a la medida, pese a no estar incluida expresamente entre las previstas en el artículo 256.1, a través de una interpretación integradora y amplia del resto de sus apartados, tanto en el caso de historiales clínicos de personas ya fallecidas (Autos de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª, de 5 de Junio de 2.003, Vizcaya, Sección 3ª, de 18 de Enero del 2.005, Madrid, Sección 14ª, de 3 de marzo y 12 de Diciembre de 2.005, Barcelona, Sección 11ª, de 18 de Abril de 2.006), como en el caso de historiales clínicos de los propios solicitantes de la medida (Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, de 5 de Octubre de 2.000, y Guipúzcoa, Sección 1ª de 4 de Octubre de 2.004), de modo que la solicitud presentada es acorde, no sólo con lo dispuesto en el indicado precepto, sino también con el contenido del

Posteriormente, con anterioridad a la Ley 19/2006 de 5 de junio, el artículo 256 de la LEC, permitía dicha solicitud al amparo del párrafo 1-7º, en relación con los derechos de información que otorga el artículo el 18 de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación; y actualmente a través del artículo 256 de la LEC, en su regulación actual, ya que prevé expresamente esta clase de diligencia preliminar en el párrafo 1-5 bis, al establecer que se pueda reclamar la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodia²⁴⁸.

La historia clínica es, pues, un documento fundamental en el que se plasma la relación entre médico y paciente; participa de las características de una reseña biográfica, si se toma en consideración la perspectiva del

artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que regula el derecho del paciente de acceso a la historia clínica, y con el artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que regula el derecho del interesado a obtener información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento>>. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), Auto núm. 3/2010 de 19 enero. JUR 2010\91426.

²⁴⁸ << (...) Este Tribunal no comparte el criterio sustentado por el Juez a quo sino que al contrario, coincidiendo con el recurrente, considera pertinente su estimación si atendemos a que concurren los requisitos establecidos en el artículo 256 de la LEC., por:

1º.- Con carácter general la diligencia solicitada cumple los requisitos para su estimación, por cuanto su finalidad es la obtención de la información necesaria para sostener en juicio sus pretensiones, en este caso la demanda de responsabilidad médica y para la que la obtención del historial médico es una diligencia que puede calificarse de: a) idónea, al contener la información necesaria de los especialistas intervinientes y de los tratamientos aplicados; b) necesidad, ya que el historial médico no le fue entregado de manera voluntaria por su tenedor; c) relevancia, ya que el desconocimiento de esos datos priva al actor de los necesarios para la correcta configuración del posterior proceso.

2º.- De manera específica: a) conforme el artículo 256 de la LEC, en su regulación anterior a la Ley 19/2006 de 5 de junio, cabría al amparo del párrafo 1.7, en relación con los derechos de información que otorga el artículo el 18 de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y documentación; b) el artículo 256 de la LEC, con la regulación actual, esa petición estaría amparada por el párrafo 1.5 bis., al prever la de la historia clínica al profesional que la custodia.

3º.- En la solicitud se explicaron las circunstancias justificadoras de la petición de esta diligencia, cumpliendo el requisito contenido del artículo 256.2 de la LEC >>. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª). Auto núm. 26/2007 de 5 febrero. JUR 2007\274634. Y Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 157/2007 de 14 junio. JUR 2007\343471.

paciente, y supone, desde la del médico, una elaboración científica integrada, fundamentalmente, por apreciaciones, valoraciones y hallazgos clínicos. Sirve de memoria al propio médico y, a la vez, es fuente de información para otros profesionales y, en ocasiones, para los tribunales ²⁴⁹.

La naturaleza de la historia clínica desde una perspectiva jurídica que permita atribuir facultades de gobierno, control o disposición, sobre ella, y, por ende, de su custodia, encierra cierta complejidad y no es tarea fácil. De ahí la diversidad de opiniones, de signo diverso. Esa complejidad es debida a que convergen en ella intereses diversos, y siempre habrá una tendencia a atribuir a los titulares o portadores de esos intereses una suerte de titularidad preeminente sobre la historia clínica, según la perspectiva que se adopte.

Podemos ver algunas resoluciones que lo demuestran, por ejemplo, la siguiente, en la que el recurrente se alza contra el auto de instancia en cuanto le denegaba su petición de exhibición y entrega de las historias clínicas sobre los padecimientos, tratamientos, e intervenciones quirúrgicas a que había sido sometida su difunta hija, y que le eran absolutamente necesarias para fundar las acciones futuras sobre responsabilidad médica.

²⁴⁹ << (...) es de observar que conforme al concepto de Historial clínico que en relación con el Concepto de Historia Clínica Art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica a los efectos de la Ley 41/2002, dentro de la descripción de los conceptos empleados, la historia clínica es el "...conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica del paciente". Y del artículo Art. 14 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, entiende por documentación clínica; si bien, la definición conforme al epígrafe explícitamente destinado a ello, es del "...conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro". Resulta del todo asumible la petición bajo la regulación de contenido de la ORDEN de 14 de septiembre de 2001, de la Conselleria de Sanidad, por la que se normalizan los documentos básicos de la historia clínica hospitalaria de la Comunidad Valenciana y se regula su conservación>>. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 318/2009 de 29 diciembre. JUR 2010\115656.

En ella, la Audiencia parte de que lleva razón el Juez de Instancia cuando dice que las diligencias preliminares del art. 256 LEC son *numerus clausus*. Sin embargo, considera que en el caso presente pueden concederse las pedidas, lo que se justifica en los siguientes términos: << (...) Tampoco nos parece dudoso que el paciente y sus herederos tienen derecho de acceso a la historia clínica de acuerdo con los Arts. 16 y 18 de la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que derogó los Arts. 10 y 61 de la Ley General de Sanidad, y que esos derechos de acceso se encuentran a su vez reconocidos por los Arts. 8 y 15 de la L.O. 15/99 de Protección de Datos de Carácter Personal.

Pues bien esos derechos concedidos por leyes especiales pueden ser ejercidos por el interesado a través del Art. 256.1.2º y 7º L.E.C., y así se acordará en el fallo de esta resolución. (...) >> ²⁵⁰.

Por otra parte, no puede admitirse como recuerda doctrina y jurisprudencia reiteradamente que << junto con la historia clínica se acompañe un informe explicativo, y ello por dos razones. La primera que lo único a que da derecho la Ley es al acceso a la historia clínica. La segunda, porque a través del informe explicativo se podría buscar un sucedáneo de prueba pericial y de reconocimiento de hechos desfavorables, y las medidas de exhibición no están previstas para esas otras rentabilidades adicionales>>²⁵¹.

Son básicos en su regulación los artículos 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que

²⁵⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), Auto núm. 56/2005 de 3 marzo. JUR\2005\108748.

²⁵¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), Auto núm. 56/2005 de 3 marzo. JUR\2005\108748.

regula el derecho del paciente de acceso a la historia clínica, y el artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que regula el derecho del interesado a obtener información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento. Ello constituye la regulación básica de la materia que abarca esta diligencia.²⁵² Junto con estas lo es también la Ley 14/1986, General de Sanidad.

También mencionar las distintas leyes autonómicas²⁵³ que en conjunción con dicha normativa básica regulan o forman parte de la

²⁵² Al respecto La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su *Disposición adicional primera* dispone la condición de básica de esta Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución, así como que el Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para hacerla efectiva.

²⁵³ Con relación al Derecho valenciano se ha señalado, << Al respecto, el artículo 18 de la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece el derecho de todo paciente a acceder a la documentación de su historia clínica, así como a obtener copia de los datos que figuran en ella; el citado texto legal establece, además, en su artículo 1, que "La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica". Por su parte la Ley 1/2003 de 28 de febrero(sic) de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, igualmente aplicable tanto a centros públicos como privados (art.2), regula en sus artículos 23 y 25 la propiedad y custodia de la historia clínica así como el derecho de acceso, indicando que las historias clínicas "son propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro cuando el medico trabaje por cuenta ajena...", que el centro médico es "responsable de la custodia" y que los pacientes tendrán "derecho de acceso a todos los documentos y datos de su historia clínica" y a "obtener copias de los mencionados documentos". Por lo que en atención a la legislación expuesta no procede, en estos momentos, la entrega de radiografías y moldes interesados en sede judicial, sin perjuicio del derecho que le asiste al examen de las mismas ya sea personalmente o por medio de representación debidamente acreditada, tal y como autoriza el artículo 25.3 de la ley autonómica >>. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 88/2012 de 8 mayo. JUR 2012\293497.

Así mismo, respecto del Derecho gallego se ha afirmado que <<La historia clínica, como documentación biográfica de los procesos asistenciales de un paciente, definida en el artículo 14 de la Ley estatal 41/2002 de 14-11, y en el 13 de la Ley gallega 3/2001 de 28-3 SIC (LG 2001, 199) , reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (modificada por la Ley 3/2005 de 7-3 (LG 2005, 104)), desde una perspectiva jurídica tiene una naturaleza compleja en orden a facultades de gobierno, control o disposición sobre ella y su custodia, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (6ª) de 23/7/2010 (AC 2010, 1162) , al converger intereses diversos, fundamentalmente del paciente, el médico o sanitarios y el centro. Se entrecruzan derechos, obligaciones y responsabilidades, ya en su elaboración, ya en la conservación, gestión y custodia de la documentación. Incluso cabría hablar de un derecho-deber de custodia por parte del centro

regulación de la historia clínica en sus respectivas Comunidades, así entre otras la Ley 1/2003 de 28 de febrero de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana; la Ley gallega 3/2001 de 28-3, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (modificada por la Ley 3/2005 de 7 de marzo); el Decreto autonómico 29/2009 de 5 de febrero, regulador del uso y acceso a la historia clínica electrónica en el ámbito del sistema público de salud de Galicia (temporalmente en soporte-papel en tanto no se produzca la total digitalización de la documentación clínica: D.T. 1ª del Decreto).

El artículo 256.5º-bis especifica que la petición de la historia clínica al centro o médico ha de hacerse "en las condiciones y con el contenido que establece la Ley". La diligencia preliminar regulada en el nº 5º del artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tiene como finalidad hacer efectivo el derecho de información sanitaria reconocido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, sino que se trata de una medida instrumental preparatoria de un

sanitario o del médico. Y otro tanto en cuanto a la confidencialidad y facilitación de información.

El artículo 18 de la Ley gallega considera que las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la Administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario, o, en otro caso, del médico que realiza la atención sanitaria, haciéndoles responsables de su custodia y de la adopción de las medidas de garantía de la confidencialidad de los datos o de la información contenida en las mismas. Resulta sin embargo indiscutible el derecho de acceso de los pacientes o usuarios a su historial o al de sus hijos bajo su representación legal, "en la forma y con los requisitos que se regulen legal o reglamentariamente" (art. 19).

Además de esa normativa legal u otra de tipo general como la invocada por la parte apelada, habrá que tener en cuenta el Decreto autonómico 29/2009 de 5-2 (LG 2009, 79), regulador del uso y acceso a la historia clínica electrónica en el ámbito del sistema público de salud de Galicia (temporalmente en soporte-papel en tanto no se produzca la total digitalización de la documentación clínica: D.T. 1ª del Decreto), y, en el tema que nos ocupa, lo dispuesto en sus artículos 19 y siguientes, acerca de la vía de acceso a la historia clínica por los pacientes y usuarios, a ejercitar en la forma y con la extensión y límites que señalan. En particular, mediante acceso directo por medios electrónicos seguros o mediante solicitud previa dirigida a las unidades de atención del sistema sanitario público de Galicia (arts. 22 a 24 y anexo). Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), Auto núm. 52/2011 de 28 abril. AC 2011\1317.

futuro juicio civil, para sostener en el mismo las pretensiones en exigencia de responsabilidad médica frente al demandado. Tiene su fundamento, como señala la resolución de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de febrero de 2007, en lo dispuesto por el artículo 256, si bien con distintos matices según fuera aplicado el mismo, antes o después de la Ley 19/2006, de 5 de junio, siendo el actual el comprendido efectivamente en el párrafo 1.5 bis. Y el anterior a la aparición de dicha Ley, su párrafo 1.7., en relación con los derechos de información que otorga el artículo el 18 de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y documentación.

Así lo ratifica y resume la siguiente resolución de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), de 14 noviembre de 2012, que dice al respecto: << Se denuncia por la parte recurrente vulneración del artículo 256 de la LEC, alegando que lo solicitado constituye una diligencia prevista en el apartado 5-bis del mismo, concurriendo los requisitos precisos para que se acceda a lo solicitado.

Efectivamente es cierto que en el precepto citado se ha introducido por la Ley un nuevo apartado en el que se posibilita se puede pedir la historia clínica al centro sanitario o profesional que lo custodia en las condiciones y con el contenido que establece la Ley, pero ello es al solo fin de preparar y redactar la demanda >>²⁵⁴.

Ahora bien, presupuesto de la viabilidad de esta diligencia es que la historia clínica se haya solicitado extrajudicialmente y sin éxito con carácter previo, como recoge y razona la siguiente resolución de la AP de Guipúzcoa, que dice: <<La Ley de Enjuiciamiento Civil no permite acordar una diligencia injustificada o innecesaria. Y tal necesidad viene

²⁵⁴ Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), Auto núm. 146/2012 de 14 noviembre. JUR 2013\102967.

determinada por la imposibilidad de obtener la información pretendida antes de acudir a la vía judicial, circunstancia que tampoco se ha acreditado, puesto que lo que alega es que el Dr. se ha negado a entregarle la historia pero no prueba que dicha negativa se haya realmente producido. Antes de formular una solicitud ante un Juzgado deben agotarse los medios posibles y demostrar que pese a ello no se puede conseguir la información, por lo que los solicitantes hubieran debido requerir por escrito al médico y a la clínica y obtener una respuesta negativa de éstos o al menos su silencio ante dicha solicitud.

En definitiva, la solicitud no puede ser admitida, con independencia de que los solicitantes intenten la obtención de los documentos pretendidos, realizando una solicitud escrita en vía extrajudicial, y sin perjuicio de que ulteriormente insten nuevamente la diligencia cumpliendo con los requisitos exigidos >> ²⁵⁵.

La historia clínica como tal viene regulada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (modificada por Ley 3/2005 de 8 de julio). Su artículo 14.1 la define como el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro ²⁵⁶.

²⁵⁵ Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), Auto núm. 2101/2004 de 22 diciembre. JUR 2005\56244.

²⁵⁶ “Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de Noviembre de 2003: “... La Ley 14/1986, General de Sanidad, vino a establecer el derecho de todos, respecto a las distintas Administraciones sanitarias, a que quede constancia por escrito de todo su proceso (art. 10.11).

Consecuentemente con lo anterior, dicha Ley en el citado artículo 14, en los apartados 2, 3, y 4, dispone una serie de normas relativas a la regulación de su archivo, autenticidad de la misma, eventualidades, y extensión normativa a las Comunidades Autónomas.

A tal fin dispone pormenorizada y básicamente que cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

Igualmente las Administraciones sanitarias establecerán los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura.

Y por último las Comunidades Autónomas aprobarán las disposiciones necesarias para que los centros sanitarios puedan adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental.

Resumiendo, es evidente que como, acertadamente, señala la jurisprudencia, << la historia clínica, como documentación biográfica de los procesos asistenciales de un paciente, desde una perspectiva jurídica tiene una naturaleza compleja en orden a facultades de gobierno, control o disposición sobre ella y su custodia, como señala la sentencia de la

Tales preceptos han sido derogados por la Ley 41/2002, que garantiza el derecho de información sanitaria y, dentro de él, el derecho a la información asistencial, esto es, el derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su Salud, toda la información disponible sobre la misma, sobrando los supuestos exceptuados por la ley.

Derecho que se otorga a los pacientes y a las personas vinculadas al mismo por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo consienta de manera expresa o tácita. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), Auto núm. 45/2005 de 18 enero, JUR 2005\77704.

Audiencia Provincial de Pontevedra (6ª) de 23/7/2010 (AC 2010, 1162), al converger intereses diversos, fundamentalmente del paciente, el médico o sanitarios y el centro. Se entrecruzan derechos, obligaciones y responsabilidades, ya en su elaboración, ya en la conservación, gestión y custodia de la documentación. Incluso cabría hablar de un deber de custodia por parte del centro sanitario o del médico. Y otro tanto en cuanto a la confidencialidad y facilitación de información>>²⁵⁷.

Por otra parte, como señala la indicada Ley especial, el protagonismo que la misma otorga a las Comunidades es evidente, e incluso complementario, como se desprende y recoge también la jurisprudencia ²⁵⁸.

Otra cuestión es la del contenido de la historia clínica de cada paciente al que hace referencia el artículo 15.1 de dicha Ley, que dispone “incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en

²⁵⁷ Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), Auto núm. 52/2011 de 28 abril, AC 2011\1317.

²⁵⁸ En este sentido, señala en una de sus múltiples resoluciones lo siguiente: <<... El artículo 18 de la Ley gallega considera que las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la Administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario, o, en otro caso, del médico que realiza la atención sanitaria, haciéndoles responsables de su custodia y de la adopción de las medidas de garantía de la confidencialidad de los datos o de la información contenida en las mismas. Resulta sin embargo indiscutible el derecho de acceso de los pacientes o usuarios a su historial o al de sus hijos bajo su representación legal, "en la forma y con los requisitos que se regulen legal o reglamentariamente" (art. 19).

Además de esa normativa legal u otra de tipo general como la invocada por la parte apelada, habrá que tener en cuenta el Decreto autonómico 29/2009 de 5-2, regulador del uso y acceso a la historia clínica electrónica en el ámbito del sistema público de salud de Galicia (temporalmente en soporte-papel en tanto no se produzca la total digitalización de la documentación clínica: D.T. 1ª del Decreto), y, en el tema que nos ocupa, lo dispuesto en sus artículos 19 y siguientes, acerca de la vía de acceso a la historia clínica por los pacientes y usuarios, a ejercitar en la forma y con la extensión y límites que señalan. En particular, mediante acceso directo por medios electrónicos seguros o mediante solicitud previa dirigida a las unidades de atención del sistema sanitario público de Galicia (arts. 22 a 24 y anexo)>>. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), Auto núm. 52/2011 de 28 abril, AC 2011\1317.

el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada”.

Consecuentemente con ello, el artículo 18 de dicha Ley 41/2002 establece el derecho de todo paciente a acceder a la documentación de su historia clínica, así como a obtener copia de los datos que figuran en ella; el citado texto legal establece, además, en su artículo 1, que esta Ley " tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica". Como es de ver, el citado texto legal comprende cualquier centro o servicio sanitario, tanto públicos como privados; tampoco el apartado 5º bis del artículo 256-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece distinción alguna respecto al carácter de los centros u hospitales donde se custodie la historia clínica del reclamante. En consecuencia, el reclamante tiene derecho a conocer el contenido de la información obrante en la historia clínica que del mismo obre en los archivos del Hospital que le ha prestado asistencia ²⁵⁹.

El fin principal de la historia clínica no es otro que facilitar la asistencia sanitaria (art. 15.2 Ley especial), dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud ²⁶⁰.

²⁵⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), Auto núm. 147/2009 de 30 junio, JUR 2009\347729.

El contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente: a) La documentación relativa a la hoja clínico-estadística. b) La autorización de ingreso. c) El informe de urgencia. d) La anamnesis y la exploración física. e) La evolución. f) Las órdenes médicas. g) La hoja de interconsulta. h) Los informes de exploraciones complementarias. i) El consentimiento informado. j) El informe de anestesia. k) El informe de quirófano o de registro del parto. l) El informe de anatomía patológica. m) La evolución y planificación de cuidados de enfermería. n)

Todo ello es básico, fundamental por la trascendencia que puede llegar a tener en distintas facetas, como refleja la misma jurisprudencia al decir, entre otra muchas resoluciones, en la siguiente que << el reclamante no puede conocer si en base al contenido de la misma - la historia clínica - puede formular algún tipo de reclamación contra el centro hospitalario donde se han llevado a cabo los tratamientos, contra los médicos y personal sanitario que le ha atendido o contra la entidad aseguradora que cubra, en su caso, la responsabilidad del centro o de los profesionales que le han prestado asistencia, todo dependerá del examen del contenido de tales archivos; examen que, con posterioridad a la entrega que solicita, probablemente, deberá llevar a cabo un profesional médico que asesore a quien se cree perjudicado, dado que para tomar una decisión al respecto son necesarios conocimientos médicos de los que probablemente carecerá el solicitante de las diligencias (...)>>²⁶¹.

Lógicamente, la cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella (art. 15.3).

También lo es el que la historia clínica se lleve con criterios de unidad y de integración, en cada institución asistencial como mínimo, para facilitar el mejor y más oportuno conocimiento por los facultativos de los datos de un determinado paciente en cada proceso asistencial (Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre).

En cuanto a la conservación de la documentación clínica por los centros sanitarios, destacar la previsión y correspondiente obligación que

La aplicación terapéutica de enfermería. ñ) El gráfico de constantes. o) El informe clínico de alta.

²⁶⁰ Los párrafos b), c), i), j), k), l), ñ) y o) sólo serán exigibles en la cumplimentación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

²⁶¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), Auto núm. 147/2009 de 30 junio, JUR 2009\347729.

tienen, por imperativo legal, de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial. Conservación extensible también a efectos judiciales, de conformidad con la legislación vigente. Así como cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Su tratamiento se hará de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas (artículo 17).

Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes.

Si bien la gestión de la historia clínica por los centros con pacientes hospitalizados, o por los que atiendan a un número suficiente de pacientes bajo cualquier otra modalidad asistencial, según el criterio de los servicios de salud, se realizará a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. La custodia de dichas historias clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario.

La regulación alcanza a los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual que son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.

Además, son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por último señalar que ya el artículo 7 de esta Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dispone el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. Así como que los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes ²⁶².

G) Averiguación de grupo de consumidores afectados.

La problemática que encierra la necesaria tutela de los derechos de los grupos es producto, como refiere la doctrina, de la estructuración de las sociedades avanzadas²⁶³. El origen de la misma se fundamenta en la moderna y generalizada contratación en masa, y por otra parte, en la correlativa necesidad de tutelar los derechos de los individuos en cuanto consumidores frente a las grandes empresas que suministran los bienes y servicios ²⁶⁴. En relación con ello, se refiere que “la masificación de las

²⁶² SÁNCHEZ-CARO, Javier, *La ley sobre autonomía del paciente y su repercusión en las Comunidades Autónomas*, Rev. Adm. Sanit. 2003, vol.1 núm. 2., pp. 189-202.

²⁶³ Aunque BANACLOCHE, entiende que aún si no hubiera existido esta diligencia preliminar, hubiera podido admitirse por analogía con la relativa a la declaración sobre aspectos relativos a la propia personalidad, concluyendo que el que al final haya tenido una regulación específica es muy positivo porque así se ha deshecho cualquier duda sobre su admisibilidad. BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias*, ob. cit. p. 89. En el mismo sentido, Vol. I, GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, 2001, p.955.

²⁶⁴ La jurisprudencia detecta la cuestión, así dice, entre el contenido de sus resoluciones, al respecto : << (...) El inimaginable ejercicio de las acciones colectivas en la época en la que se publica la LEC de 1881, bajo los postulados de una ideología liberal, que sólo concebía el proceso como mecanismo resolutorio de controversias de intereses estrictamente particulares entre sujetos individuales perfectamente definidos, se evoluciona a una sociedad de consumo en

relaciones humanas, hace que una cantidad creciente de actividades no afecten ya al individuo aisladamente considerado, sino a colectividades, grupos o categorías enteras de personas”²⁶⁵.

Dicho esto, con esta diligencia preliminar la Ley de Enjuiciamiento Civil aborda en su nueva regulación un problema evidente, ya también puntual, y cuyo tratamiento no admitía demora²⁶⁶, como era y es la cuestión de los grupos de afectados, su determinación y problemática.

la que la contratación en masa, la utilización de condiciones generales de contratación, la generalización de los contratos de adhesión, conlleva a la sentida necesidad de dar protección jurídica a los consumidores y usuarios, que se convierten en fundamentales sujetos de derecho (...) >>. Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª). Sentencia núm. 269/2005 de 23 Junio, JUR 2009\203310.

²⁶⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P, *La tutela jurisdiccional de los intereses supra individuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 29.

²⁶⁶ Sobre este particular, se ha pronunciado la jurisprudencia, resumiendo a su vez un amplio espectro de la presente diligencia, y de su necesidad, así : << (...) Antes incluso de la entrada en vigor de la presente Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia ya había interpretado ampliamente el concepto de legitimación activa extendiéndolo a intereses colectivos cuya representación resultaba difícil de acreditar por los individuos que los integraban y que, a pesar de dicha dificultad, merecían la tutela de sus intereses. Así, la STS de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9891) ya declaró que el art. 503-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881) había de interpretarse a la luz de la realidad social del tiempo en que se aplica (art. 3.1 del Código Civil), realidad social actual que difiere sensiblemente de aquella existente en el momento de la publicación de la Ley, en que los litigios se desarrollaban entre personas fácilmente determinables y cuya representación era fácil acreditar mediante la aportación de los correspondientes documentos, no existiendo un tráfico jurídico en masa, como es el que justifica la existencia de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y para la defensa de intereses colectivos como las organizaciones de consumidores y usuarios, lo que dificulta y hace extremadamente gravoso para estas entidades, que tienen encomendada la protección y defensa de determinados derechos e intereses legítimos, la acreditación individualizada de cada uno de sus miembros en los procesos en que sean parte; de ahí que el legislador, unas veces de forma expresa [art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios; arts. 25 y 27 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad; art. 19.2 b) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal] y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse "iuris tantum", atribuya legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados.

Tras la entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000, de 7 enero, no sólo se reguló en su antedicho art. 10 la "condición de parte procesal legítima", sino que el art. 11, bajo el epígrafe "Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", contempló expresamente, entre otros, los siguientes supuestos: 1º) la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, con independencia de la legitimación individual de los perjudicados, para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como

Comenzando por referirse para ello a los *intereses difusos*, y posteriormente, concretando entre *intereses colectivos* e *intereses difusos*, distinción que efectúa en el artículo 11 de la LEC.

El ordenamiento jurídico procesal no preveía esta cuestión con la LEC de 1881. Las dificultades eran evidentes, y, no obstante, especialmente fuertes, aun constatándose la realidad de esta cuestión. Así lo ponía de manifiesto la doctrina, al faltar previamente un detenido análisis y las adecuadas propuestas para abordar tales intereses *colectivos* y/o *difusos*, y los consiguientes y precisos instrumentos procesales para su tutela.

El Borrador de la nueva LEC y su Anteproyecto tampoco lo previnieron en un principio ²⁶⁷, hasta que definitivamente se introdujeron los actuales artículos 15 (*Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios* ²⁶⁸); 221 (*Sentencias dictadas en procesos promovidos por*

los intereses generales de los consumidores y usuarios; 2º) que, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponda a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados; y 3º) que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponda exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), Auto núm. 129/2009 de 15 junio, AC\ 2010\1094.

²⁶⁷ La enmienda que propuso su incorporación fue la nº 295 presentada por el Grupo Socialista. La justificación que la acompañaba era la siguiente: << se introduce en el punto 4º como diligencia preliminar aquella encaminada a determinar los posibles afectados o perjudicados en las acciones colectivas >>. Lo cierto es que esta modificación formaba parte de un bloque de enmiendas, todas ellas aceptadas, que completaban la regulación de los procesos en los que se procedía a tutelar los intereses de los consumidores y usuarios. BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de Marzo de 1999, Núm.: 147-9, pág. 253.

²⁶⁸ La Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios ha introducido un nuevo párrafo en el apartado I de este artículo 15. Esta norma se publicó en el BOE de 31 de diciembre de 2009 para entrar en vigor al día siguiente.

asociaciones de consumidores o usuarios); y 519 (*Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados, de consumidores o usuarios*) entre otros. El artículo 11 LEC regula, pues, la fundamental cuestión de la legitimación sobre esta cuestión, que se complementa con lo establecido para la capacidad para ser parte, y la comparecencia en juicio y representación, previstos, a su vez, por los artículos 6 y 7 también de la Ley procesal ²⁶⁹.

Y ello es así aun cuando, con anterioridad, distintas leyes especiales se habían ocupado de ello, como la entonces Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/84, de 19 de Julio), en la actualidad derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Al hacer referencia la presente diligencia preliminar a la petición de la iniciación de un proceso para la defensa de *intereses colectivos* de consumidores y usuarios, considero oportuno detenerme primeramente en dicho extremo, dado que dicho término, precisa y concreta, al unísono, la doctrina y la jurisprudencia, lo que se denominan *acciones colectivas* para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. Son acciones estas, cuya característica esencial es la de que no defienden únicamente los derechos subjetivos

²⁶⁹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, señala que: “Para entender el sentido y finalidad de esta novedosa diligencia preliminar, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 6.1.7º, 11.2 y 15.2 LEC. Así, --continúa diciendo-- esta diligencia existe porque puede resultar necesario el auxilio de la autoridad judicial para determinar a los integrantes de un grupo de afectados, o para determinar si el hecho dañoso ha perjudicado un grupo cuyos componentes son fácilmente determinables (intereses colectivos) o son indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos). Las “medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo” pueden consistir tanto en diligencias de declaración, como de exhibición de documentos, o de una u otra clase simultáneamente.” DIEZ-PICAZO, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, con DE LA OLIVA SANTOS, A. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 259.

o individuales de cada uno de los afectados por una conducta empresarial, sino los *intereses colectivos o difusos*, -es decir, según estén o no determinados los consumidores a quienes afecta tal conducta-, entendiéndose como señala la Directiva 98/27 CE por *intereses colectivos* aquellos que no son una acumulación de intereses individuales de los consumidores y usuarios. Concorre pues este interés colectivo cuando no se trata sólo de satisfacer los intereses individuales de cada uno de los afectados, sino sobre todo de reaccionar contra una conducta empresarial ilícita capaz de generar perjuicios a una pluralidad de consumidores, manteniendo un control sobre la misma que contribuya a evitar la extensión del perjuicio ya ocasionado y a disuadir de la realización en el futuro de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores. Ejemplos prácticos los podemos ver en distintas resoluciones judiciales ²⁷⁰.

Se ha dicho que no existe una diferencia sustantiva entre uno y otro interés, y que el perfil que los identifica es la determinabilidad de los perjudicados. Pero esto no es suficiente. La propia Ley fija esa determinabilidad, calificándola por la facilidad con la que se puedan concretar los perjudicados, de fácil determinación para el interés colectivo, y de difícil determinación para el difuso. Lo contrario supondría una clara y directa llamada al régimen de prueba, por lo que no resulta ya convincente la afirmación de quienes pretenden imponer al juez el examen

²⁷⁰ << (...) A tenor de los razonamientos precedentes puede concluirse que la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) está en su derecho de esgrimir la acción de cesación (artículo 12.2 de la Ley sobre las condiciones generales de contratación y 10 ter y disposición adicional tercera de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios) destinada a que las operadoras eliminen las condiciones objeto de litigio que se reputen nulas, por abusivas y claramente perjudiciales para el consumidor, en concreto: 1º) el doble cobro utilizando los conceptos de establecimiento de llamada y además primer minuto completo; y 2º) el cobro de las llamadas por bloques de tiempo que comprendan más del efectivamente consumido. Además de la condena a abstenerse en el futuro de emplear en sus contrataciones por los servicios de telefonía móvil tales condiciones. (...) >>. Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, Sentencia de 21 noviembre 2005, AC 2005\1791.

ad l mine de la concurrencia de este requisito. Eso no puede ser así porque el juez, y el proceso será un claro ejemplo de ello, puede no saberlo, o podría no saber inicialmente, al ser una circunstancia resultante de lo que sea una realidad plural y compleja, que al juez le puede resultar completamente desconocida. De hecho la prueba practicada no habría sido muy precisa, será en la sentencia y al final del proceso cuando se decida

271

En otro orden de cosas, es muy amplio el elenco de medidas que se pueden solicitar para llevar a cabo esta diligencia preliminar para la determinación del grupo de consumidores y usuarios afectados. Así lo pone de manifiesto la doctrina²⁷² hasta llegar incluso a la entrada y registro para encontrar los documentos o datos precisos.

Otros hablan de cualquier medida imaginable que pueda encontrarse encaminada a la concesión de dicha finalidad de averiguación de los integrantes del grupo de afectados. Por ello el legislador no ha establecido catálogo alguno de las medidas a adoptar, deja en libertad al solicitante para pedir las mismas. No obstante ello, atribuye al  rgano

²⁷¹ Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5^a), Sentencia núm. 129/2005 de 7 marzo, JUR 2008\200322.

²⁷² En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares.....*, ob. cit. p. 53 y GARCÍA VILA, M., *Diligencias Preliminares y la negativa a su práctica (art. 261.LEC 1/2000)*, Rvta. Derecho Universidad de Valencia, Nov. 2002, núm.1. GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la Nueva Ley...*, T-I, ob. cit. p. 1155, dice al respecto: "Consecuentemente con la nueva regulación que se introduce sobre la protección de los derechos de grupos resultaba indispensable establecer los instrumentos adecuados para la efectividad de esa nueva forma de tutela que en nuestro ordenamiento es totalmente extraña. Uno de esos instrumentos estaba claro que tenían que ser las diligencias preliminares, y debe considerarse un acierto lo amplios términos en los que la regulación se ha realizado. No se detallan cuales son las diligencias a adoptar, sino que se establecen que sean simplemente las medidas oportunas para la averiguación del grupo. No podía ser de otra forma, pues resulta imposible preestablecer en que podían consistir dichas medidas".

jurisdiccional la función de elegir la medida adecuada en orden a la determinación de la misma ²⁷³.

La doctrina coincide en que no es una diligencia de fácil aplicación. El legislador entiende que la Ley utiliza expresiones demasiado amplias. Expresiones que conforman el contenido del artículo 261 LEC. Incluso en base a lo dispuesto por el artículo 118 de la CE, entienden que el deber de colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso, pueda servir como base legislativa para arbitrar este tipo de medidas tan genéricas en su expresión como difícilmente efectivas²⁷⁴.

Este último criterio no está exento de una interpretación, a mi entender, un tanto estricta e incluso contundente, pues al respecto no es menos cierto, que antes de llegar al artículo 261.5º LEC, se debe tener en cuenta lo que, a su vez, dispone respecto a dicha diligencia preliminar su artículo 256.1.6º, es decir: *... el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo*

Después el artículo 261.5º LEC ya citado, nos dice, refiriéndose a la *negativa a llevar a cabo las diligencias, que si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento, ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas.....: 5ª. Tratándose de las diligencias previstas en el artículo*

²⁷³ Como señala DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: << La Ley no tipifica el contenido posible de esta diligencia, dada lógicamente la variedad de supuestos que se pueden producir. A la apreciación del Tribunal, queda por tanto, el carácter conducente o inconducente de las medidas solicitadas. Lo único que se precisa de la Ley es que dichas medidas puedan incluir la colaboración del demandado, lo que obviamente significa que también podrán exigir la de terceras personas. Debe entenderse que el tribunal no puede adoptar medidas que no hayan sido en absoluto solicitadas. No obstante, parece razonable entender que si puede acordar medidas que, aunque no son exactamente las solicitadas, sean homogéneas o similares a aquellas aunque menos intensas >>. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS; VEGAS TORRES; BANACLOCHE PALAO; Cívitas, Madrid 2001, pág. 480.

²⁷⁴ GUTIÉRREZ SANZ, Mª ROSA, *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit. p. 298.

256.1.6ª..., *el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, ...* .

Existe pues, como puede observarse, un *iter procesal* que comienza por una petición, continúa por una adopción de medidas oportunas, y un acuerdo cuando no se atiende al requerimiento, ni lo más importante, ni siquiera se formule oposición, hasta llegar, a su vez, al acuerdo, *cuando resulte proporcionado*, de las medidas de intervención necesarias. Y si ello no fuere suficiente, todo ello con una justificación que no es otra que la de encontrar los documentos o datos ²⁷⁵ precisos, que lógicamente pueden llegar a incurrir en responsabilidad penal, por desobediencia a la autoridad judicial. Si parte o incluso todo ese procedimiento es realizado, evidentemente no comparto criterio alguno, ni estricto ni contundente, ya que la Ley tan solo prevé unas posibles circunstancias que de darse provocan su correspondiente resultado. No obstante, y consecuentemente, como indica algún autor, puede llegar a ser grave, qué duda cabe de llegarse al final de las disposiciones, en definitiva a agotar el procedimiento legalmente establecido.

Otra característica de esta diligencia preliminar es la relativa a la frase a “tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”.

²⁷⁵ PICAZO-GIMÉNEZ, I., señala que: Para entender el sentido y finalidad de esta novedosa diligencia preliminar, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 6.1.7º, 11.2 y 15.2 LEC. Así, esta diligencia existe porque puede resultar necesario el auxilio de la autoridad judicial para determinar a los integrantes de un grupo de afectados, o si para determinar si el hecho dañoso ha perjudicado un grupo cuyos componentes son fácilmente determinables (intereses colectivos) o son indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos). Las “medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo” a que se refiere la ley pueden consistir tanto en diligencias de declaración, como de exhibición de documentos, o de una y otra clase simultáneamente.

Evidentemente tiene carácter dispositivo, será el tribunal el que fije las medidas oportunas, pero también se sustenta en una amplia gama de posibilidades para su adopción, lo que facilita que pueda adoptar una medida distinta a la pedida por el solicitante, siempre que asegure la misma finalidad que aquella, y sea menos agresiva y gravosa que la solicitada. Lo que ya no ocurrirá en el caso de tenerse que aplicar lo dispuesto por el artículo 261.5º LEC cuando dispone : *el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro,....*²⁷⁶.

Cuando hace referencia a “incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”, entiendo que tal referencia al mismo, será a la del futuro demandado. Con respecto a esta cuestión se pronuncian, es más, existen distintos criterios entre los autores, que van desde que el tribunal es el que fija las medidas o diligencias adecuadas, a la negación de que sea su adopción de oficio por el

²⁷⁶ Así, esta diligencia está sujeta también a lo dispuesto por el artículo 258 LEC. El AAP Madrid (Sección 28ª), de 4 febrero de 2011, recuerda que : << (...) tratándose de interese colectivos, esto es, cuando los perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente identificados o son fácilmente determinables (artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en determinados supuestos, el demandante o demandantes deben comunicar previamente su propósito de presentar la demanda a todos los interesados (artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Para facilitar el cumplimiento del reseñado presupuesto, el artículo 256.1.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé como diligencia preliminar a instancias de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, precisamente, con el objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables, la petición de que tribunal adopte las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

La adopción de dicha diligencia preliminar está sujeta a los requisitos generales del artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia: a) debe ser adecuada a la finalidad que persigue el solicitante; b) ha de concurrir justa causa; y c) debe apreciarse interés legítimo.

(...) La diligencia preliminar solicitada está preordenada al cumplimiento del requisito exigido en el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) >>.

órgano jurisdiccional ²⁷⁷. Como se ha dicho, a mi juicio acertadamente, refiriéndose a esta cuestión ²⁷⁸, es preciso detenerse en la redacción empleada por el legislador en la nueva diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo de afectados (256.6º). Su apartado segundo reza del siguiente modo: "A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas ²⁷⁹ para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento del demandado para que colabore en dicha determinación".

²⁷⁷ CALLEJO CARRIÓN, S., dice al respecto: "En cuanto a la concreta diligencia solicitada, que debe quedar perfectamente determinada como regla general, en el ámbito del artículo 256.1.6º, al establecerse que el tribunal adoptará las medidas oportunas con arreglo a los datos que proporcione el solicitante, realmente conforma que será el tribunal el que fije las medidas o diligencias adecuadas". *Actualidad Civil*. Dir. Xavier O'Callaghan Muñoz. LA LEY. Primera quincena enero 2006. Número 1, p. 26.

GARNICA MARTÍN, JUAN FCO., dice al respecto: "Los problemas que la aplicación de esta norma plantea no son pocos. El que parece más evidente es determinar si el juez estaría vinculado para concretar cuál sea la medida oportuna a adoptar en el caso por la petición que le haga el solicitante, y la respuesta ha de ser negativa. Y así se puede deducir de la propia dicción legal cuando dice: ... A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas..., y conforme a los datos suministrados por el solicitante. A este efecto, la aplicación del principio dispositivo no resulta un inconveniente como pudiera erróneamente pensarse. No puede perderse de vista que no se está aún ante un proceso, sino ante un simple procedimiento preliminar cuya naturaleza es muy distinta al proceso y ésta particularmente en este caso, mucho más cerca de las medidas cautelares que del proceso declarativo. En medidas cautelares donde ha sido preciso afrontar este problema, ha terminado preponderando la idea de que no contradice el principio dispositivo el hecho de que el juez pueda adoptar una medida cautelar distinta a la solicitada, siempre que asegure la misma finalidad que aquella y sea menos agresiva o gravosa que la pedida". *Comentarios a la Nueva Ley* T-I, ob. cit. p. 1155.

²⁷⁸ GARCÍA VILA, Mónica, *Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (Art.261 LEC 1/2000)*, Revista Peruana de Derecho Procesal, N°. 6, 2003, págs. 149-172.

²⁷⁹ Como señala DÍEZ-PICAZO, "La ley no tipifica el contenido posible de esta diligencia, dada lógicamente la variedad de supuestos que se pueden producir. A la apreciación del tribunal, queda por tanto, el carácter conducente o inconducente de las medidas solicitadas. Lo único que sí precisa la ley es que dichas medidas pueden incluir la colaboración del demandado, lo que obviamente significa que también podrán exigir la de terceras personas. Debe entenderse que el tribunal no puede adoptar medidas que no le hayan sido en absoluto solicitadas. No obstante, parece razonable entender que sí puede acordar medidas que, aunque no sean exactamente las solicitadas, sean homogéneas o similares a aquéllas aunque menos intensas", (DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO, Civitas, Madrid, 2001, p. 480.

De lo anterior podríamos interpretar que al tribunal se le permite sin petición alguna previa de parte, adoptar cuantas medidas se consideren oportunas para averiguar la identificación de los integrantes del grupo, lo que supondría una actuación *ex officio* del tribunal. Pero dicha interpretación no es correcta, ya que este artículo se inicia, al igual que el resto de diligencias preliminares, con la expresión “por petición”, es más, se señala "por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados, cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables", lo que supone la negación de la adopción de oficio por el órgano jurisdiccional ²⁸⁰. Junto con la libertad conferida al solicitante, el legislador también ha atribuido al órgano jurisdiccional un papel importante a la hora de elegir la medida adecuada para realizar la diligencia de determinación de los integrantes del grupo. Papel que no le ha conferido en el resto de las diligencias preliminares.

Aquí nos encontramos con una excepción, la del artículo 256.1.6º LEC en cuanto dispone que es el tribunal el que adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo de afectados, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante. Así lo recoge también la jurisprudencia al decir que: “La nueva ley procesal admite la legitimación extraordinaria entre otros en los casos de interés social, como ocurre en los de legitimación de asociaciones de consumidores y usuarios, extremo que ya se contemplaba en el art. 7.3 LOPJ aunque en forma escasamente afortunada. (...) Concurren los requisitos para constituirse como grupo a

²⁸⁰ Sobre la diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo, Vid BARONA VILAR, S, junto a otros, *Tutela de los Consumidores y Usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.121-186.

que se refiere el art. 6.1.7º de la propia LEC junto a los requisitos objetivos para protección de sus derechos.

Con arreglo a los preceptos citados, y al art. 256.6 de la LEC, es claro que debe accederse a la solicitud de la asociación actora. Este precepto establece que todo juicio podrá prepararse "por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando no estando determinados sean fácilmente determinables..." disponiendo que el Tribunal adoptará las medidas oportunas en averiguación de los integrantes del grupo incluyendo el requerimiento del demandado para que contribuya a dicha determinación. Es evidente la imposibilidad o dificultad grave cuando menos para el demandante potencial de obtener los datos que solicita, debiendo estimarse el recurso, siendo el juzgador quien fije en su caso la caución exigible"²⁸¹.

H) Diligencias preliminares en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual.

a) Antecedentes

La Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual dispone que los Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades

²⁸¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 112/2004 de 23 de abril, JUR 2004\247420.

judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual. (Art.8.1).

Dicho esto, el art. 256.1., apartados 7º y 8º LEC, constituye otra de las novedades de la legislación procesal civil introducidas por Ley 19/2006, de 5 de junio, que, a su vez, dio nueva numeración al antiguo apartado 7º, que pasó a ser el 9º, ley por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios ²⁸². En la misma se admiten expresamente como diligencias preliminares casos ya reglamentados por otras leyes especiales, como la Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo (arts. 129 a 132), la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (por remisión a la primera, disposición adicional 1ª) y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 36), leyes que hoy día han sido ya objeto de las pertinentes

²⁸² << Esta Ley parte de lo dispuesto por la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, y resulta necesaria su aplicación. Como recoge su Exposición de Motivos, en España, la regulación de las medidas, procedimientos y recursos que garantizan el respeto a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, entendida en el sentido más amplio posible, además de las acciones de carácter penal previstas en los artículos 270 y siguientes del Código Penal que son aplicables, se contiene en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril ; en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

Las citadas Leyes Procesales y Sectoriales han de ser modificadas para completar la transposición de aquella norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico interno, de modo que se puedan ofrecer, en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial, medios adecuados y suficientes para su tutela jurisdiccional. Es decir se percibe un evidente reforzamiento de la protección de los derechos a que se refiere, los de propiedad intelectual e industrial, estableciendo para ello las normas procesales que facilitan la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

Y ello junto con la también necesidad de establecer medidas que faciliten la aplicación en España del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.>>. Ley 19/2006, de 5 de junio, que amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y establece normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE 6 junio 2006, núm. 134.

reformas. Pero colma la laguna que sobre esta institución existía en materia de propiedad intelectual ²⁸³. Así pues, será a los derechos de propiedad intelectual e industrial, que pueden verse infringidos a los que habrá que hacer siquiera una primera y somera referencia, es lo primero siguiendo los términos de las diligencias.

Esta serie de circunstancias ha motivado la natural controversia en la doctrina, básicamente originada por incluir en la LEC unas normas contenidas en Leyes especiales que ya gozaban de una cierta regulación de la materia. Dicha regulación tenía sus carencias, qué duda cabe, podríamos citar al respecto el TRLPI, incluso la Ley de Patentes ²⁸⁴.

Esta ampliación incorpora dos diligencias preliminares específicas, una, la diligencia dirigida a obtener información sobre los sujetos que han

²⁸³ << A diferencia de otras normas próximas por la materia, el TRLPI no contempló unas diligencias preliminares específicas para preparar un proceso civil en materia de propiedad intelectual. La regulación de las diligencias preliminares que introdujo la LEC suplía con ciertas dificultades aquella falta de previsión, pues) contempló un sistema cerrado de diligencias preliminares cuya aplicación a algunos procesos sobre propiedad intelectual podía exigir una forzada interpretación. Es cierto que algunas de las diligencias preliminares previstas inicialmente por la LEC podían ser adecuadas para la preparación de algunos procesos civiles en los que se solicitaba la tutela de derechos de propiedad intelectual (art. 256.1.1.º LEC para concretar la capacidad, representación o legitimación del eventual demandado; o art. 256.1.2.º LEC para solicitar la exhibición de la cosa --p. ej., la obra plástica-- que estuviera en poder del eventual demandado), pero para otro tipo de procesos --los que tenían por objeto una masiva infracción de derechos--, la regulación de la LEC suplía deficientemente aquella falta de previsión.>>. ARMENGOT VILAPLANA, ALICIA. *Las Nuevas Diligencias Preliminares y Las Normas sobre Prueba en Materia de Propiedad*. Diario LA LEY nº 6819, p.1.

Por su parte la jurisprudencia, entre sus resoluciones al respecto, dice: << (...) el Art. 256 L.E.C. ha sido recientemente modificado por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. En la Exposición de Motivos de dicha ley se dice que la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, considera necesario poder ofrecer, en el ámbito del proceso civil, cauces para obtener información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios en los que se concrete la infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial.(...)>>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª).Auto núm. 246/2008 de 5 diciembre JUR 2009\89075.

²⁸⁴ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las Nuevas Diligencias*, ob. cit., p. 2.

intervenido en la infracción de derechos sobre propiedad industrial o intelectual y sobre el alcance de esta última, regulada en el artículo 256.1.7º LEC. La segunda diligencia preliminar introducida por la Ley 19/2006 está dirigida a la exhibición de documentos, regulada a su vez, en el artículo 256.1.8º. LEC, a fin de preparar una determinada clase de procesos civiles, en los que se pretenda la tutela de derechos de propiedad intelectual o industrial. A estos efectos, el precepto dispone que quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial podrá solicitar “la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona la adopción de estas dos diligencias (previstas en el arts. 256.1.7º y 8º) a un presupuesto básico, cual es el de que las infracciones a los derechos de propiedad intelectual e industrial lo sean a escala comercial. A dichos efectos, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos. Esto va a suponer que la práctica de estas diligencias va dirigida a la preparación de procesos en los que estarán afectados una pluralidad de titulares de derechos, y en los que se podrá solicitar, entre otras medidas, el cese de la actividad ilícita, y la indemnización de daños y perjuicios²⁸⁵.

Quizás al hablarse de *preparación* (art.256.1. LEC), es decir, del fin al que responde el citado artículo 256.1 LEC, e introducirse estas

²⁸⁵ No obstante, esta limitación de las referidas diligencias preliminares a frenar los actos desarrollados a escala comercial no impedirá acudir a otras diligencias adecuadas para otra clase de procesos en materia de propiedad intelectual o industrial. Así, por ejemplo, en el caso de las diligencias preliminares que contempla la Ley de Patentes, sin perjuicio de las demás diligencias que contempla la LEC, como previene el artículo 129.1 de la LP.

nuevas diligencias preliminares, convendría detenerse en dicho término, que algún autor califica, en cuanto al apartado 1.7º de dicho artículo, como *de investigación preprocesal más propia de un proceso penal* ²⁸⁶.

Puede que lleve algo de razón a primera vista, pues el componente *preparatorio* aparece ciertamente como desdibujado, pero se olvidaría de ser así, que no lo es, lo dispuesto por el artículo 328.3 de la LEC, conforme al cual “en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales, o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presumen en poder del demandado”. Pero es que, además, por si alguna duda cupiese, el propio 256.1.7º *in fine* del mismo nos recuerda que “la solicitud de estas diligencias podrá extenderse al requerimiento de exhibición de todos aquellos documentos que acrediten los datos de los que el interrogatorio versa”. Y ni que decir tiene el carácter neurálgico, básico, del mismo en el apartado 1.7º.

A mi entender, preferiría hablar de una protección especialmente intensa que el legislador ha pretendido brindar a dichas diligencias preliminares, antes que de cualquier referencia penal, hasta el punto de que dicha evidente, intensa, protección se traduce en que, además de la finalidad de preparar la demanda, como indicábamos al principio, el documento/os, material en definitiva, así obtenidos, puedan también llegar a reportar al solicitante una utilidad estrictamente probatoria en el futuro proceso.

Esta circunstancia evidentemente, entiendo, viene ya contemplada y asumida por la vigente legalidad. La doble

²⁸⁶ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las nuevas diligencias* ob. cit., p.3.

configuración responde a la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual que, bajo la denominación de derecho de información, considera necesario poder ofrecer, en el ámbito del proceso civil, cauces para obtener información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios en los que se concrete la infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial, tal y como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2006. Por otra parte, ocioso es recordarlo, las diligencias preliminares nada tienen que ver con el procedimiento penal.

En relación con lo anterior, la Exposición de Motivos de la antedicha ley señala que la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 bajo la denominación de derecho de información considera necesario poder ofrecer, en el ámbito del proceso civil, cauces para obtener información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios en los que se concrete la infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial. La ley encauza la posibilidad de instar de un órgano jurisdiccional civil el requerimiento de esta información a través de una nueva diligencia preliminar dentro del artículo 256 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien limita su posibilidad a una infracción de un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial cometida mediante actos llevados a cabo a escala comercial, esto es, aquéllos actos realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos.

Ese derecho de información, que versa sobre aquellos sujetos que han intervenido en la infracción, así como sobre el alcance o importancia

de la misma ²⁸⁷, según señala dicha diligencia preliminar en su apartado 7º, cuando no solo se refiere a los sujetos que indica, sino también a las cantidades producidas. Por su parte, el apartado 8º hace referencia a documentos.

La doctrina en general ha acogido bien estas dos nuevas diligencias, máxime como puntualiza algún autor la alusión a las dos medidas merece un juicio positivo, ya que en un sistema de *numerus clausus*, y en ello entiendo lleva razón, resulta precisa la minuciosidad en la enumeración de las diligencias preliminares admisibles ²⁸⁸.

²⁸⁷ Al efecto dicha Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, en su artículo 8, dispone que: “1. Los Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que: a) haya sido hallada en posesión de las mercancías litigiosas a escala comercial; b) haya sido hallada utilizando servicios litigiosos a escala comercial; c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras, o d) haya sido designada por la persona a que se refieren las letras a), b) o c) como implicada en la producción, fabricación o distribución de dichas mercancías o en la prestación de dichos servicios.

2. Los datos a los que se refiere el apartado 1 incluirán, según proceda: a) los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y otros poseedores anteriores de las mercancías o servicios, así como de los mayoristas y minoristas destinatarios; b) información sobre las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, así como sobre el precio obtenido por las mercancías o servicios de que se trate.

3. Los apartados 1 y 2 se aplicarán sin perjuicio de otras disposiciones legales que: a) concedan al titular derechos de información más amplios; b) regulen la utilización de los datos que se comuniquen con arreglo al presente artículo en procedimientos civiles o penales; c) regulen la responsabilidad por abuso del derecho de información; d) ofrezcan la posibilidad de negarse a facilitar datos que obliguen a la persona a la que se refiere el apartado 1 a admitir su propia participación o la de sus parientes cercanos en una infracción de un derecho de propiedad intelectual, o e) rijan la protección de la confidencialidad de las fuentes de información o el tratamiento de los datos personales”.

²⁸⁸ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias* ..., ob. cit. p. 23.

<< (...). Pues bien, atendiendo a este planteamiento previo e inicial, puede ya anticiparse que la diligencia preliminar interesada ha de declararse procedente en aplicación del artículo 256.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 25.21 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no obstante reconocer que la concreta diligencia solicitada no se encuentra comprendida en la relación que contempla el apartado 1 –en sus seis primeros supuestos– del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sí es incardinable en el 7º de ellos en la medida en que si bien es cierto que las diligencias preliminares a las que se refiere el

En el mismo sentido positivo se pronuncia también otros autores²⁸⁹, al decir que ante todo conviene apuntar que se trata de dos diligencias adecuadas para la preparación de procesos civiles en los que se pedirá la tutela de derechos de propiedad intelectual o industrial que hayan sido infringidos a escala comercial.

En realidad, pertenecen a su regulación lo que se conoce como actos de piratería musical y audiovisual. También será útil esta diligencia para solicitar la cesación de actos consistentes en fabricar y distribuir productos que infrinjan la propiedad industrial.

Evidentemente la nueva regulación no supone un primer tratamiento del problema, pero sí encierra una más completa regulación. Existía una aplicación supletoria de la LEC en ámbitos como el de la Ley de Propiedad Intelectual, no fácil dado que lo era a través del antiguo apartado 7º, y de las consiguientes interpretaciones en este caso de la indicada Ley especial. La jurisprudencia ya había tenido ocasión de pronunciarse al respecto, fluctuando, en definitiva, sus resoluciones entre

artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituyen «numerus clausus» no es menos cierto que debe hacerse una interpretación flexible de cada uno de los supuestos legales. De esta manera, el número 7 del apartado 1 del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que todo juicio podrá prepararse «por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes Leyes especiales», y, en este sentido, el artículo 25.21 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que «los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo; en consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas». Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª), Auto núm. 69/2006 de 15 noviembre, AC\2006\2188.

²⁸⁹ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las Nuevas Diligencias Preliminares...*, ob. cit. p. 1.

una interpretación flexible, la analogía, y otra interpretación rígida de las normas ²⁹⁰.

En definitiva, la diferencia que mantiene la doctrina en torno a estas diligencias preliminares radica en torno al carácter de la aplicación de la

²⁹⁰ << (...) la diligencia preliminar interesada ha de declararse procedente en aplicación del artículo 256.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 25.21 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no obstante reconocer que la concreta diligencia solicitada no se encuentra comprendida en la relación que contempla el apartado 1 –en sus seis primeros primeros supuestos– del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sí es incardinable en el 7º de ellos en la medida en que si bien es cierto que las diligencias preliminares a las que se refiere el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituyen «numerus clausus» no es menos cierto que debe hacerse una interpretación flexible de cada uno de los supuestos legales. De esta manera, el número 7 del apartado 1 del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que todo juicio podrá prepararse «por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes Leyes especiales», y, en este sentido, el artículo 25.21 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que «los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo; en consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas >>».

La Sentencia de fecha 21 de marzo de 2005, dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, ha integrado e interpretado de forma armónica ambos preceptos permitiendo, de esta manera, la práctica de diligencias preliminares análogas a las solicitadas (...). En este sentido, la remisión prevista en el artículo 256.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil alcanzaría no solo a las diligencias preliminares específicamente reguladas en otras Leyes especiales, como las de patentes y competencia desleal antes mencionadas, sino también a las que se inducen de los específicos deberes de colaboración e información que se imponen a los deudores del canon por copia privada frente a las entidades de gestión, acreedores de este derecho de crédito, al amparo del artículo 25.21 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª), Auto núm. 69/2006 de 15 noviembre, AC 2006\2188.

<< (...) Según doctrina y jurisprudencia, cabe definir las denominadas diligencias preliminares como aquellas actuaciones a través de las que la parte que las solicita trata de obtener la información necesaria para preparar un proceso en defensa de sus derechos o intereses legítimos, pero no puede considerarse que se trata de diligencias indeterminadas o indefinidas, sino que, al igual que acontecía con las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, es claro que estamos ante diligencias determinadas, esto es "numerus clausus"; de ahí que, a salvo las previstas en el citado artículo 256, y las que se recojan en las leyes especiales (art. 256 núm. 1,7), no caben otras diligencias que no sean las en dicho precepto prevista. (...) >>. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), Auto núm. 27/2009 de 21 abril, JUR 2009\293961.

regulación especial y la general, en concreto si esta última es supletoria de aquella.

b) El interrogatorio sobre actividades infractoras de derechos sobre propiedad industrial e intelectual.

Conforme al art. 256. 1. 7º LEC, quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial podrá solicitar diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial.

Más en concreto, la información a obtener podrá versar sobre los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías (art. 256. 1. 7º, I, a LEC); sobre los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios (art. 256. 1. 7º, I, b LEC); y sobre las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías (art. 256. 1. 7º, I, c LEC).

Así mismo, la anterior información puede obtenerse mediante el interrogatorio de los eventuales partícipes en la actividad infractora de derechos sobre propiedad industrial e intelectual. En este sentido, la ley precisa que podrá solicitarse el interrogatorio de quien el solicitante considere autor de la violación; de quien, a escala comercial, haya prestado o utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual; de quien,

a escala comercial, haya utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual; o de aquel a quien los anteriores hubieren atribuido intervención en los procesos de producción, fabricación, distribución o prestación de aquellas mercancías y servicios (art. 256. 1. 7º, II LEC).

Por lo demás, la solicitud de esta diligencia podrá extenderse al requerimiento de exhibición de todos aquellos documentos que acrediten los datos sobre los que el interrogatorio verse (art. 256. 1. 7º, III LEC).

La finalidad última del interrogatorio que se efectúa a los citados sujetos consistirá en el hecho de que pueda concretarse, partiendo de las declaraciones de los infractores conocidos, la identidad de los responsables principales de las actividades de producción y distribución de mercancías ilícitas. O dicho de otra manera, la dificultad que entraña la práctica de esta diligencia no está tanto en la determinación de los posibles legitimados para la práctica del interrogatorio, cuanto en la localización de los mismos para la realización del acto del requerimiento.

Como es sabido, las diligencias preliminares introducidas por la Ley 19/2006 están destinadas a perseguir la conocida vulgarmente como piratería industrial e intelectual, por lo que el interrogatorio que se prevé en el artículo 256.1.7º. de la LEC podría practicarse con las personas involucradas en menor medida en esa actividad ilícita -quienes distribuyen de forma ambulante, frecuentemente, o también en establecimientos comerciales, las mercancías ilícitas- para poder concretar a partir del interrogatorio, a los responsables en mayor medida de la red de producción o distribución ²⁹¹.

²⁹¹ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las nuevas diligencias preliminares y las especialidades en materia probatoria ...*, ob. cit., p.18.

En lo referente al interrogatorio, hay que tener en cuenta como notas más significativas del mismo, además de la de hacer constar la diligencia que se solicita; la adecuación con respecto al proceso que pretenda iniciar con posterioridad; el domicilio o domicilios de la persona o personas a las que deba dirigirse el preciso requerimiento; las razones por las que se estime que debe concederse la práctica de aquélla, y la concurrencia de interés legítimo y justa causa para ello.

En la solicitud deberán incluirse los datos o preguntas sobre los que versará el interrogatorio a efectuar o, en su caso, la referencia a los documentos cuya exhibición se solicite.

Las preguntas que eventualmente se formulen tendrán por objeto la averiguación de cuantos datos se desconozcan con relación a la procedencia y canales y distribución de las mercancías o servicios infractores del derecho de propiedad intelectual o industrial. El interrogatorio concretamente se centrará en la determinación de las identidades y domicilios de todos los intervinientes en la producción y distribución de aquellos, así como en los datos referentes a las cantidades producidas y, sobre todo, a los beneficios obtenidos con tales actuaciones infractoras.

El interrogatorio podrá efectuarse a puerta cerrada, tal y como dispone para estas diligencias el artículo 259.3 de la LEC, a fin de garantizar la confidencialidad de la información requerida. Si bien esta decisión se adoptará a solicitud de cualquier persona que alegue un interés legítimo para ello, hay que tener en cuenta que, como dispone el artículo 138.3 de la LEC, antes de acordar la celebración a puerta cerrada el tribunal oirá a las partes que estuvieran presentes en el acto, adoptando la resolución la forma de auto y sin que contra él sea admisible recurso alguno.

c) La exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros en materia de infracción de derechos sobre propiedad industrial o intelectual.

Con esta diligencia preliminar se trata de facilitar la prueba documental de forma que se pueda requerir al demandado, a fin de que exhiba aquellos documentos que tenga en su poder y que fueren relevantes para la resolución del proceso posterior.

El apartado 3. del art. 328 de la LEC, introducido por la Ley 19/2006, de 5 de junio, ya recoge la obligación de exhibición documental entre partes. Conforme al mismo, “en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado”²⁹².

En lo referente a la diligencia preliminar del apartado 1.8º del artículo 256 LEC, ésta, como la misma dispone, se inicia por petición. En ella es preciso indicar qué tipo de documento se requiere de exhibición, bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, así como el periodo de tiempo en el que se estima han sido producidos o emitidos y el sujeto responsable de la infracción y eventual demandado.

Así mismo, deberá expresarse la adecuación de esta diligencia preliminar con el proceso que se pretende iniciar, la concurrencia además de justa causa e interés legítimo, es decir la imposibilidad de obtención de

²⁹² A lo que añade que “La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieren carácter confidencial”

los indicados documentos por el propio solicitante, así como el ofrecimiento de caución para responder de los daños y perjuicios causados al requerido.

Además, la solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción, que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se materialice aquella infracción ²⁹³.

La justificación última de esta medida es el hecho de que quien pretenda iniciar un proceso judicial para reparar el daño causado por las vulneraciones cometidas, deberá conocer con exactitud la cuantía de los beneficios fraudulentamente obtenidos ²⁹⁴.

Cuando se produce una infracción a escala comercial es presumible que el responsable obtenga unos ingresos notables, cuya cuantía exacta sea muy difícil de determinar, si no se puede acceder a los documentos que acreditan las transacciones comerciales efectuadas o los ingresos efectuados en las cuentas bancarias. Del mismo modo, no se puede pasar por alto el hecho de que la indemnización que el actor puede

²⁹³ Un principio de prueba de la <<realidad de la infracción>>, como dice textualmente la Ley. A propósito de tal afirmación, la profesora ARMENGOT VILAPALANA matiza que el texto legal debería decir más bien <<de la probabilidad de la infracción >>. Efectivamente, razona <<la aportación de un principio de prueba ... es una característica propia de la tutela judicial cautelar porque la concesión de la misma supone imponer unos efectos jurídicos al sujeto pasivo de las medidas antes de que se haya la ilicitud de su conducta. La tutela judicial cautelar implica decidir con cierta inseguridad - antes de que se practique prueba y se demuestre la realidad de la infracción- y ello exige que el tribunal por el solicitante, pueda formarse un juicio provisional e indiciario de la probabilidad de la infracción>> ARMENGOT VILAPALANA, A., <<Las nuevas diligencias preliminares y la norma sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial>>, Diario La ley, nº 6819, de 13 de noviembre de 2002, pp. 1.062-1.063.

²⁹⁴ LARENA BELDERRAIN, Javier, *Las diligencias preliminares en materia de propiedad industrial e intelectual*, Revista Vasca de Administración Pública, 2010. Mayo-Diciembre 87-88, p. 701.

solicitar vendrá delimitada en gran medida por los beneficios que el infractor haya obtenido como consecuencia de su actividad ilícita ²⁹⁵.

Más allá de la diligencia preliminar descrita, se completan estas actuaciones con la posibilidad de que se soliciten, si se estima necesario, medidas de aseguramiento de la prueba o, incluso la anticipación de la práctica de algún medio probatorio concreto ²⁹⁶.

Con ello, se desdibujan las diferencias entre las diligencias preliminares y las pruebas. Así se ha percibido en la jurisprudencia menor, en la que se manifiesta que "cuando de la protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial se trata, la nueva ley ha pretendido reforzar la posición del futuro demandante proporcionándole la posibilidad de contar, con anterioridad a la interposición de su demanda, con materiales en los que la distinción entre la finalidad estrictamente "preparatoria" que ha constituido característica tradicional de las diligencias preliminares y la utilidad "probatoria" de esos mismos materiales aparece ciertamente difuminada, pues no en vano se introduce en el Art. 328 L.E.C., dedicado a la prueba documental, un apartado 3 cuyo contenido es prácticamente idéntico al del apartado 8º del Art. 256-1. (...). El acceso a los documentos bancarios, financieros o comerciales que estén bajo el control del presunto infractor es regulado como el contenido propio de otra nueva diligencia preliminar, también en este caso en relación con infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial cometidas mediante actos realizados con fines comerciales. El contenido de esta diligencia preliminar también se configura como

²⁹⁵ LÓPEZ SANCHEZ, J., << Las nuevas diligencias en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado <<derecho de información >> y la exhibición de documentos comerciales >>. Diario La Ley, nº 6429, 24 de febrero de 2006. p.1.495.

²⁹⁶ LARENA BELDERRAIN, Javier, *Las diligencias preliminares ...*, ob. y loc. cit.

diligencia de prueba para facilitar la obtención de pruebas en el curso de un procedimiento judicial..." ²⁹⁷.

I) Diligencias y averiguaciones para la protección de determinados derechos previstas en leyes especiales

El anterior apartado 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es ahora el 9º ²⁹⁸ que queda con idéntica redacción que la anterior: *por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales.*

El reiterado mantenimiento de estas diligencias preliminares sigue obedeciendo, a dos razones o motivos. Por un lado, que las *particularidades* de estas diligencias preliminares recogidas en leyes especiales no solo se extendían a su contenido y finalidad, sino también, y sobre todo, a su procedimiento de realización y efectos, lo que dificultaba -y dificulta evidentemente- enormemente la construcción de un régimen único para ellas y las diligencias preliminares clásicas ²⁹⁹. El artículo 263 LEC es su prueba más evidente al decir que “cuando se trate de las diligencias a que se refiere el artículo 256.1.9º los preceptos de este capítulo se aplicarán en lo que no se oponga a lo dispuesto en la legislación especial sobre la materia de que se trate”.

El segundo motivo o razón para el mantenimiento de las regulaciones especiales es “la inestabilidad que previsiblemente puede

²⁹⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 47/2012 de 16 marzo. AC 2012\773.

²⁹⁸ La Ley 19/2006, de 5 de junio, entre las reformas introducidas, ha dado nueva numeración al antiguo apartado 7º., del artículo 256.1 de la LEC, que pasa a ser el 9º del mismo.

²⁹⁹ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencia Preliminares*, ob. cit. pp. 90-91.

tener su regulación, dado que por las materias a que se refiere, el paso del tiempo puede hacer necesaria la incorporación de diligencias nuevas o la introducción de modificaciones en su normativa”³⁰⁰.

En nuestro ordenamiento entre esas leyes especiales destacan las que regulan la propiedad industrial e intelectual. En España, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 19/2006, la regulación de las medidas, procedimientos y recursos que garantizan el respeto a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, además de las acciones de carácter penal previstas en los artículos 270 y siguientes del Código Penal que son aplicables, se contiene en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Junto a ellas cabría mencionar también la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* (art. 24)³⁰¹.

La regulación principal de las contenidas en las leyes especiales es la que efectúa la Ley de Patentes en sus arts. 129 a 132, en cuanto que a ella se remiten otras leyes especiales.

Así, la Ley de Competencia Desleal, en su artículo 36 (copia del artículo 24 del texto legal original), introducido por la ley 29/2009, de 30 de diciembre, tras disponer que "quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento

³⁰⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias Preliminares*, ob. cit. p. 91.

³⁰¹ Hoy Capítulo IV redactado por el apartado once del artículo primero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios («B.O.E.» 31 diciembre), que reproduce en su art. 36 el contenido del anterior art. 24 LCD.

resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio”, añade que “dichas diligencias se sustanciarán de acuerdo con lo previsto en los arts. 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y podrán extenderse a todo el ámbito interno de la empresa”.

La Ley de Marcas igualmente se remite a la Ley de Patentes, al decir que las normas vigentes contenidas en el Título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, serán de aplicación a las distintas modalidades de signos distintivos regulados en la presente Ley, en todo aquello que no sea incompatible con su propia naturaleza, a excepción del artículo 128 de dicha Ley (Disposición adicional primera).

Y se remite también la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, al establecer que las normas contenidas en el título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes serán de aplicación en lo relativo al ejercicio de acciones derivadas de la presente Ley y a la adopción de medidas provisionales y cautelares, en todo aquello que no sea incompatible con lo previsto en la misma (Disposición adicional primera).

Ahora, el sistema de determinación de las diligencias preliminares admisibles es radicalmente distinto en el caso de las diferentes leyes especiales. Así, la Ley de Patentes –a las que se remiten globalmente la Ley de Marcas y la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial- es claramente restrictiva en la determinación de las diligencias admisibles, pues aún sin establecer expresamente un cerrado elenco legal, la regulación efectuada viene a circunscribir las diligencias adoptables al examen o inspección y a la descripción de máquinas, dispositivos, procedimientos o instalaciones (art. 130.3 LP). La reforma operada por la Ley 19/2006 ratifica ese sistema, pues al dar nueva redacción al art. 129.1 LP, establece que podrán adoptarse, además de aquellas diligencias de comprobación de hechos establecidas en la LP, las diligencias previstas en el art. 256.1 de la

LEC. Por el contrario, la Ley de Competencia Desleal efectúa una regulación abierta y, por tanto, más amplia de diligencias preliminares admisibles³⁰².

Sin embargo, las dos regulaciones especiales presentan como común denominador el carácter restrictivo de sus presupuestos. Las diligencias de comprobación de hechos no tienen por finalidad y objeto preconstituir pruebas, sino la comprobación de un hecho, y solo en el caso de que la vulneración no pueda comprobarse por otro medio. Eso es claramente así en las diligencias de comprobación de hechos reguladas en la Ley de Patentes, estableciéndose así expresamente en el art. 129. 3 LP, según el cual estas diligencias solo pueden acordarse cuando “sea presumible la violación de la patente y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin recurrir a las diligencias solicitadas”.

Por lo demás, así lo confirma la jurisprudencia menor, constituyendo buen botón de muestra de lo anterior el AAP Barcelona de 12 de septiembre de 2008. Con arreglo al mismo <<las diligencias de comprobación de hechos reguladas en los arts. 129 y siguientes de la Ley de Patentes (preceptos éstos en los que la solicitante podría amparar su pretensión, más que en los apartados 7º y 8º del art. 256.1 LEC) no tienen por finalidad y objeto procurar un dictamen por un perito de designación judicial con anterioridad a la demanda de violación, sino la comprobación de ésta, y sólo se permiten cuando no sea posible comprobar la vulneración del derecho por otro medio. Si no concurre este requisito, porque, como es el caso, la titular del derecho puede adquirir por sí la

³⁰² BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil*, ob. cit. Tomo III-2, p. 5-26.

Según ha señalado el Tribunal Supremo, << el susodicho procedimiento, llamado en la Ley de Patentes «Diligencias de comprobación de los hechos» no es el único y exclusivo del que necesariamente ha de valerse el titular de la patente frente al que crea que lo lesione. La Ley no establece en ningún precepto esos caracteres de exclusividad e imperatividad, lo que sería obvio ante tamaña restricción al principio de la libertad de pruebas>>. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Iª, Sentencia núm. 129/2005 de 4 marzo, RJ 2005\1775).

realización presuntamente infractora y someterla a un dictamen pericial, para ser aportado con su futura demanda, las diligencias carecen de justa causa y no encajan en la previsión legal. Y esto es lo que sucede en el caso presente, en el que la titular, por los argumentos que ofrece en la solicitud y sobre todo en el recurso, no pretende sino obtener un dictamen pericial anticipado a la vista y examen de un producto que puede obtener por sí misma en el mercado>>³⁰³.

Por otra parte, los mismos requisitos son predicables de las diligencias preliminares previstas en la Ley de Competencia Desleal. Ciertamente es que ésta no lo establece expresamente, pero así puede deducirse de la remisión de aquella a la Ley de Patentes (art. 36. 2 LCD). Así se entiende, además, en la jurisprudencia menor.

En este sentido, el AAP Barcelona de 5 de febrero de 2009 mantiene que <<para poder acordarse estas diligencias es necesario que concurren dos circunstancias: 1º que, dadas las circunstancias del caso, sea presumible que se han realizado los actos de competencia desleal denunciados; y 2º que no sea posible comprobar la realidad de estos ilícitos concurrenciales sin recurrir a las diligencias solicitadas (art. 129.3 LP en relación con el art. 24 LCD)>>³⁰⁴.

De ello se desprende el carácter restrictivo que marca la regulación de las diligencias preliminares en las leyes especiales, claramente establecido por la Ley de Patentes, según se desprende de los términos antes transcritos, pero que resulta también aplicable a las diligencias preliminares reguladas en la Ley de Competencia Desleal. Así, la SAP de

³⁰³ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 301/2008 de 12 septiembre, JUR 2009\41925.

³⁰⁴ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 43/2009 de 5 febrero, JUR 2009\172674. En el mismo sentido, Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, Auto de 11 junio 2010, AC 2011\1678.

Granada, de 6 de mayo de 2002 señala que << no es de recibo, en una interpretación laxa del artículo 24 de la Ley de Competencia Desleal, que se aparta de su espíritu, recto sentido y de su verdadera finalidad (artículo 3.1 del Código Civil, el buscar en las Diligencias Preliminares, alterando su estructura procesal, la práctica de una verdadera prueba que de llevarse a cabo en el litigio que las mismas tienden a preparar. Por ello, las Diligencias Preliminares han de ser las precisas para comprobar aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio. Criterio restrictivo, que lo advera el párrafo Tercero del artículo 129 de la Ley de Patentes, al que remite el segundo del artículo 24 de la Ley De Competencia Desleal>>³⁰⁵.

En el mismo sentido, el AJMe de Pontevedra de 11 de junio de 2010, con cita de otras resoluciones judiciales que se pronuncian en la misma dirección, dice “en palabras del AJM número 2 de Madrid de 26-10-05, " *junto a la concurrencia de indicios de la violación* de que se trate, el art. 129-3 de la Ley de Patentes, al que se remite el art. 24-2 LCD , *exige ineludiblemente para justificar la práctica de diligencias de comprobación que resulte imposible comprobar la realidad de la violación sin recurrir a las mismas*, siendo de destacar que la propia dicción legal empleada *nos proporciona, al igual que el presupuesto de la " indispensabilidad objetiva " del art. 24, una idea bastante aproximada del grado de rigor y excepcionalidad con que debe valorarse la concurrencia de los aludidos requisitos en atención a los riesgos que para la privacidad de los procesos*

³⁰⁵ Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), Sentencia núm. 386/2002 de 6 mayo, JUR 2002\177655.

industriales pudiera comportar una hermenéutica flexible o un mayor o menor grado de lenidad judicial en torno a dicho particular”³⁰⁶.

Es evidente la problemática que encierra la existencia de múltiples leyes especiales. En un momento dado, como el de la aparición de las presentes diligencias preliminares, pueden producir y de hecho producen evidentes desajustes.

La pluralidad de regulaciones de las diligencias preliminares en textos legislativos distintos suscita un problema de contradicción entre la normativa del régimen general (representada por los artículos 256 a 262 de la LEC), y la normativa de las leyes especiales, representada principalmente por la Ley de Patentes³⁰⁷. En el ámbito de la propiedad intelectual la problemática no se plantea, al no regularse las diligencias preliminares en la legislación especial. El TRLPI no contempló específicamente aquéllas de cara a un futuro proceso. Era el recurso a la

³⁰⁶ Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, Auto de 11 junio 2010, AC 2011\1678. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), Auto núm. 2097/2008 de 16 octubre, JUR 2009\13286.

³⁰⁷ “... la Ley de Patentes regulo unas diligencias de comprobación de hechos cuya virtualidad quedaba limitada a comprobar la adecuación de ciertos instrumentos (maquinaria, instalaciones) para realizar una infracción del derecho de patente. Y esa diligencia de comprobación de hechos podía solicitarse también para la preparación de los procesos en los que se solicitare la tutela judicial del derecho de marca (Disposición Adicional primera de la LM). El problema, en ambos casos, seguía siendo la inadecuación de esta diligencia preliminar (art. 130 LP) para la preparación de procesos civiles por infracciones masivas de los derechos de propiedad industrial.”. ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *Las Nuevas Diligencias Preliminares...*, ob. cit., p. Introducción: las características de las nuevas diligencias preliminares y la técnica legislativa para su regulación.

La redacción del artículo 129 LP vigente hasta el 06-06-2006, disponía que : “1. La persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al Juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente”.

El citado art. 129, Ap. 1, LP fue modificado por el art. 3.3 de Ley 19/2006, de 5 de junio, al mismo tiempo que, por la misma Ley, se introducen los apartados 7º y 8º del art. 256.1 de la LEC, con lo que ambas Leyes sufren evidentemente una ampliación, complementándose hasta cierto punto, pues es evidente que la primera amplía sus posibilidades al remitirse a la LEC al añadir a dicho Ap. 1, el extremo “ ..., sin perjuicio de las que puedan solicitarse al amparo del artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ello lo distingue significativamente de la anterior, pues tratándose de una ley especial se remite también a la LEC “.

LEC el que de alguna forma suplía dicha falta de previsión. Algunos de los supuestos previstos por el artículo 256.1 LEC, como el 1º, y el 2º le eran útiles.

Sin embargo, sí se contiene una regulación de las diligencias preliminares en otras leyes especiales. La Ley de Patentes la establece en sus arts. 129 a 132 LP, siendo además la regulación principal, en cuanto que a ella se remiten otras leyes especiales y esa duplicidad normativa genera dificultades de coordinación. En este sentido, se ha señalado que << (...) la técnica legislativa utilizada en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil consistente en la aplicación de la normativa general en la medida que no se oponga a la legislación especial va a ocasionar desajustes En unos casos, la no aplicación de las normas contenida en la ley procesal civil será evidente, por la clara contradicción entre la regulación general y la especial al existir dos normas legales expresas y contradictorias. Sin embargo en otros supuestos, el problema surgirá porque la integración de la laguna de la ley especial con la aplicación de la norma general puede ser contraria al espíritu o naturaleza de aquella, suscitando en consecuencia dificultades la labor hermenéutica >>³⁰⁸.

Considero acertado el criterio mostrado por algún autor, consistente en integrar dentro del régimen jurídico general³⁰⁹ aquellas especialidades que se consideran dignas de subsistencia³¹⁰, y cuyo abandono puede conducir a consecuencias claramente contrarias al objetivo de conseguir una mayor simplificación procesal así como de

³⁰⁸ BELLIDO PENADÉS, R., *El Proceso Civil sobre Competencia Desleal*, (Aproximación a la incidencia de la LEC de 2000 y de la Ley de Marcas de 2001), Cívitas, 2002, p. 143.

³⁰⁹ Remite BELLIDO PENADÉS para un análisis de las diligencias en la nueva LEC a su estudio, *Las Diligencias preliminares*, en *Proceso Civil práctico* (dir. Gimeno Sendra), con otros, *La Ley*, T-III, agosto 2001, pp.5-121 a 5-125.

³¹⁰ BELLIDO PENADÉS, R., << Incidencias del Anteproyecto de la LEC... >>, en *Jornadas nacionales.....*, Murcia, 1997, pp. 118 y ss.

erradicar la prolija complejidad de nuestro sistema procesal civil, en buena medida debida a las numerosas *adendas procesales* introducidas por las modernas leyes especiales. De hecho, el abandono de dicho método genera discordancias.

Evidentemente entiendo no es desdeñable, podría ser una solución, pero la introducción de una ley especial obedece a la constatación de una situación particular, especial, que requiere, pautas diferentes a la generalidad, por lo que no se puede descartar su propia existencia e importancia.

Otros autores, se decantan por su íntegra regulación en sus propias leyes especiales (LP, TRLPI), a las cuales se remitiría sin necesidad de modificación alguna, el art. 256.1 antiguo ap.7º de la LEC (hoy ap. 9º) ³¹¹. Pero la realidad es que el que el legislador haya pasado a regular estas nuevas diligencias en la LEC, no afecta a la preeminencia de la legislación especial (art. 256.1.9º en relación con el art. 263 todos de la LEC), a la que no deja de remitirse por ello.

La problemática se acentúa más entre las diligencias de comprobación de hechos de la Ley de Patentes, que son reguladas en sus artículos 129 a 132, y las diligencias preliminares que pueden solicitarse a través de los apartados 7º y 8º del artículo 256 LEC. La jurisprudencia se pronuncia al respecto de estas diligencias preliminares previstas en el art. 256. 1. 7º LEC, reiterando y resumiendo en sus resoluciones los requisitos que en las mismas se exigen por imperativo legal, que son básicos, justa causa e interés legítimo, y especialmente el requisito de que se trate de *actos desarrollados a escala comercial*,

³¹¹ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las Nuevas Diligencias Preliminares ...*, ob. cit. 1. Introducción.

además de la exposición de la finalidad que con ella persigue su solicitante
312

Al respecto, el artículo 263 LEC (redactado por la Ley 19/2006, de 5 de junio), relativo a las diligencias preliminares previstas en leyes especiales, dispone que “cuando se trate de las diligencias a que se refiere el artículo 256.1.º, los preceptos de este capítulo se aplicarán en lo que no se oponga a lo dispuesto en la legislación especial sobre la materia de que se trate”.

Como dice la Ley 19/2006, de 5 de junio, en el apartado IV de su Exposición de Motivos, como quiera que la modificación que efectúa se hace *en beneficio de una mayor claridad del régimen aplicable, conviene precisar en el artículo 129 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, que las diligencias de comprobación de los hechos previstas en esta Ley se entienden sin perjuicio de las diligencias preliminares reguladas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

³¹² << (...) Las diligencias preliminares que reproducen las contempladas en el artículo 256.1.º LEC tienen por objeto, en lo sustancial, obtener información sobre las cantidades que se hubieran producido y cantidades satisfechas como precio de los chalecos y las personas que intervinieran en la fabricación, importación y suministro de los chalecos.

(...) Ya hemos analizado el primero de los presupuestos para la adopción de las diligencias de comprobación (en este caso nos remitiríamos a la exigencia de justa causa e interés legítimo, que se desprenden de la titularidad de los derechos y del dictamen aportado). Los apelados discuten también la necesidad de las diligencias que comentamos. Ninguna duda cabe sobre la necesidad de acudir a las diligencias para conocer la participación de otras empresas en la fabricación o importación de los chalecos. No es posible obtener dicha información de otro modo, por lo que debe accederse a la solicitud en este aspecto, (...).

No obstante, nada impide que las diligencias de comprobación sirvan, en el ámbito de la propiedad industrial o intelectual, para preparar este aspecto de la demanda con mayor precisión y exactitud, dado que las diligencias analizadas fueron introducidas por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se da cumplimiento a la obligación de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, cuyo objetivo es aproximar las legislaciones de los miembros de la Unión Europea para garantizar un nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual elevado y homogéneo. La reforma persigue la ampliación de los medios de tutela, y ha sido decisión del legislador el que las medidas contempladas en la Directiva se integren procesalmente como diligencias preliminares, por lo que debemos interpretar su alcance del modo que garantice en mayor medida su efectividad. (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 155/2011 de 10 noviembre, JUR 2011\415655.

A su vista, no cabe duda de que la persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al Juez que, con carácter urgente, acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente.

Esto solo podrá acordarse cuando sea presumible la violación de la patente y, entiendo, a la vista de lo expuesto, no sea posible comprobar la realidad de la misma sin recurrir con carácter previo a dichas diligencias preliminares, pues además han constituido cuerpo propio, no estando ya contempladas como leyes especiales en el elenco previsto por la LEC, en su apartado 1.º, del artículo 263³¹³.

³¹³ << (...) cuando de la protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial se trata, la nueva ley ha pretendido reforzar la posición del futuro demandante proporcionándole la posibilidad de contar, con anterioridad a la interposición de su demanda, con materiales en los que la distinción entre la finalidad estrictamente "preparatoria" que ha constituido característica tradicional de las diligencias preliminares y la utilidad "probatoria" de esos mismos materiales, aparece ciertamente difuminada, pues no en vano se introduce en el Art. 328 L.E.C., dedicado a la prueba documental, un apartado 3 cuyo contenido es prácticamente idéntico al del apartado 8º del Art. 256-1. Por lo tanto, el hecho de que, junto a la finalidad de preparar la demanda, el material así obtenido pueda también llegar a reportar a la entidad solicitante una utilidad estrictamente probatoria en el futuro proceso es circunstancia ya contemplada y asumida por la vigente legalidad y no constituye por ello una razón capaz de justificar la denegación de la diligencia en cuestión.

(...) debe de tenerse en cuenta que los Arts. 129 a 132 de la Ley de Patentes regulan un trámite especial denominado "diligencias de comprobación de hechos" caracterizado por la constitución personal del juez, asistido de perito/s, en las instalaciones de la entidad contra quien se dirigiría eventualmente la demanda con el fin de llevar a cabo una inspección de aquellos elementos allí existentes mediante los cuales pueda estarse cometiendo la infracción de cuya futura e hipotética persecución haya de tratarse. Nada parecido, pues, a las diligencias contempladas por el Art. 256.1, 7º y 8º de la L.E.C. Y la trascendencia de esa diferencia no es meramente ritual o formal. La opción por el trámite del Art. 256.1, 7º y 8º priva a los sujetos a quienes se ha de requerir de algunas de las garantías o posibles ventajas que dispensa, pese a su naturaleza urgente y expeditiva, el tipo de actuación diseñado por los Arts. 130 a 132 de la Ley de Patentes. En efecto, de accederse a la práctica de la diligencias anteriormente mencionadas en sus propios términos (que no se fundan -se insiste- en los Arts. 130 a 132 L.P. mencionados, sino en el Art. 256-1, 7º y 8º L.E.C.,...), una vez dictada la resolución judicial acordando requerir para el suministro de las informaciones (...), dichas entidades deberían de proceder, sin más, a proporcionar dicha información. De este modo : 1.- Desaparecería para ellas la posibilidad de que, apreciada "in situ" por parte del juez la improbabilidad de que los elementos inspeccionados (o de alguna parte de ellos) sirvan para reflejar la infracción de la patente, todo ello con la debida asistencia pericial directa y previa audiencia personal de los responsables de dichas entidades allí presentes, acordase aquel dar por terminada, en todo o en

De ello se desprende que hay dos tipos de posibilidades. Por una parte, la prevista por los artículos 129 y ss. de la Ley de Patentes, a través de la que se solicite información, es decir, la de que la persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente pida al juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente. Y sus correspondientes características y consecuencias derivadas del uso por el solicitante de aquella posibilidad; que, a su vez, es entendida por la doctrina, más próxima al aseguramiento de la prueba.

Y, por otra parte, está la posibilidad que encierra el artículo 256.1.7º LEC que se refiere al derecho de propiedad industrial, a través del cual se persigue la obtención de información sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad industrial, es decir, patente, marcas, modelos y dibujos industriales, y cuya actividad consiste en el interrogatorio de las personas que dicho apartado refiere, incluso pudiendo comprender la exhibición de aquellos documentos que acrediten los datos sobre los que el interrogatorio versa.

De esta forma, queda al arbitrio del solicitante la elección de las diligencias de comprobación de hechos o de las diligencias preliminares de la LEC, pues él es el que debe valorar y ponderar previamente cuales son las que le conviene utilizar. Entendiendo que el

parte, la diligencia sin culminar su objeto inicial (Art. 130-2 Ley de Patentes); 2.- Desaparecería también para ellas la posibilidad de que el juez decida no dar a conocer, en todo o en parte, el contenido de las diligencias a la parte solicitante (Art. 130-2 Ley de Patentes). Y es que, en efecto, lo único que -para preservar la confidencialidad de la información obtenida- contempla el Art. 259-4 L.E.C. (que es el realmente aplicable al tipo de actuación (...)) es la posibilidad de que a instancia de las virtuales demandadas se atribuya "carácter reservado" a las actuaciones, eventualidad esta que, a tenor del Art. 140-3 L.E.C ., únicamente preservaría a la información así obtenida del conocimiento más o menos generalizado que propicia el régimen común de publicidad de las actuaciones judiciales, (...)>>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 246/2008 de 5 diciembre, JUR 2009\89075.

ejercicio conjunto, de lo previsto por ambas leyes, Patentes y LEC, de seguirse dicha interpretación, podría llevar a una evidente e importante condena en costas, por no hablar de la caución ³¹⁴.

A la hora de elegir entre las diligencias de la LP y las de la LEC deben ponderarse las diferencias entre ellas. En primer lugar, la diligencia preliminar prevista por el artículo 256.1.7º LEC es más amplia, pues permite obtener información sobre los sujetos participantes en la cadena de producción de las mercancías, así como sobre los productos en los que se ha materializado y sobre el perjuicio producido.

En segundo lugar, la práctica de la diligencia de comprobación de hechos de la Ley de Patentes consistirá en la exhibición de los instrumentos empleados para la probable infracción del derecho de propiedad industrial, así como las eventuales manifestaciones que efectúe el sujeto con el que se practique la diligencia. Por su parte, la práctica de la diligencia que prevé el artículo 256.1.7º LEC consistirá en el interrogatorio de las personas que puedan participar de diversos modos en la cadena de producción de mercancías ilícitas, así como en la exhibición de los documentos relacionados con esta infracción, sin que sea posible la exhibición de maquinaria, aunque sí podrá requerirse información sobre la misma a los sujetos con los que se practique el interrogatorio, e incluso la

³¹⁴ << (...) Ninguna cuestión se ha suscitado en relación a la caución, por lo que procede mantener la inicialmente fijada en el Auto de 5 de junio de 2008. (...).

Teniendo en cuenta la tramitación conjunta que se ha seguido de las diligencias de comprobación y preliminares y la estimación de la oposición en lo relativo a la diligencia de comprobación interesada, se está en el caso de no efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

Dada la estimación parcial del recurso de apelación no cabe efectuar expresa imposición de las costas derivadas de dicho recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 LEC. (...)>>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª). Auto núm. 155/2011 de 10 noviembre JUR 2011\415655.

exhibición de documentos relacionados con la mercancía y maquinaria utilizada ³¹⁵.

En tercer lugar, son distintos los plazos para la presentación de la posterior demanda y las consecuencias de su no presentación. La caución que debe prestar el solicitante de la diligencia del art. 256.1.7º LEC puede perderse a favor de las personas que hubieran intervenido en la diligencia, si aquel no inicia el proceso en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, salvo que concurra causa justificada (art. 256.3 LEC). Por el contrario, en el caso de la diligencia del artículo 130 Ley de Patentes, ésta quedará sin efecto si el proceso no se iniciara en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la práctica de las diligencias, no pudiendo ser utilizada la información obtenida en ningún otro proceso (artículo 131.2 LP).

En cuarto lugar, la diligencia de comprobación de hechos de la LP permite obtener un certificado elaborado por el juez en el que se detallan los instrumentos, maquinaria o dispositivos utilizados para la posible infracción de los derechos de propiedad industrial. Este certificado al amparo de la LEC solo podría obtenerse como medida de aseguramiento de la prueba (art. 297.2.II LEC) y si se cumplen los

³¹⁵ Sobre la distinción de las diligencias de los artículos 256.1. 7º y 8º LEC y de los arts. 129 y 130 LP se ha indicado en la jurisprudencia menor que « el art.256.1, en sus apartados 7º y 8º, se refiere, respectivamente, a las diligencias encaminadas a la "obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial" (contemplando en particular el interrogatorio de personas), y a "la exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros", en tanto que la Ley de Patentes comprende propiamente las diligencias de comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho de exclusiva, con intervención de peritos que dictaminen sobre si las máquinas, dispositivos o instalaciones objeto de inspección pueden servir para llevar a cabo la violación de la patente (arts. 129.1 y 130.1 LP >>. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 301/2008 de 12 septiembre. JUR 2009\41925.

presupuestos necesarios para la adopción de tales medidas (art. 297.1 LEC) ³¹⁶.

En este contexto, yo añadiría más, y es que la modificación de la Ley de Patentes por el artículo 3 de la Ley 19/2006, de 5 de junio, que reforma su artículo 63, admite que las diligencias de comprobación también sirvan, en el ámbito de la propiedad industrial o intelectual, para preparar y determinar las pretensiones indemnizatorias de la demanda con mayor precisión y exactitud. La reforma persigue la ampliación de los medios de tutela y el legislador ha previsto que las medidas contempladas en la Directiva se integren procesalmente como diligencias preliminares, por lo que su alcance debe desembocar en una mayor efectividad ³¹⁷.

Aún más, como dispone el artículo 261.5º LEC, refiriéndose en prime lugar a las diligencias previstas en el artículo 256.1.6º LEC, iguales medidas ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7º y 8º del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos. Si bien en el caso que nos ocupa, artículo 256.1.7º y 8º, habrá que tener en cuenta también los diferentes destinatarios

³¹⁶ Sobre estas diferencias entre ambas clases de diligencias más extensamente ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba*, ob. cit., pp. 10 y 11.

³¹⁷ << (...) No obstante, nada impide que las diligencias de comprobación sirvan, en el ámbito de la propiedad industrial o intelectual, para preparar este aspecto de la demanda con mayor precisión y exactitud, dado que las diligencias analizadas fueron introducidas por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se da cumplimiento a la obligación de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/48 / CE, de 29 de abril de 2004, cuyo objetivo es aproximar las legislaciones de los miembros de la Unión Europea para garantizar un nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual elevado y homogéneo. La reforma persigue la ampliación de los medios de tutela, y ha sido decisión del legislador el que las medidas contempladas en la Directiva se integren procesalmente como diligencias preliminares, por lo que debemos interpretar su alcance del modo que garantice en mayor medida su efectividad. (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 155/2011 de 10 noviembre, JUR 2011\415655.

a los que se pueden aplicar ante la negativa que aquel refiere, señalados a las letras a), b), c) y d). E incluso en el caso de la LP.

Más dificultades plantea la compatibilidad de las diligencias preliminares reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil con las reguladas en la Ley de Competencia Desleal. No parece que deban existir problemas para la aplicación en materia de competencia desleal de algunas de las diligencias preliminares enumeradas en el art. 256. 1 LEC. Sin embargo, mayores dificultades suscita la concesión en materia de competencia desleal de las diligencias preliminares contempladas en los arts. 256. 1. 7º y 8º LEC ³¹⁸.

³¹⁸ Así la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto de fecha 18 de enero de 2008 (AC 2008, 1102), dice " ... Desde luego, parece forzado interpretar que, habiendo dejado la Directiva 2004/48/CEE (que la Ley 19/2006 traspone) al criterio del legislador nacional la opción de hacer extensivo el elenco de diligencias preliminares que contempla a la persecución de los ilícitos concurrenciales, y, habiendo optado el legislador español por circunscribir su regulación al objeto genuino de la Directiva (que no era otro que la represión de las infracciones de los derechos de exclusiva típicos: propiedad industrial y propiedad intelectual) sin introducir la menor modificación en la Ley de Competencia Desleal y sin realizar en el Art. 256-1 L.E.C. mención alguna a las prácticas desleales, pueda llegarse a la conclusión de que resulta factible el doble reenvío: del Art. 24 L.C.D. al Art. 129 LP y, de éste, al Art. 256-1 L.E.C. . Pero, aun cuando ello fuera posible, habría que tener presente lo siguiente: 1.- Que el apartado 7º de la actual redacción del Art. 256-1 L.E.C. no legitima para la solicitud de cualquier clase de información sensible perteneciente al ámbito de la mercantil a demandar, sino que su objeto se circunscribe a la obtención de "... datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios.." y solamente respecto de aquéllas mercancías o servicios que estén "... (infringiendo) un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial ..", y 2.- Que, en consecuencia, por la propia naturaleza y objeto del tipo de diligencia que la norma contempla, su eventual aplicación al campo de la competencia desleal a consecuencia de ese doble salto remitivo debería en todo caso quedar limitada a la persecución de aquéllos concretos ilícitos que menciona el Art. 18-6ª L.C.D. cuando nos habla de los actos que lesionan "... una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico ..", es decir, aquéllos ilícitos concurrenciales que de una manera más destacada se sitúan en la zona limítrofe con la violación de los derechos de exclusiva típicos que contemplan las leyes reguladoras de la propiedad industrial e intelectual: esencialmente, actos de confusión (Art. 6 L.C.D.), actos de imitación desleal (Art. 11 L.C.D.) y actos de explotación de la reputación ajena (Art. 12 L.C.D.). Y es que, salvo en el caso de los tipos mencionados, las demás figuras de ilicitud concurrencial que la L.C.D. contempla no se adecuan al tipo de diligencia que el Art. 256-1 regula, diligencia cuyo objeto es la averiguación de "...datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infrinjan (el derecho de exclusiva correspondiente).." (o, en el caso, el derecho de contenido "análogo" al de exclusiva "ex" Art. 18-6ª L.C.D.) >>.

CAPITULO SEGUNDO. LOS SUJETOS

I. El órgano judicial competente.

1. Reglas de determinación de la competencia

A) Competencia genérica

La competencia para acordar diligencias preliminares que se dirijan a la preparación de un proceso civil corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil.

No hay norma expresa al respecto, pero así se deduce, entre otras razones, de las referencias a la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil (art. 257. 1 LEC)³¹⁹, los cuales son órganos judiciales integrados en el orden jurisdiccional civil, que asumen competencias propias de este orden jurisdiccional (arts. 85 y 86 ter LOPJ).

No obstante, algunas diligencias preliminares contempladas en el art. 256. 1 LEC pueden resultar adecuadas tanto para la preparación de un proceso civil, como para la preparación de otros procesos, en especial, para

³¹⁹ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias* ..., ob. cit. p. 126.

la preparación de procesos contencioso-administrativos, si bien la competencia de los Juzgados del orden jurisdiccional civil debe considerarse circunscrita al primer supuesto.

En este sentido, la petición de la historia clínica puede resultar adecuada para preparar un proceso en el que se exija responsabilidad patrimonial por negligencia médica, proceso que deberá dilucidarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa si la reclamación de responsabilidad patrimonial se dirige contra una Administración pública, ya se dirija la reclamación exclusivamente contra ella, ya se dirija conjuntamente contra ella y contra otros sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño, o contra ella y contra la aseguradora de la misma (art. 9. 4 LOPJ), lo que, en principio, excluiría la competencia de los juzgados del orden jurisdiccional civil para conocer de la solicitud de diligencias preliminares dirigida a la preparación del proceso contencioso-administrativo.

Por el contrario, si la petición de la historia clínica es una diligencia preliminar encaminada a la preparación de un proceso que tenga por objeto una reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida exclusivamente contra sujetos privados, ese posterior proceso –y la previa diligencia preliminar encaminada a prepararlo– debieran sustanciarse ante la jurisdicción civil.

En la jurisprudencia menor incluso se ha ido más lejos, al reconocer la competencia genérica del orden jurisdiccional civil para conocer de la solicitud de diligencias preliminares, con tal de que la información obtenida a través de ellas sea idónea para la preparación de un posterior proceso civil, aunque también pudiera serlo para preparar un posterior proceso contencioso-administrativo.

En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2009. En el supuesto de autos se presentó solicitud de diligencias preliminares ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid contra el Hospital Universitario 12 de octubre y contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Las diligencias solicitadas consistían en el requerimiento al demandado para que exhibiera y entregara al reclamante copia íntegra de su historia clínica con motivo de la asistencia médica que le había sido proporcionada, así como la copia de la póliza de seguro en vigor que tuviera, en su caso, concertado el referido hospital para cubrir el riesgo de responsabilidad civil.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid al que se turnó la solicitud acordó mediante auto su incompetencia por considerar que el litigio que, en su caso, iniciaría el reclamante, lo sería en reclamación de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Públicas y, por tanto, debería conocer del mismo la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al artículo 2 e) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y al artículo 9-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, recurrido el anterior auto en apelación, el recurso fue estimado por la Audiencia Provincial, aceptando la competencia de los Juzgados del orden jurisdiccional civil para conocer de la solicitud de diligencias preliminares, con fundamento en que <<es cierto que si el reclamante pretende dirigirse contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid o contra el personal a su servicio o si la acción que se entable lo es contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño deberá dirigirse a la jurisdicción contenciosa en virtud de las disposiciones antes citadas; debiendo dirigirse igualmente al citado orden jurisdiccional si se acciona directamente contra la aseguradora de la

Administración, junto a la Administración respectiva, pero ello no autoriza a rechazar las diligencias interesadas, ya que también puede suceder que la parte interponga otro tipo de reclamaciones en que la competencia sea del orden jurisdiccional penal o incluso civil, en consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto, revocando la resolución recurrida y ordenando al Juzgado de procedencia que de curso a la solicitud formulada, requiriendo al demandado para que exhiba la documentación solicitada (...)»³²⁰.

En esa misma línea extensiva del alcance de la competencia de la jurisdicción civil para acordar diligencias preliminares al amparo de lo dispuesto en los arts. 256 y ss. de la LEC, el AAP Madrid de 3 de febrero de 2009 declara la competencia de un Juzgado de Primera Instancia de Madrid para conocer de la solicitud de la diligencia preliminar de exhibición de la póliza de seguro, dirigida frente a su aseguradora y formulada por un Ayuntamiento que había sido condenado en vía contencioso-administrativa por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por un trabajador en un accidente, así como del posterior proceso en el que el Ayuntamiento exija a su aseguradora el cumplimiento de las obligaciones derivadas del cumplimiento del seguro de responsabilidad civil concertado con la misma al amparo de la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas, así como de la vis atractiva del orden jurisdiccional civil³²¹.

³²⁰ Auto 147/2009, de 30 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), en JUR\2009\347729.

³²¹ Auto 64/2009, de 3 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), en AC\2009\2179, el cual señala que «el artículo 5 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que los contratos de seguros tendrán la consideración de contratos privados y el artículo 9.3 que será competente el orden jurisdiccional civil para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados», así como que «supuestos éstos, como es el presente, que no se hallan expresamente atribuidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y por ello han de ser asignados a la Jurisdicción Civil por aplicación del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece lo que la más reciente doctrina jurisprudencial denomina el carácter residual de la jurisdicción civil, y que venían siendo conocido como "vis atractiva" de tal orden jurisdiccional».

B) Competencia objetiva, territorial y funcional

En la antigua LEC no existía ninguna norma específica de competencia para el procedimiento de diligencias preliminares, ni que atendiese a la competencia objetiva, bien por razón de la naturaleza de la pretensión, bien por razón de la cuantía litigiosa, ni que atendiese a la competencia territorial. Por el contrario, tras la LEC de 2000 sí se establecen normas relativas a la competencia del órgano judicial encargado de conocer de la solicitud de diligencias preliminares, tanto en lo que se refiere a la competencia objetiva, como en lo que se refiere a la competencia territorial, como al tratamiento procesal de la falta de competencia.

a) Regla general

Las normas que fijan la competencia objetiva y funcional son imperativas y su infracción genera la nulidad de pleno derecho de las actuaciones, tal y como dispone el artículo 238.1 LOPJ.

La norma general de atribución de competencia en materia de diligencias preliminares es la contenida en el párrafo primero del art. 257.1, I LEC, merced a la cual "será competente para resolver sobre las peticiones y solicitudes a que se refiere el artículo anterior *el juez de primera instancia o de lo mercantil*, cuando proceda, del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio".

Dicha norma general contempla tanto normas de competencia objetiva como de competencia territorial. Respecto de lo primero, reconoce

que la competencia objetiva puede venir atribuida tanto al Juzgado de Primera Instancia como al Juzgado de lo Mercantil. Aunque sin realizar atribución de competencia objetiva al respecto, contiene implícita la norma en cuya virtud la competencia objetiva vendrá determinada por lo que se establezca respecto del proceso principal que se persigue preparar, respecto del cual y en lo que se refiere a la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil habrá que estar principalmente a lo dispuesto en el art. 86 ter 2 LOPJ, en el que se establece la competencia objetiva del mismo respecto del proceso principal que se persigue preparar con algunas de las diligencias previstas en el art. 256. 1 LEC, como son los procesos en los que se pretendan ejercitar acciones por infracción de un derecho de propiedad industrial o por infracción de un derecho de propiedad intelectual (art. 256. 1. 7º y 8º LEC).

Sin embargo, la norma contenida en el art. 257. 1, I LEC también contiene reglas de atribución de la competencia territorial, al establecer que la competencia para conocer de la solicitud de diligencias preliminares corresponderá, con carácter general, al juzgado del lugar del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio.

De forma que la Ley de Enjuiciamiento Civil no considera prioritario que sea el mismo Juez que decide sobre la conveniencia de la realización de la diligencia preliminar el que después deba conocer del proceso principal, sino que prefiere fijar como criterios de competencia aquellos que resulta previsible que vayan a facilitar la diligencia pretendida. Como lo que se pretende con ella es la obtención de un dato relevante para el proceso posterior, pero que solo llegará a formar parte del proceso si se incorpora a él por las vías ordinarias, no parece

indispensable que tenga que ser el mismo tribunal que ordenó la diligencia el que después tenga que conocer del proceso³²².

En efecto, el criterio de la competencia territorial de esta materia tiende a facilitar la realización de la diligencia cuando se refiere al domicilio de la persona que debe declarar, exhibir o intervenir en las actuaciones que se acuerden para preparar el juicio. En los supuestos en que la diligencia preliminar consiste en una actuación personal, la fijación del domicilio del declarante como criterio de competencia favorece la notificación de la solicitud, tramitación, en su caso, de la oposición y la ejecución final de la orden judicial. Incluso en el caso de exhibición de cosa mueble es más seguro que sea el tribunal del domicilio de la persona poseedora de la misma, aunque estuviera aquella en otro lugar, el más adecuado para conocer de la petición de la diligencia.

b) Regla especial

Junto a la anterior regla general, la Ley de Enjuiciamiento Civil también contiene una norma especial, en virtud de la cual en los casos de los apartados 6º, 7º, 8º y 9º será competente <<el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada>>, es decir, el Juzgado que sea competente para conocer del proceso principal que mediante las diligencias preliminares se intenta preparar, viniendo determinada en este caso la competencia para conocer de la solicitud de diligencias preliminares por una norma de competencia funcional, de modo que la determinación de la competencia para conocer de las diligencias preliminares requerirá

³²² BANACLOCHE PALAO, J., “*Las Diligencias ...*”, ob. cit. p. 108.

determinar previamente cuál es el Juzgado con competencia objetiva y territorial para conocer del proceso principal.

En el caso de las diligencias preliminares referidas a la determinación de los integrantes de un grupo de consumidores y usuarios, el establecimiento de una regla especial de atribución de competencia para conocer de la solicitud de diligencias preliminares tiene una clara justificación. Ello tiene su razón de ser, por una parte, en la posible pluralidad de requeridos, e incluso en su indeterminación, ya que ante dicha circunstancia la competencia objetiva y la territorial establecida de modo general plantearía problemas de determinación del órgano judicial competente por la pluralidad de sujetos a requerir; por otra, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil en estas diligencias preliminares del art. 256. 1. 6º LEC atribuye mayores facultades de intervención al tribunal en la realización y práctica de esta diligencia, lo que justificaría la necesidad de coincidencia del tribunal que decide y practica la diligencia, con el que conocerá del proceso que con las mismas se prepara ³²³.

Según se ha dicho *supra*, la nueva regulación del artículo 257.1, II, LEC, en la redacción dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, establece que en los casos a que se refiere (6º, 7º, 8º y 9º del apartado 1 del artículo 256) la competencia para acordar diligencias corresponderá al órgano judicial competente para conocer de la demanda del proceso que se persigue preparar, lo que exigirá el análisis de diversos preceptos en los que se determine la competencia objetiva y territorial.

En este sentido, se ha advertido que el hecho de que el legislador haya dispuesto como fuero territorial el de la circunscripción del *tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada*, obligará al

³²³ CALLEJO CARRIÓN, S., <<Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas>>, en Actualidad Civil, núm. 1, 2006, pág. 6 y BANACLOCHE PALAO, J., “*Las Diligencias ...*”, ob. cit. p. 108.

solicitante de la diligencia preliminar a tener que determinar, con carácter previo a la deducción, cual es este órgano judicial territorialmente competente para conocer del pleito principal, para lo cual resultarán aplicables las reglas de los artículos 50 a 53 de la LEC³²⁴, o, incluso, las contenidas en leyes especiales.

Respecto de estas últimas puede resultar de interés el ATS de 2 de junio de 2009, en el que se argumenta que <<en el presente caso, nos encontramos ante la solicitud de diligencias preliminares consistentes en la exhibición de documentación, supuesto, a efectos de competencia territorial, regulado en el art. 257,1 de la LEC, que estima órgano competente territorialmente al Juez de Primera Instancia del domicilio de la persona que en su caso hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las diligencias que se acordaren para preparar el juicio; desde este punto de vista sería competente el Juzgado de Madrid pues en dicha localidad tiene su domicilio la entidad de quien se solicita la exhibición de documentación. Sin embargo esta regla tiene varios supuestos excepcionales, recogidos en el citado precepto legal, para los que se atribuye la competencia al Juzgado del lugar donde haya de presentarse la demanda, entre las cuales figuran las peticiones de diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales. Y en el presente caso se contempla éste último supuesto pues la relación que vincula a las partes es la propia de un contrato de agencia por lo que desde la perspectiva de la competencia territorial será competente el Juzgado ante el que haya de presentarse la demanda, para cuya determinación habrá de acudirse a la Ley 12/1992, de 27 de mayo reguladora del contrato de agencia y cuyas disposiciones contienen una importante norma de carácter procesal (Disposición

³²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares* ..., ob. cit. pp. 62, 63.

Adicional) en la que se establece que: "La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario". Y según consta en las actuaciones, el agente, D. Romualdo, tiene su domicilio en Ciudad Real. Por ello, planteada la cuestión de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ciudad Real y el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, la competencia debe declararse a favor del primero de ellos por ser el correspondiente al domicilio del agente>>³²⁵.

Con todo, la anterior consideración doctrinal debe ser completada con otras referidas tanto a la competencia territorial como a la competencia objetiva.

Por lo que se refiere a los procesos en que se formulen demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, la competencia objetiva se atribuye según se ha indicado antes al Juzgado de lo Mercantil (art. 86 ter. 2 LOPJ). Mientras que, por lo que se refiere a la competencia territorial, en esta clase de procesos viene determinada por lo dispuesto en el artículo 52.1.11 LEC, conforme al cual, en los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante.

En estos casos, pues, resulta irrelevante el lugar donde tenga su domicilio social –caso de que fuese persona jurídica- el futuro demandado, pues la competencia territorial no se atribuye al juez del lugar del domicilio

³²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Auto de 2 junio 2009, RJ 2009\3365. No obstante, la resolución la considero errada, pues la Ley 12/1992 no regula diligencias preliminares especiales, por lo que, a mi juicio, en dicho caso no sería de aplicación el párrafo 2º del art. 257. 1, sino el párrafo 1º.

de la persona que haya de intervenir en la diligencia preliminar, con arreglo a la norma general del art. 257. 1, I LEC, sino que dicha competencia se atribuye al juez del lugar en el que se haya cometido la infracción o existan indicios de su comisión, de acuerdo con las normas especiales (arts. 257. 1, II y 52. 1. 11 LEC). En este sentido, conviene traer a colación el ATSJ Andalucía de 12 de septiembre de 2007.

El supuesto de hecho resuelto por la anterior resolución tenía su origen en la solicitud de diligencias preliminares presentada ante los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla por <<la Sociedad General de Autores y Editores contra Natural Producciones y Eventos SL y contra Palenque Congresos S.A., que dio lugar a que por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla se incoara el procedimiento de diligencias indeterminadas nº 25/2007. Mediante auto de 27 de febrero de 2007 de dicho Juzgado se admitió a trámite la solicitud, se aceptó la propia competencia territorial y se acordó la práctica de las diligencias solicitadas. Sin embargo, en la providencia de 20 de marzo de 2007 se acordó de oficio declararse incompetente territorialmente respecto de las diligencias relativas a Natural Producciones y Eventos SL por tener ésta su domicilio en Benalmádena. Al pie de dicha providencia se indicaba que contra dicha providencia no cabía recurso alguno, por ser "mero desarrollo y complemento del auto anterior".

Ante ello, la Sociedad General de Autores y Editores presentó solicitud de diligencias preliminares contra Natural Producciones y Eventos SL ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, por quien se incoó el procedimiento de la misma clase nº 382/07, en el que mediante auto de 11 de julio de 2007 de oficio declaraba su falta de competencia territorial y acordaba plantear conflicto negativo de competencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Este tribunal resolvió el conflicto de competencia territorial a favor del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, con fundamento en que <<el artículo 257 LEC en su nueva redacción sienta como fuero territorial para la práctica de las diligencias preparatorias de acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual el del Juzgado ante el que haya de presentarse la demanda. Y a la vista de lo dispuesto en el apartado 11º del artículo 52.1 LEC, la demanda habría de presentarse en el Juzgado del lugar en que la infracción se haya cometido o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante. Como la comunicación pública de la obra u obras respecto de las que se pretende por la actora el cobro de derechos de autor o la percepción de indemnizaciones se produjo en Sevilla, según se afirma y acredita documentalmente con el escrito de solicitud, es claro que a dicho Juzgado le compete la práctica de las diligencias preliminares, por más que una de las sociedades contra las que se dirige la solicitud tenga su domicilio social en Benalmádena>>³²⁶.

Por lo que se refiere a los procesos en que se formulen demandas sobre infracciones de la propiedad industrial, la competencia objetiva se atribuye igualmente, según se ha indicado antes, al Juzgado de lo Mercantil (art. 86 ter. 2 LOPJ). Obviamente, esta norma debe prevalecer sobre la establecida en el art. 125. 2 LP, que menciona la competencia del Juzgado de Primera Instancia, pues, siendo la segunda anterior en el tiempo a la creación y determinación de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil mediante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que introdujo el art. 86 ter LOPJ, por defectos de técnica legislativa no se adaptó sin embargo a lo dispuesto en esta última.

³²⁶ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), Auto núm. 19/2007 de 12 septiembre. JUR 2008\148705.

En lo relativo a la competencia territorial para conocer de los procesos en los que se ejerciten acciones por violación de derechos de propiedad industrial, la Ley de Enjuiciamiento Civil remite a lo dispuesto en la legislación especial, al disponer en el apartado 13º el artículo 52.1 LEC que, en materia de patentes y marcas, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia.

Ello supone una remisión a lo dispuesto al efecto por el artículo 125.2, y 3, de la Ley de Patentes, conforme al cual será competente el Juzgado de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado; fuero de competencia al que, en el caso de acciones por violación del derecho de patente, hay que añadir, a elección del demandante, el Juzgado de la Comunidad Autónoma donde se hubiera realizado la violación o se hubieran producido sus efectos.

A conclusiones similares se llega respecto de la solicitud de diligencias de comprobación de hechos reguladas en la Ley de Competencia Desleal (art. 36 LCD), pues en lo que se refiere a los procesos en que se ejerciten acciones fundadas en la Ley de Competencia Desleal, la competencia objetiva se atribuye igualmente, según se ha indicado antes, al Juzgado de lo Mercantil (art. 86 ter. 2 LOPJ).

Por lo que respecta al Juzgado con competencia territorial para conocer de esas diligencias de comprobación de hechos, el artículo 263 de la LEC 1/2000 dispone expresamente que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre diligencias preliminares se aplicarán a las diligencias previstas en leyes especiales a que se refiere el artículo 256.1.º LEC, en todo aquello que las leyes especiales no contengan disposición contraria. Como la Ley de Competencia Desleal no establece fuero para las diligencias de comprobación, será procedente la aplicación del

establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las diligencias preliminares y respecto de la competencia territorial.

Según hemos visto, el artículo 257 LEC, en su segundo párrafo, prevé como fuero competencial para las diligencias previstas en el artículo 256.1.9º el del tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada, remisión que conduce al apartado 12º del artículo 52 de la LEC, que la atribuye al Juzgado del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio, y, a falta de este, el lugar de residencia. Así mismo, cuando el demandado no tuviere en territorio español ninguno de los anteriores –establecimiento, domicilio y residencia–, se atribuye la competencia territorial al tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal, o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

Ahora bien, la anterior norma especial mediante la que se atribuye competencia para conocer de estas diligencias preliminares al Juzgado competente para conocer del posterior proceso que se intenta preparar matiza que si en los casos a que se refiere (6º,7º,8º y 9º del apartado 1 del artículo 256), se solicitasen nuevas diligencias preliminares a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas, podrán instarse del mismo tribunal que estuviera conociéndolas, o bien del que, a raíz de los hechos averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse.

Lo anterior implica que el solicitante de las diligencias preliminares no tiene la carga de solicitar nuevas diligencias –necesarias en atención a los datos obtenidos de la práctica de otras anteriores– del mismo tribunal que concedió las primeras. Podrá solicitar nuevas diligencias ante otro tribunal distinto, si como resultado de la práctica de

las anteriores, resulta ser otro el tribunal territorialmente competente para conocer de la misma pretensión procesal que pensaba formularse, o de nuevas pretensiones procesales que puedan formularse con mayor conocimiento. Acudir a este criterio funcional permitirá concentrar en un mismo tribunal el conocimiento de las diligencias preliminares y el del eventual proceso posterior ³²⁷.

En consecuencia, para el caso y supuesto de que se solicitasen nuevas diligencias ante otro tribunal como resultado de las hasta entonces practicadas (art. 257, párrafo segundo, LEC), supondrá que el solicitante deberá poner en conocimiento del primer tribunal, es decir, del que haya conocido hasta el momento, tal circunstancia, a los efectos que el artículo 256.3 de la LEC prevé, esto es y fundamentalmente la justificación a que el mismo se refiere, no ya esencialmente la del destino de la caución, sino la de evitar el archivo de las mismas, con la consecuencia añadida de la pérdida de la caución. Entiendo que no se puede olvidar el espíritu de dicho párrafo segundo del art. 257 de la LEC en cuanto dispone que “..., será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada”. Por tanto y en definitiva siempre será competente este tribunal.

Por ello, si como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 257.1 LEC, se solicitan nuevas diligencias preliminares ante un tribunal distinto, el tribunal que haya conocido de las iniciales diligencias preliminares podrá exigir que se justifique la iniciación del proceso ante otro órgano jurisdiccional en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias,

³²⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., << Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado <<derecho de información>> y la exhibición de documentos comerciales >>, en Diario La Ley), núm., 6429, viernes, 24 de febrero de 2006, p. 9.

o bien que se aleguen las razones por las cuales no se ha formulado la pretensión procesal para cuya interposición se solicitó esa diligencia ³²⁸.

2. Tratamiento procesal de la competencia

Según dispone el art. 257. 2 LEC, no se admitirá declinatoria, pero el Juez al que se solicite revisará de oficio su competencia y si entendiéndose que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que debe acudir. Si éste se inhibiera en su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común.

El artículo 257 se refiere tanto a la competencia objetiva como a la territorial, pero en su apartado 2, al regular el examen de oficio de la competencia para conocer de las diligencias preliminares, no ha reparado respecto a la primera que solo se refiere al Juzgado de Primera Instancia, sin ninguna referencia al Juzgado de lo Mercantil, al que debería referirse también, tras la reforma efectuada por Ley 19/2006.

Si el Juzgado al que se presente la solicitud de estas diligencias preliminares estima que carece de competencia para su conocimiento, deberá declararse incompetente mediante auto e indicar al solicitante el tribunal ante el que debe acudir, teniendo en cuenta para esto último los distintos fueros previstos por las leyes para las pretensiones sobre propiedad intelectual o industrial, de conformidad con lo que disponen el artículo 52.1 apartados 11 y 13 LEC.

Obviamente, lo dispuesto en el art. 257. 2 LEC respecto a la actuación a seguir por el Juzgado ante el que se presente la solicitud de

³²⁸ ARMENGOT VILAPLANA, A., “Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba ...”, ob. cit. p. 1.056.

diligencias preliminares, es decir, que se abstenga de conocer e indique al solicitante el juzgado al que debe dirigirse, resulta de aplicación cuando el Juzgado aprecie de oficio su falta de competencia territorial, toda vez que el art. 257. 2 LEC parece partir de que la competencia objetiva parece incuestionada.

Sin embargo, a mi juicio, el Juzgado ante el que se presente la solicitud de diligencias preliminares puede controlar de oficio, asimismo, su competencia objetiva y, en caso de apreciar su falta, su actuación debe ser la misma: abstenerse de conocer e indicar la clase de órgano judicial al que corresponde el conocimiento del asunto (art. 48. 4 LEC). Por lo demás, esta situación no puede considerarse anómala, ya que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce (art. 257. 1, I LEC) que el órgano judicial con competencia objetiva para conocer de la solicitud de diligencias preliminares puede ser tanto el Juzgado de Primera Instancia, como el Juzgado de lo Mercantil.

En todo caso, si absteniéndose de conocer el Juzgado ante el que se ha solicitado la diligencia preliminar, se inhibiera el Juzgado señalado por el primero, el conflicto negativo de competencia debe resolverlo el tribunal inmediato superior común, se trate de un conflicto negativo de competencia territorial (arts. 60 y 257. 2 LEC), o de un conflicto negativo de competencia objetiva (art. 51. 1 LOPJ)

La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 257.2 señala que será el Juez al que se soliciten las diligencias preliminares el competente para revisar de oficio su competencia, lo que encuentra su razón de ser en que tanto las normas de competencia objetiva como las normas imperativas de competencia territorial son de carácter indisponible. Sin embargo, no se permite a las partes promover la declinatoria.

De acuerdo con ello, y con lo establecido por el artículo 60 de la LEC, si el Juez entendiese que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de ello, indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil al que debe acudir. Si éste se inhibiese de su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, según lo previsto en el artículo 60 LEC.

Pese a la prohibición legal al requerido de la diligencia preliminar de plantear declinatoria en sede de diligencias preliminares, no faltan autores que defienden la posibilidad de plantear la incompetencia territorial como motivo de oposición a la solicitud de diligencias preliminares, señalando que la prohibición legal de promover declinatoria no significa que el solicitado no pueda argumentar sobre la incompetencia territorial, que es analizable de oficio, con la finalidad de poner de manifiesto al juez su incompetencia, de forma que este pueda apreciarla ³²⁹.

Por el contrario, otros autores niegan la posibilidad por parte del sujeto pasivo de plantear cuestiones de competencia como motivo de oposición, entendiendo que en ese caso el juez no tendrá el deber de resolver, por razón de coherencia con ese aspecto, pues concibiéndose la declinatoria por la ley como el medio adecuado <<para denunciar la falta de competencia de todo tipo>>, como dispone el art. 63.I.II LEC, la alegación de la incompetencia como motivo de oposición no sería sino una encubierta declinatoria legalmente prohibida por el art. 257.2 LEC; interpretación que, por lo demás, no carece de respaldo en la jurisprudencia menor.

En este sentido, el AAP León de 6 de abril de 2005 prohíbe plantear declinatoria por falta de competencia genérica del orden jurisdiccional civil

³²⁹ GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento* ..., ob. cit. p. 1177.

en el trámite de oposición a la solicitud de diligencias preliminares. Así, en él se señala que <<el art. 257.2 de la L.E.C. no permite plantear declinatoria en este trámite, en tal sentido el Juzgado no apreció su falta de jurisdicción en un primer momento y en tal sentido se dictó el Auto de 17 de marzo de 2004, sin embargo, sí admitió la oposición posterior por las razones antes expuestas. El precepto citado se está refiriendo más bien a la falta de competencia territorial del Juzgado ante el que se presenta la solicitud (no a la falta de jurisdicción), cosa que parece más adecuada teniendo en cuenta el trámite procesal sumario que se pretende con las diligencias preliminares. Parece por ello que los óbices que puedan alegarse por las otras partes habrán de serlo en juicio posterior donde ya propiamente se pueden oponer todas las excepciones posibles que, no obstante en el caso, y por las razones antes expuestas y los perfiles que presenta la cuestión no empece se acceda a la petición formulada, sin perjuicio que en trámite posterior se apreciara la falta de jurisdicción que ahora prematuramente se ha estimado>>³³⁰.

No es ésta, sin embargo, la interpretación más correcta, a nuestro juicio, como se expondrá al analizar el contenido de la oposición.

II. Las partes.

Como ha señalado la doctrina, ni siquiera se puede hablar con rigor en todos los casos de futuro demandante y de futuro demandado, pues en ocasiones se realiza el requerimiento por una persona o a una persona que

³³⁰ Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), Auto núm. 98/2005 de 6 abril, JUR 2005\221851.

no tienen por qué asumir tal condición en el proceso posterior ³³¹, por lo que parece más correcto denominar solicitante a quien presenta la solicitud de diligencias preliminares y afectado o requerido a quien se pide que ofrezca la información solicitada.

Por ello entiendo también que no se debe hablar ni de legitimación activa, ni de legitimación pasiva, pues aún no es el momento procesal idóneo, y sí, por el contrario, de solicitante (artículo 258 LEC), y de requerido (artículo 260 LEC). La LEC es clara al respecto, baste con observar su artículo 260, al decir “...., la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ella y en tal caso, se citará a las partes para una vista,...”. Y recordemos, que su artículo 10 establece lo que es la condición de parte procesal legítima, es decir, quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Y que la finalidad de una diligencia preliminar no es otra que la de conocer la relación que vincula a una persona determinada con la situación jurídica litigiosa, de modo que sea esa persona y no otra, aquélla con la que ha de ventilarse la cuestión, por lo que solo es necesaria exclusivamente la legitimación a efectos del proceso. El tribunal resolverá después.

Además, así se reconoce en la jurisprudencia menor. En efecto, el AAP de Valencia de 29 de diciembre de 2009, con relación a un supuesto en el que se solicitaba al centro de atención primaria que facilitaran el historial clínico de la causante, dice: <<la demanda que se va a plantear, como elemento principal, no se va a interponer contra la Consejería, y de hecho se está solicitando la diligencia preliminar *contra quien no va a ser demandado*, base de esta consideración es el texto del artículo 256 de la LEC, que entiende la resolución apelada, que las diligencias preliminares

³³¹ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 124.

deben ser solicitadas contra quienes se tiene la intención de demandar, mal puede mantenerse que estas estén limitadas subjetivamente. Esta diligencia solicitada se encuentra específicamente transcrita en el artículo 256 de la LEC..., de forma específica, "...Historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley (LEC, 2000 : 256.1.5.bis..)." En las circunstancias deducidas por los *solicitantes* le otorga perfecta cobertura, en tanto pretende atribuir la existencia de demencia senil como causa de impugnación testamentaria y además es de observar que conforme al concepto de Historial clínico que en relación con el Concepto de Historia Clínica Art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica a los efectos de la Ley 41/2002, dentro de la descripción de los conceptos empleados, la historia clínica es el "...conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica del paciente">>³³².

Si el inicio del proceso civil se supedita a la instancia del demandante, la realización de actuaciones dirigidas a obtener la información necesaria para decidir si se inicia o no el proceso y, en el caso de que se decida en sentido afirmativo, como iniciarlo y enfocarlo, deben subordinarse al mismo requisito ³³³. La iniciación del procedimiento a seguir para acordar diligencias preliminares, es pues cuestión de instancia

³³² Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 318/2009 de 29 diciembre, JUR 2010\115656, resolución que continúa diciendo en su fundamentación: <<"las diligencias preliminares son un "...Procedimiento para determinar ciertas circunstancias relativas a la afirmación de titularidad, *normalmente pasiva*, de la relación jurídica litigiosa en un futuro, u otros extremos que el que quien vaya a formular pretensión necesite conocer en cuanto al fondo de dicha relación, antes de formularla, pretendiéndose evitar la impetración de tutela judicial inútil...">>. La cursiva es nuestra.

³³³ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias...*, ob. cit. p. 5-7.

de parte. Y en tal sentido cobra importancia el primer requisito para su petición, la legitimación.

1. Legitimación.

Es evidente que la doctrina ha mantenido, y sigue manteniendo en la actualidad, la discusión sobre la naturaleza de la legitimación. Pero también lo es que la LEC ha abordado la cuestión y, consecuentemente, con ella la jurisprudencia, que prescindiendo de dichas discusiones, pasa a abordar los puntos fundamentales de la institución.

Efectivamente, en no pocas ocasiones, se habla de legitimación activa como condición para obtener una prestación y de legitimación pasiva como sinónimo del deber de realizarla. Pero lo de tener derecho a una prestación o deber de prestarla no puede confundirse con la legitimación a efectos del proceso. Esto último es, efectivamente, una cuestión preliminar. Lo primero es cuestión de fondo y la legitimación como tal se refiere a una particular relación con una cosa o con una persona, que faculta a quien tiene esa relación determinados poderes o deberes jurídicos, pero no a la existencia misma del poder o del deber³³⁴. Entender el término legitimación de otra forma, no sólo sería incorrecto en el contexto del número primero del artículo 256, sino que conduciría a una ampliación desmesurada del ámbito de las diligencias preliminares, puesto que, aduciendo que se trata de acreditar la legitimación pasiva de cualquier persona, podría intentarse, por esta vía, preconstituir la prueba en todo tipo de relaciones jurídicas, lo que no es, ni constituye la finalidad de las diligencias preliminares, que, por el contrario, es mucho más limitado.

³³⁴ BANACLOCHE PALAO, J.; *Las Diligencias Preliminares*, Civitas, 2003, p. 133.

La legitimación encierra una complejidad cierta que comienza desde su propio concepto y, por lo tanto, difícilmente puede ser objeto de una diligencia preliminar, la cual ha de ir destinada a conocer la relación que vincula a una persona determinada con la situación jurídica litigiosa, de modo que sea esa persona, y no otra, aquélla con la que ha de ventilarse la cuestión ³³⁵.

De ahí que el problema fundamental resida en determinar cuándo se puede demandar y frente a quién o quiénes se puede demandar. Esta es una cuestión eminentemente procesal, por lo que debe determinarse a partir de los actos del proceso, y muy particularmente a partir del acto esencial del proceso en el que se determina su objeto, la demanda. A partir de la demanda es cuando se debe poder determinar si existe legitimación activa y pasiva. Por ello se ha dicho que la legitimación debe ser algo independiente de la prueba del derecho y debe bastar con la mera afirmación de titularidades para deducirla.

En tal sentido, la diligencia preliminar tiende pues a evitar posibles errores en el futuro proceso, que llevarían a la inutilidad del mismo, es decir, al fracaso de las pretensiones que en él se ejercitarán.

En todos los casos de diligencias preliminares hay un hecho cierto, a la vista del artículo 258.1 LEC, que si el tribunal no considera suficientemente acreditada la legitimación, puede considerar, por ese solo hecho, la solicitud como injustificada y proceder a su rechazo; al igual que reconocida aquella, la diligencia preliminar puede no admitirse porque otros presupuestos no se cumplan, y suponga por tanto igualmente su rechazo. En definitiva, el tribunal debe comprobar que concurren todos

³³⁵ “... Resulta llamativa la inclusión del término legitimación como objeto de una diligencia preliminar. Como es sabido, la legitimación es una cuestión de fondo y prácticamente en ningún caso puede ser determinada su existencia en este momento procesal. Tal vez sea más correcto hablar de parte legitimada.” GUTIERREZ SANZ, M^a T., *Comentarios prácticos a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Trivium, p. 296.

los presupuestos y requisitos objetivos exigidos legalmente, para acceder a la pretensión, por lo que por lo general la legitimación debe resolverse como cuestión de fondo ³³⁶.

Con todo, como se ha destacado en la doctrina y en la jurisprudencia menor las diligencias preliminares constituyen una facultad atribuida exclusivamente a quien se proponga demandar con el objeto de obtener los datos necesarios para facilitar un proceso posterior - averiguación de datos relevantes para la determinación de la legitimación pasiva en su caso-, recabando la información necesaria para decidir sobre la procedencia de la interposición del posterior proceso y el alcance de las pretensiones a ejercitar, garantizando de esta forma al solicitante su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) ³³⁷.

En segundo lugar, y en consonancia con lo expuesto, la doctrina reconoce que no existe en las diligencias preliminares una norma general respecto a la legitimación, entendiéndose por tal la de que los que

³³⁶ Como ejemplo del primero de los citados extremos, podemos ver el AAP de Barcelona (Sección 15ª), de 7 febrero de 2006, que dice al respecto : << (...) Surge la cuestión con motivo de la comparecencia del síndico abogado de la firma Eurotell Scandinavia ApS en concurso, para lo que aportaba un certificado del Juzgado danés, y pedía como diligencia preliminar que fuera requerida La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona para que justificara quien es el titular de la cuenta ES 9521 0026 4217 2001 003870, en la que al parecer se realizó una transferencia de 50.000 \$USA a Eurotell Scandinavia ApS en pago de mercancías. Esta petición de diligencias preliminares se hizo al amparo del artículo 256.1 LEC, justificándolo en la necesidad de conocer la identidad de la persona contra la que interponer la correspondiente demanda de reclamación de la referida cantidad objeto de la transferencia.

Con carácter previo al enjuiciamiento sobre la procedencia de las diligencias preliminares que interesa, la Sala aprecia de oficio la falta de legitimación del instante, al comparecer como síndico de un procedimiento de insolvencia abierto por el juzgado de Roskilde, de Dinamarca, y necesitar el previo reconocimiento en España de la eficacia del referido procedimiento concursal y por ende de su nombramiento como síndico.

(...) En consecuencia, procede ratificar la inadmisión de la petición de diligencias preliminares pero por una cuestión previa al análisis de su procedencia (cuestión discutible a la luz de la redacción del art. 256.1 LEC), cual es la falta de legitimación del instante, e imponer a la parte apelante las costas de esta alzada (art. 398.1 LEC). Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 53/2006 de 7 febrero JUR\2009\ 176668.

³³⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), Auto núm. 144/2012 de 11 julio, JUR 2012\283278.

hayan de ser actor y demandado en el proceso principal, serán respectivamente sujeto activo y pasivo en el proceso preparatorio, y sobre todo en relación con esta última, la legitimación pasiva³³⁸.

En efecto, no existen en esta cuestión criterios generales válidos para todos los supuestos de diligencias preliminares admisibles legalmente, y especialmente en relación con la legitimación pasiva. Así que, como señala la doctrina³³⁹, se deben analizar caso por caso, determinando en cada una de ellas quien está legitimado activa y pasivamente, de conformidad con lo preceptuado por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así lo recoge también la jurisprudencia menor, en la que se ha proclamado que “No pudiendo admitirse la opinión sobre que la persona legitimada para solicitar una medida preliminar es quien ha de ser el futuro demandante en el proceso posterior, que es concepto excesivamente amplio y que además por un lado en esta fase previa se desconoce si el instante llegará a ser demandante en el futuro juicio, y por otro no es coincidente con el referido texto legal que exige un específico interés legítimo para solicitar la medida preliminar, de modo tal que permita afirmar que el solicitante de la diligencia preliminar efectivamente actúa como titular, o al menos como indiciariamente titular, de la relación jurídica u objeto litigioso >>³⁴⁰.

³³⁸ HERCE QUEMADA, al no considerar a las preliminares un auténtico proceso, habla de *procedimiento preparatorio*, y no considera partes a los intervinientes en el mismo, proponiendo la denominación de *solicitante* al que ocupa la posición activa y *solicitado*, al que ocupa la pasiva (*Derecho Procesal Civil*, Tomo II Madrid, 1979, p. 167).

³³⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las Diligencias...*”, ob.cit. pp. 105-106. BANACLOCHE PALAO, J., “*Las Diligencias...*”, ob. cit. pp. 129-134. GARBERÍ LLOBREGAT, José, “*Las Diligencias Preliminares ...*”, ob. cit., p. 67-68.

³⁴⁰ Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), Auto núm. 156/2006 de 20 marzo, JUR 2006\126805.

Por lo tanto, por lo que se refiere a la legitimación para solicitar diligencias preliminares, es decir, en cuanto a quién debe solicitar las diligencias preliminares no hay uniformidad para todas las diligencias preliminares. Sólo se alude expresamente a que deberá ser el futuro demandante en los casos 6º, 7º y 8º de las mismas, en los demás hay que deducirlo.

A) En el caso del art. 256.1.1ª LEC

Bajo la vigencia de la LEC de 1881, un sector doctrinal entendió que a través de esta diligencia preliminar no pretendía indagarse si el futuro demandado era o no responsable de la acción que se perseguía preparar. A pesar de ello, la doctrina mayoritaria interpretaba que la amplitud de la fórmula legal amparaba que mediante esta diligencia se investigaran hechos relativos a la legitimación pasiva. Llegándose finalmente al entendimiento por la doctrina de que por <<personalidad>> no solo se hacía referencia a la capacidad sino también a la representación ³⁴¹.

Pero, en realidad, la doctrina se fija singularmente en el tema de la legitimación, pese a las distintas interpretaciones jurídicas, más que dudas de tal índole ³⁴², que el viejo artículo 497.1º suscitaba respecto a la cuestión de la <<personalidad>>. La razón es obvia, la legitimación, evidentemente, está ligada indisolublemente al fondo del asunto. Lo que supone la gran utilidad que presta o puede prestar tal diligencia,

³⁴¹ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias Preliminares*, Proceso Civil Practico, T-III-2, Mayo 2010, p. 5-10.

³⁴² Podría discutirse si la representación voluntaria también forma parte del carácter, a efecto de lo prevenido en los artículos 503.1º y 2º y 533.2º a 4º, pues así lo entendió el TS en s. de 11 de Mayo de 1940. JUR/414/1940.

calificable doctrinalmente de ilimitada, con respecto a la determinación de la legitimación pasiva.

En este sentido, se ha señalado que “siempre va a poderse preguntar a una persona sobre si se encuentra o no en la situación jurídico-material que permite que el actor le reclame una determinada tutela”³⁴³. La diligencia preliminar ayudará pues, a la determinación de la posterior legitimación pasiva³⁴⁴.

En consecuencia, en la mayor parte de los casos, la diligencia contemplada en el art. 256.1.1º se dirigirá al descubrimiento de cuestiones referidas a la legitimación, persiguiendo averiguar frente a qué persona debe interponerse la demanda que se intenta preparar³⁴⁵.

En definitiva, lo que se pretendía con esta diligencia preliminar era la averiguación de algún hecho que fuera útil para determinar a quién corresponde la legitimación pasiva en el proceso principal. El actor conoce los hechos, pero ignora quién debe responder de ellos y pide auxilio al juez para buscarlo³⁴⁶.

Ahora bien, la determinación de la legitimación pasiva del posterior proceso es relevante tanto cuando dicha posición se ocupa por una sola

³⁴³ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit. p. 75.

³⁴⁴ << Como dice la STS. de 28 de diciembre de 2.001 (RJ 2002, 2874), se identifica con la cualidad de un sujeto en relación con la afirmación deducida en un determinado proceso respecto de un acto, negocio, relación o situación jurídica, en cuya virtud se explica la posición de demandado del llamado a juicio en tal condición. Es de destacar por su precisión técnica la STS de 31 de marzo de 1.997 (RJ 199, 2481) porque hace hincapié en un aspecto fundamental, cual es el relativo a la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden.

Por consiguiente, esta condición de carácter objetivo exige, - como dice dicha resolución -, la adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido.(...) >>. Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), Sentencia núm. 240/2011 de 31 mayo, AC 2011\1345.

³⁴⁵ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias Preliminares*, ob. cit. p. 11.

³⁴⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*, Bosch, 1997, pp. 20-21-22.

persona como cuando se ocupa por varias personas. En este sentido, se ha advertido que esta diligencia no sólo será útil para la determinación correcta del demandado, sino también para saber si es suficiente formular la demanda contra quien se presupone legitimado pasivo, o si hay además otros sujetos a quienes resulte preciso demandar, es decir, para determinar quiénes deben integrar un litisconsorcio pasivo necesario³⁴⁷.

En efecto, es importante tener presente que la legitimación parte de considerar la relación jurídica como si existiera, y en los términos expuestos por el demandante. Pero ello no obstante, el demandado puede contradecirlos, alertando de que un participe en la relación jurídica no ha sido demandado, dando lugar a un defecto de legitimación pasiva que puede llevar a que el pleito sea inútil. La institución del litisconsorcio pasivo necesario tiene por objeto asegurar la intervención en el proceso, y desde su inicio, de todos los litisconsortes, de tal modo que la demanda sólo puede promoverse válidamente contra varias personas, puesto que el ordenamiento jurídico material exige que se haya de demandar contra varias personas necesariamente, bien por imponerlo una norma de derecho positivo o por exigirlo la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, evitando con todo ello la conculcación del art. 24 CE³⁴⁸.

En relación con ella, es doctrina jurisprudencial constante la que determina que la figura jurídica del litisconsorcio pasivo necesario, de construcción eminentemente jurisprudencial, se rige por el principio impuesto a los órganos jurisdiccionales de evitar que los litigios se ventilen sin la presencia de todos aquellos que pudieran resultar afectados

³⁴⁷ SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, pág. 102.

³⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 261/2011 de 20 abril, RJ\2011\3597.

por el fallo. El litisconsorcio pasivo necesario se traduce en un requisito de naturaleza procesal, apreciable de oficio, que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso, pues evita resoluciones que no puedan hacerse efectivas contra los que no fueron llamados a juicio e impide sentencias contradictorias (SSTS de 4 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9630) 2 de abril de 2003 18 de junio de 2003 (RJ 2003, 5647) 21 de enero de 2006)" , de ahí que la Ley de Enjuiciamiento Civil regule su examen en la audiencia previa al juicio (artículo 416 circunstancia 3ª), y la posible integración voluntaria de la *litis* en el artículo 420³⁴⁹.

De ahí proceden la mayor parte de los problemas que afectan al tratamiento procesal del litisconsorcio necesario, que aunque es una cuestión que en el fondo afecta a la legitimación pasiva, presenta unos perfiles especiales que han aconsejado aplicarle un trato particular y diferenciado de los problemas de la legitimación. Así se explica que la jurisprudencia haya venido considerando desde hace tiempo que si bien es una cuestión procesal que afecta a la correcta constitución de la *litis*, y que por ello puede ser puesta de manifiesto de oficio, no lo puede ser hasta sentencia, una proposición que en sí misma resulta incoherente.

³⁴⁹ El TS especifica los requisitos de dicha figura al decir que: «< para que concurra el litisconsorcio necesario, a tenor del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, ya que, como sostiene la sentencia 266/2010, de 4 mayo (RJ 2010, 4365) , haciendo suyas las palabras de la 714/2006, de 28 junio (RJ 2006, 5978) , con cita de las de las de 16 diciembre 1986 y 28 diciembre 1998 (RJ 1998, 10164) " se exigen conjuntamente como requisitos para la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, los siguientes: a) Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y c) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor» ; y añade lo siguiente: «la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico- material sobre la que se produce la cont. 145) declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa ».Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 261/2011 de 20 abril, RJ\2011\3597.

Esta incoherencia se detecta en la jurisprudencia que, aunque en algunas de sus resoluciones, aborda estas excepciones de falta de legitimación pasiva, y de litisconsorcio pasivo necesario, con carácter previo a entrar en el fondo del asunto, si bien no de forma mayoritaria. Otras, por el contrario, las deja para resolver en sentencia³⁵⁰.

No obstante doctrina y jurisprudencia analizan pormenorizadamente esta cuestión, y realizan la consiguiente crítica en su aplicación práctica³⁵¹.

³⁵⁰ << (...) con carácter previo a entrar a conocer del fondo del asunto procede pronunciarse sobre las excepciones de falta de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo opuestas por el demandado. Según reiterado criterio jurisprudencial, la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de perfiles procesales, constituye una ajustada y razonada expresión del derecho fundamental sancionado en el artículo 24 de la Constitución, de que nadie puede ser vencido en juicio sin ser oído, proscribiendo la indefensión de los que pueden estar interesados en cualquier pronunciamiento judicial, siendo evidente que en cada caso concreto habrá de examinarse la proyección y profundidad de la acción ejercitada para poder discernir si en efecto la resolución que, consecuente a ella se dicte, afectará o no a los que no han sido convocados al procedimiento en evitación, al propio tiempo, de eventuales fallos contradictorios en el caso de que los actuales ausentes puedan verse a su vez demandados en otro proceso, de ahí que esa proyección y profundidad de la acción ejercitada, que ha de ser reflejo del derecho que se ostente, tenga una conexión trascendente con la relación jurídico material que pueda existir entre actores y demandados y entre estos últimos entre sí; (...).>> Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia núm. 153/2002 de 30 mayo, JUR\2002\179060, pp. 103.

³⁵¹ “ La solución de que la falta de legitimación activa se traduce en una sentencia desestimatoria en cuanto al fondo es cuestionada por la STS de 20 julio 2004 (RJ 2004/4872): “Se trata –dice esta sentencia- de una falta de legitimación activa que en casos como el examinado no consiste en una total inadecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido, ya que la demandante- recurrida efectivamente era parte negocial en los acuerdos particionales cuya eficacia pretendía, sino en una insuficiente integración de la parte demandante para pretender por sí sola ese objeto, de suerte que más que una falta de legitimación activa por falta de acción se da una incompleta integración de la legitimación necesaria para ejercitar la acción y pretender lo que se pide. (...) procede apreciar de oficio la incompleta integración de la legitimación activa para promover la demanda inicial y, en consecuencia, no entrar a conocer de sus pretensiones (...)”.(..), la distinción introducida por esta sentencia entre falta de legitimación -por “inadecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido”- e “insuficiente integración de la parte demandante para pretender por sí sola ese objeto”, aunque admisible en el plano conceptual, es dudoso que lo sea en sus consecuencias, ni éstas se deducen necesariamente de la jurisprudencia que cita en su apoyo(...), en el caso de las comunidades de bienes se presenta no un problema de legitimación en sentido estricto, sino de “representación” en sentido amplio o, si se prefiere, de determinación de quién es el portador legítimo en juicio del derecho o interés de la comunidad o del grupo. Ciertamente, en virtud del criterio de la representación tácitamente conferida -previsto, en la Ley 49 del Fuero Nuevo de Navarra-, esta representación se podría hacer derivar de la no oposición de los demás comuneros al ejercicio de la acción -a que uno de ellos se erigiese en portador de la defensa del interés de la comunidad-, y ciertamente también la apreciación de la existencia de esta oposición, en cuanto supondría negar la representación,

Característica sí recogida por ambas legislaciones es la de que el conocimiento de la información solicitada debe ser <<necesario para el pleito>>. Se ha denominado el requisito de la relevancia, del que forma parte el <<interés legítimo>>, es decir, demostrando al tribunal que sin su realización no se podría instar el proceso posterior con las mínimas garantías de que éste pudiera realizarse con éxito, ya porque se desconozca un dato esencial para la correcta configuración de los presupuestos del proceso, ya porque se ignora una información fundamental relativa a los presupuestos de la propia acción, sin lo cual no se puede conceder la tutela solicitada³⁵².

En el mismo sentido se pronuncian otros autores, señalando en relación con el artículo 497.1º LEC, que la doctrina mayoritaria se decantaba por la interpretación amplia de la fórmula legal, que amparaba que mediante esta diligencia se investigaran los hechos relativos a la legitimación pasiva³⁵³.

dejaría imprejujada la cuestión de fondo. Pero me inclino por la tesis de que nos encontramos ante un problema de legitimación porque, en los supuestos de comunidad, la oposición de uno (art. 397 CC) o de la mayoría (art. 398) al ejercicio de la acción, según se trate de actos de disposición o de administración, no afecta a la regular constitución de la relación procesal (en cuyo caso sí procedería dejar imprejujada la cuestión de fondo), sino cabalmente a la “inadecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido”. Sobre el tema puede verse también MONTERO AROCA, J., De la legitimación en el proceso civil, ob. cit., págs. 232 y ss., que manifiesta también su sorpresa (pág. 235) por la solución alcanzada por la sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de glosar. CORDÓN MORENO, F., *La Legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra. (Comentario a la STSJ de Navarra de 26 de junio de 2007, pp. 120-121)*. Revista Jurídica de Navarra, 2007.

³⁵² BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., pp. 53 y ss. Para GUASP DELGADO, <<por hecho sin cuyo conocimiento no puede entrarse en el juicio debe entenderse cualquier circunstancia que prejuzgue con su incertidumbre la existencia o el sentido de la decisión de fondo posterior >> *Comentarios ...*, ob.cit. p. 157).

³⁵³ Como señala SAMANES ARA, (*Las partes en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, págs. 101 y 102), esta diligencia << en cuanto a la representación, servirá a los fines de conocer la identidad de un representante legal o necesario, como a los de precisar la persona del verdadero representante, cuando aparezcan una pluralidad de aspirantes o pretendientes a ostentar la representación a una misma persona física o jurídica, o alguno de los entes enumerados en el art. 6 de la Ley >>.

Y llegando a la misma conclusión, con la nueva regulación queda claro que la indagación sobre hechos relativos a la personalidad del futuro demandado comprende también los relativos a la legitimación, además de los referentes a la capacidad y representación.

Por lo que se refiere concretamente a la legitimación para ser solicitante o requerido en la diligencia preliminar se ha considerado en la doctrina que en la regulación de la legitimación para ser solicitante o para ser sujeto pasivo de esta diligencia no se aprecian innovaciones. Por lo que se refiere a la legitimación activa, la redacción del art. 256.1.1.º es más imperfecta que la realizada en el art. 497.1 LEC de 1881. Éste atribuía una genérica legitimación a quien « (el que) pretenda demandar », mientras que la norma actual guarda silencio sobre el particular. No obstante, puede llegarse a igual conclusión ³⁵⁴.

Pero esta afirmación, a mi juicio, no resulta clara, pues el art. 256.1 de la LEC detalla más técnicamente lo que ya venía siendo regulado en el art. 497.1 de la LEC de 1881, pues es evidente que previamente a interponer el correspondiente procedimiento la parte actora debe cerciorarse de la capacidad, representación o legitimación, de la persona o entidad contra la que vaya a dirigir su acción.

Es el contenido del artículo 10 de la LEC cuya dicción sí posibilita una mayor claridad a través del art 256.1, frente a su homónimo de la LEC anterior, pues da cabida, de forma más clara y sobre todo precisa desde un punto de vista técnico, a lo que es la legitimación ordinaria, al disponer en su párrafo primero que “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de una relación jurídica u objeto litigioso”. Esta redacción facilita una mayor comprensión del alcance y amplitud en la diversidad de situaciones que se pueden

³⁵⁴ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias ...*, ob. cit. pp. 5-11, 5-12.

plantear, tanto en la parte que figura en el proceso como portadora del derecho de accionar, como por la parte gravada con la carga de asumir la postura de demandado frente al demandante y su demanda, en claro contraste con lo que disponía el antiguo artículo 2 de la anterior LEC³⁵⁵.

En todo caso, para que proceda la diligencia preliminar del artículo 256.1.1º LEC *quien solicite la diligencia* deberá fundamentar su petición frente al sujeto pasivo, que es sobre el que la insta, de que es la persona a que se dirigiría la demanda en el futuro proceso sobre alguno de los hechos que el mismo refiere. O lo que es lo mismo, que a los efectos de acreditar su legitimación activa en el procedimiento de las diligencias, deberá justificar su legitimación activa en el futuro proceso posterior. En otro caso, la solicitud de diligencias preliminares deberá rechazarse.

Así sucedió en el asunto resuelto por AAP de Barcelona de 7 de febrero de 2006, en el que se pone de manifiesto que << Con carácter previo al enjuiciamiento sobre la procedencia de las diligencias preliminares solicitadas, esta Sala aprecia de oficio la falta de legitimación del instante, porque comparece como síndico de un procedimiento de insolvencia abierto por el juzgado de Roskilde, de Dinamarca, y hubiera necesitado el previo reconocimiento en España de la eficacia del referido procedimiento concursal y por ende de su nombramiento como síndico(...).

³⁵⁵ Así la siguiente resolución del TSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), dice al respecto: “ (...) La legitimación- afirmábamos en nuestra sentencia 5/2009, de seis de marzo (PROV 2009, 294867) - es un presupuesto de carácter procesal (autos del Tribunal Supremo de 22 de enero (PROV 2002, 35807) y 5 de febrero de 2002 (PROV 2002, 48810) , sentencias del T.S. de 12 de diciembre 1998 (RJ 1998, 9889) , 14 de julio (RJ 137 2008, 6278) y 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6909), que depende de la afirmación de la titularidad del derecho en cuestión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal manera que debe existir una coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. Por esta razón, el problema de la legitimación sólo puede ser resuelto desde el análisis de la relación jurídico material controvertida con respeto a la causa de pedir, si bien es asunto distinto y previo al examen de la determinación de la existencia del derecho discutido, de modo que se puede estar legitimado, pero carecer del derecho litigioso.”. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 24/2011 de 27 de julio. RJ\2011\6688.

Sólo una vez obtenido el reconocimiento en España del procedimiento de insolvencia -como principal-, el síndico mediante el certificado justificativo de su nombramiento "podrá ejercer las facultades que le correspondan conforme a la ley del Estado de apertura" -en este caso Dinamarca- (art. 221.2 y 4.

En consecuencia, procede ratificar la inadmisión de la petición de diligencias preliminares pero por una cuestión previa al análisis de su procedencia (cuestión discutible a la luz de la redacción del art. 256.1 LEC), cual es la falta de legitimación del instante, e imponer a la parte apelante las costas de esta alzada (art. 398.1 LEC) >>>³⁵⁶.

Con todo, los mayores problemas atañen a la legitimación pasiva, es decir, al sujeto pasivo cuya declaración se solicita o del que se pretende la exhibición documental, aspecto en el que no se aprecia novedad alguna. Si su precedente mencionaba «a aquél contra quien se propone dirigir la demanda», el precepto actual se refiere «a quien se dirigiría la demanda», es decir, al futuro demandado, sea una persona física o una persona jurídica. En el segundo caso, es decir, si la demanda se piensa dirigir contra una persona jurídica, la solicitud de declaración también debe de referirse a ella, que deberá deponer a través de su representante necesario. Por ejemplo, si se quiere conocer si una persona (actuante en la relación jurídico material) es el representante necesario de una entidad (futura demandada), se pedirá a esta declaración acerca de si ese sujeto la representa o no. Indudablemente, la declaración de la entidad deberá efectuarse por persona que disponga de poderes a tal efecto. Ahora bien, también puede hacerse lo contrario: preguntar al actuante sobre su representación, de forma que declare en calidad de qué realizó el negocio

³⁵⁶Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 53/2006 de 7 febrero, JUR 2009\176668.

jurídico de que se trate. La elección de una u otra opción dependerá de los documentos de que se disponga, que determinarán quién teóricamente debería ser el demandado en el proceso ulterior.

No obstante la jurisprudencia ha precisado que, como determina la ley, puede pretenderse del futuro demandado información relativa a su capacidad, representación o legitimación, pero no cualquier tipo de información relativa a la identificación del demandado o de su domicilio ³⁵⁷.

Sin embargo, la cuestión más controvertida en este aspecto es si las diligencias contempladas en el artículo 256.1.1º deben entenderse necesariamente con el futuro *demandado*, o, por el contrario, pueden entenderse también con terceros que pueden proporcionar información útil para la determinación del futuro demandado. Así, la SAP Ávila de 30 octubre de 2003 entiende que la solicitud de información debe venir referida al futuro demandado ³⁵⁸.

³⁵⁷ Las personas a quienes se dirigiría la demanda no es el menor sino sus padres, como responsables civiles, que son quienes podrían, en su caso, informar sobre hechos relativos a su capacidad, representación o legitimación, con las consecuencias derivadas de la negativa a atender dicho requerimiento, según el artículo 261.1ª de la Ley de Enjuiciamiento civil. No es, por tanto, el menor, quien debe emitir declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación de sus padres, ni podría tenerse por respondidas afirmativamente las preguntas que la solicitante pretendiera formularle con ese objeto. La pretensión es la determinación de datos de identificación de otros sujetos o personas distintas de quien ha de ser interrogado, lo que no solo contradice el principio de legalidad tasada porque la diligencia no encaja en el supuesto previsto en el artículo 256.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que pone de relieve una finalidad bien distinta de la querida por el legislador, ya que aquella es la averiguación previa a la interposición de la demanda del domicilio de los padres del menor (no hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación de los futuros demandados), lo que se obtendría por la vía indirecta de averiguación del domicilio del menor con el fin de comunicarle el requerimiento, ya que el nombre y apellidos y documento nacional de identidad de los padres no es absolutamente necesario para ser demandados porque en la demanda, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 399.1, en relación con el artículo 155, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil, basta consignar los datos y circunstancias de identificación del demandado o demandados y de aquéllos que sirvan para su localización y emplazamiento y la condición de padres del menor, cuyo nombre, apellidos y documento nacional de identidad conoce la aseguradora, basta para promover el proceso.

³⁵⁸ Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1ª), Sentencia núm. 199/2003 de 30 de Octubre, JUR 2004/49648. En este sentido, señala que: << (...) no se consideró probado quién

En el mismo sentido, el AAP de Cáceres (Sección 1ª), de 2 febrero de 2007, con evidente carácter restrictivo, y falto de flexibilidad, no siendo incluso muy lejana en el tiempo, refiriéndose también a la identificación del dueño de un animal causante de unos daños, consideró que no podía obtenerse dirigiendo la solicitud de diligencia preliminar frente a la Conserjería de Agricultura, ya que no era ésta quien sería demandada en el proceso principal.

Así en la citada resolución se dispone que << (...) No se trata que la diligencia solicitada no sea adecuada a la finalidad que persigue el solicitante, como se dice en la resolución recurrida, pues resulta evidente que, sí es adecuada para averiguar la identidad del titular del animal causante de los daños, y hecho dirigir contra el mismo la demanda, pero la diligencia solicitada no está comprendida en ninguno de los supuestos previstos en el precepto citado. Ni en el núm. 1, pues la Junta no sería la parte demandada, ni la persona a la que se pretende demandar ...>>

359

Esta tesis restrictiva puede encontrar su razón de ser en la regulación efectuada en el art. 261 sobre las consecuencias de la negativa a declarar, pues difícilmente pueden considerarse reconocidos o admitidos hechos (art. 261.1) si éstos no son personales del declarante (arts. 307.1 y 316.1 LEC). Pero también, como persigue la jurisprudencia, en otros extremos “ evitando así cualquier asomo de indefensión y garantizando,

era el dueño de la res. Tampoco se hizo prueba alguna en la sección de ganadería de la Junta de Castilla y León sobre la cartilla ganadera del demandado, ni se practicó previamente diligencia preliminar alguna para determinar la legitimación del demandado, lo que posibilita el art. 256-1-1º de la LEC, ni se comprobó su ganado, en relación con el declarado en la póliza de seguro con la Cía. Lepanto, para comprobar si de las dos yeguas que declaró, sólo tenía en la actualidad una sola. Por todo ello, el recurso de apelación no puede prosperar, (...) pues (...) los demandantes no tenían acreditada (...) la identidad del dueño del animal. (...)>>

³⁵⁹ Auto Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), núm. 26/2007, de 2 febrero, JUR 2007\81050.

incluso en los actos preparatorios al juicio, la participación de los futuros litigantes y el principio de contradicción que para la prueba exige el art. 289.1 de la LEC, en lógica concreción del principio de tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la Constitución, y que en general puede predicarse de cualquier fase del proceso, incluso la preparatoria”³⁶⁰

Sin embargo, con acierto a nuestro juicio, la corriente jurisprudencial mayoritaria entiende que la solicitud de información para la identificación del futuro demandado puede dirigirse en sede preliminar frente a terceros y no necesariamente frente al futuro demandado.

Como argumenta el AAP de Álava (Sección 1ª), de 30 diciembre de 2009, << en este caso, del relato de hechos deducimos que existe interés legítimo por parte del solicitante, necesita conocer la identidad del propietario del perro para interponer la demanda e iniciar el procedimiento de responsabilidad extracontractual por el accidente sufrido. El propietario del vehículo no pudo disponer de la identidad del animal, la guardia civil se limitó a poner el número de identificación del animal en el atestado, no consta el nombre del propietario. Ni el departamento de interior ni tampoco el Departamento de Registro General de Animales proporcionaron a (...) voluntariamente la identidad del propietario del animal, por lo que también existe justa causa. *No es requisito indispensable que la solicitud vaya dirigida contra el futuro demandado, ninguno de los preceptos donde se regulan las Diligencias Preliminares lo exige*, se trata de conocer nuevos datos que ayuden al posterior procedimiento, una especie de prueba anticipada cuando no es posible obtenerla por otros medios>>³⁶¹.

³⁶⁰ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), Auto núm. 206/2011 de 6 octubre, JUR\2011\405148.

³⁶¹ Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), Auto núm. 157/2009 de 30 diciembre. JUR 2010\ 39 6775. La cursiva es nuestra.

También con relación a la identificación del propietario de un animal causante de un accidente, el AAP de Valencia, de 19 de junio de 2008 ratificó la resolución de instancia que <<consideró justificada la solicitud de diligencia preliminar consistente en que se requiriera al Registro Informático Valenciano de Identificación de Animales para que por el mismo se identificara al propietario del perro causante del accidente, cuyo chip identificador era código NUM000, clave NUM001. Lo que se razona en el sentido de que en este caso, del relato de hechos deducimos que existe interés legítimo por parte del solicitante, necesita conocer la identidad del propietario del perro para interponer la tutela judicial efectiva establecida en el art 24.1 de la Constitución >>³⁶².

En análogo sentido, el AAP Lleida de 21 de febrero de 2008³⁶³ y el AAP de Vizcaya (Sección 3ª), de 9 marzo de 2004³⁶⁴.

³⁶² Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 161/2008 de 19 junio. JUR/2008\301 580.

³⁶³ Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª), Auto núm. 21/2008 de 21 febrero. JUR/2008\135708. El AAP de Lleida (Sección 2ª), de 21 febrero de 2008, en relación con el tema de la oposición a la utilización de esta diligencia para obtener información de un tercero, sin embargo entiende que la cuestión, haciendo una interpretación flexible y extensiva, puede tener encaje en alguno de los supuestos del artículo 256 de la LEC. En concreto, señala que <<(…) el número 1 del artículo 256 prevé la posibilidad de que el juicio pueda prepararse: "1º Por petición de que la persona a quien se dirigirá la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.", aunque ciertamente coincidimos con el juez a quo que el precepto lo prevé dirigiéndose a aquél a quien se pretende demandar y no a un tercero. Pero en todo caso debe de relacionarse con el número 5 del mismo precepto en que se prevé la posibilidad de preparar el juicio a través de " petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder ". Ciertamente que aquí no se pretende la exhibición del contrato de seguro, pero si es paso necesario para averiguar si existe ese seguro, identificar al dueño del perro. Hay que destacar que no parece tenga otra posibilidad el perjudicado de averiguar la identidad del propietario del animal en el caso de que le fueran denegadas las diligencias preliminares, lo que le deja en absoluta indefensión al impedirle la reclamación. Debemos añadir que además la propia LEC en su artículo 155-2,155-3 y 156 prevé la posibilidad de que el juzgado haga las gestiones necesarias al efecto de averiguar el domicilio del demandado, por lo que no parece que la admisión de esta diligencia preliminar, en estas concretas circunstancias, sea extraña al espíritu y finalidad de la LEC. (...)>>.

Ello pone de manifiesto, como se ha señalado en la doctrina, que existe una línea favorable a admitir la solicitud de información respecto de terceros en los supuestos de órganos administrativos, a través de la diligencia no ya del antiguo artículo 497.1 de la LEC, sino del actual artículo 256. 1. 1º.

A mi juicio, esta línea interpretativa es la que debiera consolidarse, entre otras razones porque el deber de exhibición documental respecto de terceros puede resultar más amplio en sede de diligencias preliminares (art. 330.1); careciendo, en consecuencia, de demasiado sentido esta restrictiva regulación de la legitimación pasiva, que puede llevar a obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva ³⁶⁵.

B) En el caso del art. 256.1.2 LEC

En lo que a la legitimación para solicitar la práctica de esta diligencia, legitimación activa, se refiere, el art. 256.1.2º guarda silencio, lo que no obsta para que pueda reconocérsele de modo genérico al solicitante, futuro demandante. Respecto a la legitimación del requerido, se atribuye a *la persona a la que se pretende demandar*, es decir, al futuro demandado, y que previsiblemente *tenga (la cosa) en su poder*.

Pero cabría añadir que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 256.1. y 2 de la LEC, *preparar*, es el término que utiliza su primer párrafo, y a fin de poder efectuar un juicio adecuado de pertinencia sobre la medida solicitada, es necesario a los efectos de acreditar la legitimación que en la petición de las diligencias preliminares, el solicitante exprese, con

³⁶⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), núm. 187/2004, de 9 marzo. JUR 2004\283985

³⁶⁵ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias* ..., ob. cit., p 5-12

claridad y concreción, sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar, y contra quién se propone dirigir la futura demanda. Lo que de alguna manera condicionará, por no decir, la petición sin fundamento alguno de dicha diligencia preliminar ³⁶⁶. Junto a todo ello, y en cumplimiento de lo dispuesto por su apartado 3, es esencial para el buen fin de la diligencia preliminar cumplir con el requisito del ofrecimiento de caución suficiente para responder de los gastos y perjuicios que se puedan ocasionar a las personas que deban intervenir en las diligencias.

En realidad, no resulta difícil pensar en las dificultades que puede tener el solicitante para acreditar que en el momento de la petición de la diligencia el requerido tenga la cosa en su poder. Sin embargo, una interpretación amplia, salvo en el caso de inmuebles, de la expresión

³⁶⁶ Así: << (...). Como recuerda la Audiencia Provincial de Madrid, en su Auto de 21-5-2010, un requisito que, con carácter general, se exige para que el órgano judicial pueda acceder a la práctica de cualquiera de las diligencias preliminares que contempla su art. 256, es la concurrencia de interés legítimo en el solicitante. 2.- Adecuación de la diligencia propuesta a la finalidad perseguida. 3.- Y concurrencia de justa causa en la solicitud.

En cuanto a este último requisito no constituye, desde luego una suerte de juicio indiciario de apariencia de derecho similar al que el art. 728-2 L.E.C. requiere para el éxito de una pretensión cautelar, pero sí comporta la exigencia de que, tras el examen de la solicitud, el juez pueda obtener la convicción de que, en vista de la naturaleza del problema que el solicitante plantea, la diligencia preliminar interesada resulta necesaria para preparar la demanda. De ahí que este requisito, contemplado por el art. 258, tenga su complemento natural - e incluso antecedente- en el apartado 2 del propio art. 256 que, después de enumerar el elenco de diligencias de esta clase que son susceptibles de adopción, exige como presupuesto inexcusable para ello que el solicitante exprese con claridad los fundamentos de su solicitud, y ello -dice el precepto- "con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar". En definitiva, (...) la apreciación de la "justa causa" que exige con carácter general el art. 258 L.E.C. solamente comporta, por un lado, la necesidad de comprobar que, en función del estado de cosas que el solicitante relata, resultaría procedente el ejercicio de una acción judicial, y, por otra parte, verificar que ha elaborado un estudio más o menos riguroso relativo al tipo de acción o de acciones que va de emprender con base en los hechos relatados. Y ello aun cuando no resulte exigible una grado extremo de precisión en torno a este particular en aquellos casos en los que la concreción exacta de la acción se encuentra supeditada a la información que el interesado aspira a obtener, precisamente, como fruto de la propia diligencia preliminar solicitada. (...) >>. Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), Auto núm. : 66/2011 de 28 de Abril. JUR\ 2011\249360.

exhiba la cosa que tenga en su poder, conllevaría al alcance de su verdadera finalidad.

En este sentido, se ha manifestado que tener en “su poder” tampoco implica una tenencia física de la cosa, pues se puede tener la cosa mediante la indicación del lugar “en dónde se halle la cosa que se tiene”³⁶⁷. En la misma línea se ha reconocido que la doctrina se inclina con carácter general a interpretar la expresión legal en sentido amplio, como la capacidad de disponer tal exhibición aunque materialmente no posea la cosa³⁶⁸.

Resulta obvia la influencia de los diferentes criterios tanto doctrinales, como jurisprudenciales ante la cuestión, derivados bien de una interpretación rigurosa y restrictiva, o bien, amplia y flexible. Entendiendo por mí parte que es esta última la más adecuada en orden a su interpretación. De ahí lo dispuesto por el artículo 261-3ª LEC que si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se halle autoriza a perseguirla allí donde se encuentre.

Frente a la simple diligencia de exhibición, la persona que se encuentra en posesión de la cosa puede adoptar varias posturas. En primer lugar, aceptarla, debiendo entonces levantarse el acta correspondiente. En segundo lugar, negarse a la exhibición expresa o tácitamente, en cuyo caso responderá de los oportunos daños y perjuicios. En tercer lugar, oponerse a

³⁶⁷ LORCA NAVARRETE, *La regulación de las diligencias preliminares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional*. Diario La Ley, nº 5146, de 22 de septiembre de 2000, p. 1920.

³⁶⁸ LOMBARDÍA DEL POZO, <<Las diligencias preliminares y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil>>, en *Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales*, I-2001, Madrid, p. 618; si bien para este autor este criterio es dudoso desde el carácter en cierto modo restrictivo que debe darse a las diligencias preliminares, teniendo en cuenta que el litigio posible ni siquiera ha comenzado, y que el obligado por el acuerdo accediendo a la solicitud de exhibición no tiene aún la condición de parte procesal.

la exhibición, alegando las razones que estime adecuadas, con la consecuencia inmediata de convertirse en contencioso el expediente. Si la sentencia acepta las objeciones formuladas se archivará el expediente. Cuando, por el contrario, se rechacen se procederá a la ejecución de lo acordado³⁶⁹.

C) En el caso del art. 256. 1. 3 LEC

La legitimación activa para solicitar la exhibición del acto de última voluntad, se atribuye, como se anunció al principio, a quien se considere heredero, coheredero o legatario, pues, precisamente esta diligencia se dirigirá fundamentalmente a determinar la legitimación activa para iniciar el proceso posterior, así como la legitimación pasiva. En este sentido, se ha indicado que esta exhibición podría servir para determinar frente a quién debe ejercitarse la acción de petición o de división de herencia o de petición de legado, que en el último caso puede permitir al legatario identificar al albacea o a los herederos con el fin de demandar el legado³⁷⁰.

Su justificación puede venir, pues por la necesidad en que se encuentren el heredero, coheredero o legatario de conocer si efectivamente reúnen tal condición, o, en su caso, la cuantía o las modalidades del legado dejado por el causante³⁷¹. Por ejemplo, en el caso

³⁶⁹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), Auto de 18 septiembre 2000, JUR 2001\58027.

³⁷⁰ PRIETO-CASTRO, *Tratado*, ob. cit., pág. 341. En la misma línea, SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 104.

³⁷¹ << (...) Como se desprende de su propio tenor literal y mantiene la doctrina científica, (...) concretamente por lo que se refiere a los supuestos contemplados en los números 3.º y 5.º del artículo 497, en base a los cuales se produce en el supuesto que nos ocupa la solicitud de diligencias preliminares, la legitimación, en el primero de los casos, corresponde

del legatario, la exhibición puede mostrarle quiénes sean los albaceas o los herederos, para demandar el legado.

Esta diligencia preliminar goza de una gran versatilidad, en cuanto a la diversidad de su eficacia procesal, pues tanto sirve para obtener un documento probatorio, como para averiguar la legitimación activa, como la pasiva, incluso el objeto de la pretensión principal³⁷².

La regulación de la legitimación pasiva en la diligencia de exhibición de documentos sucesorios contiene alguna novedad digna de mención, aunque se mantenga la regulación esencial, configurándose como sujeto pasivo la persona que tenga dichos documentos en su poder, que lógicamente puede ser un particular o un notario³⁷³. En el primer caso conviene distinguir entre que el único documento sucesorio se encuentre en poder del particular, o que, por el contrario, éste sólo posea una copia el documento, conservándose el original en un archivo o protocolo notarial.

En cualquier caso, en este supuesto la legitimación pasiva de la diligencia preliminar y la del futuro proceso es patente que no tienen por qué coincidir, dado que serían distintas las personas que tienen el

al heredero, coheredero o legatario y la pasiva a quien tenga en su poder el testamento en el que figure la herencia o legado, es decir el testamento en virtud del cual ha adquirido el demandante su legitimación activa, pudiendo venir justificada tal diligencia por la necesidad en que se encuentren el heredero o legatario de conocer si efectivamente reúnen tal condición o en su caso la cuantía o las modalidades del legado dejado por el causante (...) >>. Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), Auto de 13 de abril 1998. AC\1998\747.

³⁷² "... lo que aclara la medida es la legitimación activa del futuro proceso, si es o no sucesor y puede, por tanto, defender tal bien o reclamar tal crédito. Es útil también a efectos de determinar el objeto del proceso y, en consecuencia la legitimación pasiva. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las Diligencias Preliminares ...*, ob. cit. p.26.

³⁷³ GUASP DELGADO a este respecto indicaba con relación a la regulación anterior, pero que no cambia en este punto que <<la legitimación pasiva corresponde, naturalmente, a quien tenga en su poder el testamento: sea éste otro heredero o legatario, sea un tercero, funcionario público o simple particular>> (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo Segundo, Volumen Primero, Primera Parte, Editorial Aguilar, Madrid, 1945, p. 160).

documento y aquellas otras contra las que se tendría que dirigir la demanda.

La nueva LEC resuelve a mi entender, de forma clara, las antiguas discusiones que refiere la doctrina respecto de esta cuestión³⁷⁴, en relación con los artículos 500, 603, antecesores de los actuales 256.1.3.º y 330.1. Así pues, el vigente artículo 256.1.3º configura la legitimación pasiva limitándose a exigir que se solicite el documento sucesorio de quien lo tenga en su poder, no determina más. Pero, además, la nueva redacción del art. 330.1 respecto del deber de exhibición de documentos pertenecientes a terceros no litigantes, dispone *salvo lo dispuesto en esta ley en materia de diligencias preliminares*,...lo que apoya esta interpretación, poniendo de manifiesto que en estas diligencias el deber de exhibición documental respecto de terceros se configura con mayor amplitud que en la anterior LEC de 1881.

Efectivamente puede ocurrir que en el curso de un procedimiento determinados documentos no se encuentren en poder de cualquiera de los litigantes, sino de un tercero. La LEC tiene previsto un determinado mecanismo para la preparación del juicio (diligencias preliminares dentro del Capítulo II, Título I, en el Libro II, arts. 256 a 263) a través del que se le permite solicitar la exhibición de ciertos documentos, antes de haberse iniciado el procedimiento, y con la finalidad de asegurar extremos relacionados con la propia persona del demandado, de la demanda, de la relación jurídico procesal o del objeto del proceso.

³⁷⁴ Con la ley anterior, para una interpretación doctrinal la exhibición del documento sucesorio podía solicitarse respecto de cualquier particular mientras que otra opinión sustentada doctrinalmente entendía, con fundamento en lo dispuesto en el art. 603 LEC respecto de la exhibición durante el proceso de documentos de terceros no litigantes, que el deber de exhibición no existía para las personas ajenas al testamento por no ser herederos, legatarios, albaceas, etc.. BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias Preliminares ...*, ob. cit., p. 15.

Pero la ley procesal civil también contempla la posibilidad de que, iniciado ya este, una de las partes encuentre la falta de algún documento de interés para sus derechos, conociendo su tenencia por un tercero, lo que justifica la regulación del artículo 330 LEC³⁷⁵. No hay que olvidar el carácter de <<numerus clausus>>, aun con la interpretación flexible de las mismas, que tienen las diligencias preliminares³⁷⁶. En consecuencia, al disponer el artículo 330.1 LEC que <<salvo lo dispuesto en esta ley en materia de diligencias preliminares solo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición...>> da a entender que en estas diligencias preliminares el deber de exhibición documental es más amplio que una vez iniciado el proceso.

Lógicamente, desde el punto de vista subjetivo, el tratamiento de la exhibición por terceros ha de ser distinto al que afecta a los litigantes. Las partes en el procedimiento tienen un interés directo en que el litigio se resuelva de una manera determinada. El tercero o los terceros no.

³⁷⁵ SACRISTÁN REPRESA, G., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T –II-, ob. cit. p. 1551.

³⁷⁶ Al respecto la siguiente resolución de forma práctica expone claramente la cuestión, dice: << se trata de información documental para preparar la demanda cuyo encuadre sería el de las diligencias preliminares del art. 256 y ss. de la LECiv. Las diligencias de comprobación de hechos presuponen una actuación judicial de supervisión, con asistencia pericial para determinar si las máquinas, dispositivos o instalaciones inspeccionadas pueden servir para llevar a cabo la violación del derecho de propiedad industrial alegada. Y sólo se pueden acordar cuando no sea posible comprobar la realidad de la violación sin recurrir a tales diligencias –art. 129–. En cambio, la petición de información con carácter previo a la demanda para su preparación, que es lo que aquí se pretende (hecho cuarto de la solicitud) se enmarca en las diligencias preliminares (art. 256 y ss. LECiv). Y aunque el art. 256.1.7 LECiv se remite a las Leyes especiales, esta remisión aquí a los arts. 129 y ss. de la Ley de Patentes que, como hemos visto, no da cobertura a lo solicitado ya que contempla un supuesto distinto al que nos ocupa.

Y si no existe cobertura en la Ley especial debemos acudir a la legislación general y tampoco concurre en los arts. 256 y ss. LECiv ya que lo que se interesa es una determinada documentación, que sólo puede ser ordenada su exhibición al amparo del art. 256.1.1 salvo los supuestos específicos de herederos, socios y perjudicados de los núm. 3, 4 y 5. *No se prevé en dicho precepto, ni reiteramos en la LP por remisión de la Ley de Marcas, el deber de exhibir o certificar a un tercero, que salvo los supuestos específicos del art. 256.1.3º, 5º y 6º, sólo se contempla en fase probatoria (arts. 330 y 332 LECiv) >>. Juzgado de lo Mercantil de Alicante, Auto de 4 octubre 2004. AC 2005\154.*

No obstante, los documentos que cualquiera de los litigantes pueden pedir que sean exhibidos por estos terceros se reducen a aquellos <<cuyo conocimiento resulte trascendente a los efectos de dictar sentencia>>, que presentan una dimensión distinta a los que pueden pedirse entre los propios litigantes que son los relativos <<al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba>>. Aparece una primera matización necesaria en el término <<trascendente>>, porque defendiéndose esta mayor rigurosidad de los documentos que pueden pedirse a terceros, por razones obvias, no parece adecuado interpretarlo en un sentido tan riguroso que lo reduzca a los determinantes para dictar sentencia. La posibilidad de ampliarlo a lo idóneo o relevante para la misma no evita se trate de una palabra de diversa interpretación por estar vinculada a la <<mucha importancia y gravedad>>, y puede dar lugar a diversos criterios, según supuestos ³⁷⁷.

Al respecto esto último no puede significar otra cosa que el que la prueba documental sea pertinente y útil. De ese modo la expresión utilizada lo que viene a decir es que el tribunal ha de estar razonablemente seguro de esas características (pertinencia y utilidad) antes de dirigirse a terceros.

Se ha criticado la redacción del precepto, cuyo primer inciso dice: << Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, solo se requerirá a los terceros litigantes>>. En este sentido, se ha señalado que cuando de las diligencias preliminares se trata, no existe aún juicio, por lo que el heredero, coheredero, legatario, socio o comunero a quien se puede pedir la exhibición documental pueden tener la consideración de terceros. Ahora bien, por esa misma razón, no es correcto tampoco hablar de terceros, puesto que no existe siquiera demandante, ya

³⁷⁷ SACRISTÁN REPRESA, G., *Comentarios*, T. -II-, ob. cit. p. 1553.

que el peticionario de la exhibición, en este momento prejudicial trata de alcanzar un determinado conocimiento para, en su caso, iniciar el juicio con la presentación de la demanda, que se dirigirá, si es que finalmente se decide iniciarlo, contra una de tales personas, adquiriendo en virtud de ello la cualidad de partes.³⁷⁸

Pero realmente, a mi juicio, lo que hace el artículo 330 LEC, al decir “salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares”, no es otra cosa que respetar la función, contenido e independencia de estas, sin entrar en más consideraciones respecto a las mismas y diferenciándolas claramente del supuesto que prevé el artículo que comentamos. En este último caso, el tribunal a solicitud de una de las partes requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad, cuando entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Pero la realidad es que esta diligencia preliminar tiene hoy escasa virtualidad en la práctica³⁷⁹, pues, si se puede obtener una copia autorizada por vía notarial por tener derecho a ello con arreglo a la legislación notarial, no hay por qué acudir a la vía judicial³⁸⁰.

Un supuesto en el que pudiera resultar de utilidad consistiría en que el único documento sucesorio se hallare en poder de un particular – posible en caso de testamento ológrafo antes de protocolizarse³⁸¹, o en excepcionales supuestos de desaparición o destrucción del archivo o

³⁷⁸ SACRISTÁN REPRESA, G, *Comentarios ...*, ob. cit., T. –II-, ob. cit. p. 1554.

³⁷⁹ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las Diligencias ...*”, ob.cit. p. 5- 15, 16.

³⁸⁰ Así, DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (coord. LORCA NAVARRETE), Valladolid, 2000, p. 1685 indica que esta medida no debería prosperar cuando el testamento se otorgue en escritura pública.

³⁸¹ PRIETO-CASTRO, *Tratado ...* ob. cit., pág. 341.

protocolo donde se conserven los originales³⁸²- en cuyo caso debiera considerarse exigible el deber de exhibición con mayor o menor amplitud.

Si el testamento se encuentra protocolizado o archivado en una notaría, de manera que resulta factible su localización, exhibición y obtención de copias auténticas del original a las personas que se encuentran en los supuestos previstos en el artículo 226 del Reglamento Notarial, es el Notario otorgante el que está legitimado para exhibirlo, una vez fallecido el otorgante, <<...a los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad, los parientes que de no existir el testamento o ser nulo o en que no haya instituido herederos forzosos, serían en todo caso los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado...>>.

Con esta concreta diligencia preliminar se trata simplemente, como la misma dice, de la *exhibición por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado*. En definitiva facilitando el desarrollo de un posterior y posible procedimiento³⁸³.

A partir de lo que se establece en dicha disposición, cualquiera del que resulte a su favor un derecho establecido en una escritura notarial puede obtener copia del mismo³⁸⁴. Si no se ha agotado esa posibilidad, y la

³⁸² ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las diligencias...*, ob. cit., pág. 25.

³⁸³ << (...) En principio, hay que poner de relieve que las diligencias preliminares reguladas en los art. 256 y ss de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se conciben en la doctrina más cualificada como el conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal (SS. TS 20-6-1986 y 11-11-2002), integrando un procedimiento preparatorio común que tiene por objeto lograr información sobre el fundamento mismo de la acción proyectada, con la finalidad de facilitar el desarrollo del juicio ulterior (...) >>. Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), Auto núm. 29/2009 de 17 abril, JUR 2009\272941.

³⁸⁴ La Dirección General de los Registros y del Notariado, se ha pronunciado sobre este último extremo en reiteradas ocasiones. Así en su Resolución de 21 de noviembre de

misma permanece abierta, parece claro que no puede acudirse a la diligencia preliminar en cuestión, por faltar precisamente una justa causa o interés legítimo.

D) En el caso del art. 256. 1. 4º LEC.

Conforme dispone el artículo 256.1.4 LECiv todo juicio podrá prepararse por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a ésta o al consocio o condueño que los tenga en su poder. El último inciso del indicado precepto es el que señala a quien se debe dirigir la petición: a la sociedad o al socio, alternativa que no es excluyente sino electiva. Solamente se exige, si la petición se dirige a un socio, que los documentos o cuentas obren en su poder, pero en ningún momento se impone cualquier otro relativo a la personalidad del destinatario: sea la asociación o sociedad, o el consocio. Conviene señalar, no pasar por alto, la casuística dentro de lo que se entiende por socio, que no tiene por qué circunscribirse al ámbito clásico de la persona física, nada impide que lo sea una persona jurídica. Consiguientemente, es perfectamente posible que los

2002 dispone: “La obtención de copias de un instrumento público es una facultad que el artículo 224 del Reglamento Notarial sólo reconoce a tres categorías de posibles interesados: los otorgantes, aquellos en cuyo favor resulta de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por un acto distinto de ella, y a quienes acrediten un interés legítimo en el documento, y siempre previa perfecta identificación del solicitante”.

Así mismo en la resolución de fecha 14 de octubre de 2002, dice: “ La regulación reglamentaria de la materia, y la actuación notarial en este campo, tienen su base en la adecuada ponderación de esos dos principios, plasmados en la exigencia en el plano sustantivo en la existencia de ese derecho o interés en el solicitante (exigido por el artículo 224 del Reglamento Notarial), y en el aspecto formal, la identificación del solicitante y la acreditación de que el mismo se encuentra en alguno de los supuestos en el que el Reglamento Notarial reconoce derecho a la obtención de la copia, facultad que el artículo 224 del Reglamento Notarial sólo reconoce a tres categorías de posibles interesados: los otorgantes, aquellos a cuyo favor resulta de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquiridos por un solo acto distinto de ella, y a quienes acrediten un interés legítimo en el documento”.

socios personas jurídicas puedan también solicitar los documentos y cuentas de la sociedad.

En efecto, la alternativa establecida en la ley para solicitar la diligencia preliminar bien del socio, bien de la sociedad, no ha pasado desapercibida en la jurisprudencia menor, como tampoco se ha desconocido en ella que el consocio al que se solicita la documentación social puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. Así lo pone de manifiesto respecto de un socio persona jurídica el AAP Madrid de 26 de octubre de 2004, en el que se advierte que << (...) Si Mercado Puerta de Toledo S.A, es, (...) «un miembro de dicha asociación» (Asociación de Empresarios Mercantiles del Mercado Puerta de Toledo) evidentemente goza a priori de esa condición de «consocio», bastante para ser receptor de la solicitud de otro socio, ya que en ningún momento el 256.1.4 dice que la petición se dirija a la sociedad. Los documentos cuya exhibición se pretende por Foyma, son documentos «de» la sociedad aunque no se «dirija» «a» ésta sino «a» un consocio, en este caso, Mercado Puerta de Toledo, SA y eso es lo que precisamente contempla el supuesto con independencia de cualquier otra consideración sobre el contenido del Reglamento o Estatutos ya que su debate excede por completo de este procedimiento. (...). Aquí únicamente puede decidirse en función de requisitos externos y puesto que Mercado Puerta de Toledo, SA, es miembro de la Asociación, goza de esa apariencia de «consocio» habilitante para serle de aplicación el supuesto contemplado en el art. 256.1.4 LECiv (...) >>³⁸⁵.

Sin embargo, respecto de los socios personas físicas la legitimación activa se restringe al socio, sin que se extienda a su cónyuge por el hecho

³⁸⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), Auto núm. 145/2004 de 26 octubre, JUR\2004\297851.

de que su régimen económico matrimonial sea el de gananciales. Así el AAP Zamora de 21 de marzo de 2001 mantiene que <<según se recoge en el artículo 256. 4 de la L.E.C. para solicitar la exhibición de los libros de una sociedad o comunidad se exige que se ostente la cualidad de socio o comunero y las alegaciones de la recurrente confunden los derechos que dicha parte pueda tener en la liquidación de la sociedad de gananciales, respecto de las participaciones que uno u otro cónyuge puedan tener en una sociedad y que hayan sido adquiridas con dinero ganancial y la cualidad de socio que uno u otro tiene y que es una relación que une a una persona individualmente considerada con la sociedad de que se trata.

En este mismo sentido puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1 del 19 de Noviembre del 2009 (...), en el que se deniega la legitimación para solicitar Diligencias Preliminares a un señor que solicita la exhibición de libros de una sociedad de la que era socia su esposa con la que estaba casado en régimen de gananciales>>³⁸⁶

La legitimación activa para solicitar la documentación prevista en esta diligencia también se reconoce a las comunidades y a sus miembros, pudiendo ser las comunidades de diversa naturaleza. Entre ellas, la jurisprudencia, siguiendo a la doctrina, recoge en sus resoluciones la legitimación activa de los comuneros integrantes de la comunidad hereditaria.

En este sentido, el AAP Pontevedra de 30 de junio de 2009 establece que <<(…) ha de admitirse que un comunero integrante de una comunidad hereditaria tiene interés legítimo en conocer los bienes que integran el patrimonio del de cuius, por lo que, "a priori", existe la justa causa que recoge el artículo 258 de la ley procesal. Pero este precepto

³⁸⁶ Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), Auto núm. 26/2011 de 21 marzo, JUR 2011\190053.

exige, además, para evitar peticiones arbitrarias, incongruentes o caprichosas, que la pretensión sea adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y, en tal sentido, (...) tal adecuación se da respecto de las hijuelas que correspondieran a la fallecida (...) por la herencia de sus padres, cuya exhibición admitimos respecto de la comunera que los tiene en su poder y contra la que se dirige la petición de diligencia preliminar (...) >>³⁸⁷.

Por lo tanto, en esta diligencia preliminar la legitimación activa así como la pasiva se determinan por la condición de consocio o comunero, aunque para la legitimación activa se requiere la previa condición de legitimado activamente para el proceso principal y para la pasiva la de ser señalado como poseedor de la documentación que se pretende. Es decir, tiene que haber una relación, una vinculación, en el contexto de la sociedad o de la comunidad. En definitiva, para su petición hay que ser socio o comunero.

El actor debe acreditar pues su carácter de socio o comunero, por una parte; por otra, estar legitimado para el proceso que pretende promover. El primero se debe entender de la forma más amplia posible, es decir, alcanzando a cualquier socio de cualquier tipo de sociedad, así como e igualmente a cualquier comunero de toda clase de comunidad. Es suficiente con ser titular de una relación social o comunitaria³⁸⁸. Junto a ello se deberá acreditar la condición de socio o comunero, por documentos o mediante cualquier otro medio (testigos)³⁸⁹.

³⁸⁷ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto núm. 114/2009 de 30 junio, JUR\2009\426080.

³⁸⁸ << En cuanto a los sujetos, la ley se refiere a los titulares de una relación de sociedad o de comunidad, para legitimarlos activamente >> (GUASP, *Comentarios...*, ob. cit. p. 161).

³⁸⁹ <<La calidad activa para pretender este requerimiento exhibitorio pertenece a los socios y a los comuneros, debiendo acreditarse junto a la petición del modo o de otra clase que sea posible >> (PRIETO-CASTRO, *Tratado*, ob. cit. p. 344).

La jurisprudencia así lo recoge en sus resoluciones. Así, el AAP Madrid de 29 de marzo de 2005 pone de manifiesto que << la sociedad solicitante basa su pretensión en la condición de socio que dice ostentar, y que, por el contrario, le es negada por los administradores de la solicitada, pretendiendo por ello formular demanda contra la misma a fin de que sea restablecida en sus legítimos derechos y depurar las posibles responsabilidades en las que los administradores de Gabinete Técnico de la Propiedad Industrial, SL hubieren podido incurrir. Por tanto, *de la propia relación circunstanciada de los hechos en que basa su pretensión, se deduce la improsperabilidad de la misma, puesto que, solicitando la medida preliminar prevista en el artículo 256.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, falta el presupuesto necesario para su viabilidad, cual es, la condición de socio, y tampoco responde a su verdadera finalidad (...) dado que, dicha medida no tiene por objeto la exhibición de cualesquiera libros o documentos de una sociedad o comunidad para quién pretenda la condición de socio, sino que, por el contrario, parte de la condición indiscutida de estos como legitimadora para que le sean mostrados los documentos o cuentas en los casos que aquéllos ostentan un interés legítimo para conocer las cuentas de la sociedad porque quieran (y justifiquen) ejercitar cualquier tipo de acción que haga necesaria dicha exhibición, lo que desde luego no acontece en el caso que nos ocupa (...)* >>³⁹⁰.

Ahora bien, la legitimación activa también se amplía a los *ex* socios; así no comprende solo a los socios o comuneros actuales, sino también a aquéllos que en algún momento formaron parte de la sociedad o comunidad, en sus más variadas formas. La jurisprudencia reconoce el derecho a la exhibición de los documentos y cuentas en lo que se refiere al

³⁹⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), Auto núm. 67/2005 de 29 marzo, JUR\ 2005\10 306. La cursiva es nuestra.

tiempo en que se fue socio, entendiéndose que éste es el espíritu de la norma recogida ya en el art. 497 LEC/1881, que quebraría en el supuesto de que el simple cese en el *status* de socio impidiera conocer el contenido de los actos y acuerdos sociales propios del tiempo en que tuvo tal cualidad.

En este sentido, la SAP Burgos de 21 de febrero de 2001, en relación con unos ex-socios de una entidad cooperativa, dice: << (...) el hecho de que los hoy (cont. 311) recurrentes hayan formado parte recientemente de la sociedad cooperativa demandada y de que sean las consecuencias de su salida de la misma lo que se halla en el origen de sus eventuales discrepancias con la misma, no deja de guardar una identidad de razón que hace admisible, de acuerdo con la doctrina constitucional antes dicha, la posibilidad de instar esas diligencias, pues en otro caso se limitaría sin razón de ser la posibilidad de defender los derechos de los ex-socios respecto a su actuación como tales; es decir, se estaría aplicando un mero dato formal, cual es la extinción reciente de la condición de socios, para evitar proporcionar la información que era debida a los socios cuando quienes han dejado de serlo desean poder resolver, en su caso, las diferencias que esa misma extinción de la relación societaria haya podido crear (...) >>³⁹¹.

Si bien en este contexto, hay alguna resolución judicial que alerta respecto de las circunstancias de la condición de ex-socio, de forma clara y explícita³⁹².

³⁹¹ Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), Sentencia núm. 98/2001 de 21 febrero, AC 2001\861.

³⁹² Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª). Auto núm. 68/2009 de 22 abril. JUR\2009\245429: << (...) El recurso merece pronta desestimación. Como el Juez "a quo" deja clara y atinadamente sentado, la solicitud de exhibición de documentos o de cuentas de la sociedad o comunidad de que se trate, al amparo y a tenor del art. 256-4º de la LEC, exige de suyo que el solicitante tenga la condición de socio o condeño. Pues bien; de lo actuado se

El sujeto pasivo constituye una primera característica diferencial respecto de la anterior regulación prevista en el 497.5º LEC/1881. Pues es objeto de una modificación que se materializa en la petición de documentos y cuentas, que ahora se dirige *a la sociedad o comunidad o al consocio o condueño* que tenga los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad en su poder. La petición, como puede comprobarse, es alternativa, no excluyente sino electiva; a diferencia de la de la legislación anterior en la que la solicitud se dirigía al consocio o condueño que los tuviera en su poder.

Lo relevante es que el socio tenga la documentación en su poder y no el hecho de que sea el administrador de la sociedad. En este sentido, el AAP Las Palmas de 26 de julio de 2005 señala que << (...) si el peticionario no dirige su solicitud contra la sociedad o la comunidad, el único legitimado pasivamente para soportar el requerimiento de exhibición que conlleva la admisión de la diligencia preliminar es el socio o condueño "que las tenga en su poder", lo que hace referencia al dato fáctico de la posesión o disposición de los documentos y cuentas en manos del socio, y no al dato jurídico de resultar ser el socio el administrador social, circunstancia ésta a la que no alude en absoluto el precepto señalado (...)>>³⁹³.

desprende sin ningún género de dudas que el ahora apelante perdió hace años tal condición al ser expulsado de la cooperativa, por consecuencia de diversas irregularidades y abusos contra el patrimonio común, algunos de los cuales fueron incluso objeto de condena penal, firme. Dicha expulsión queda demostrada no sólo documentalmente, sino por las propias manifestaciones del interesado en el interrogatorio correspondiente al presente procedimiento, valoradas e interpretadas por el juzgador de primer grado con la insustituible ayuda de la inmediación procesal de que disponía.

El escrito de recurso viene, en definitiva, a discutir que aquel acuerdo cooperativo de expulsión reuniese las características reglamentarias o estatutarias necesarias para su validez y eficacia. Sin embargo, es llano que este procedimiento sobre exhibición preliminar de documentos no puede constituir la vía para la impugnación, a todas luces tardía por lo demás, del tan mencionado acuerdo de separación del socio (...)>>

³⁹³ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), Auto núm. 164/2005 de 26 julio, JUR\2005\216340.

No es preciso ningún otro requisito para poder ser requerido de exhibición. Incluso no es necesario estar legitimado pasivamente para el proceso posterior, pues puede ocurrir que la demanda ulterior se proyecte dirigir contra otra persona³⁹⁴, incluso contra la sociedad o comunidad a que pertenezcan solicitante y requerido.

Ahora bien, dados los nuevos términos de la redacción de la citada diligencia preliminar si la petición se dirigiere a la sociedad o comunidad de que se trate, deberán ser las propias normas de aquéllas las que determinen los órganos, es decir, administrador, gerente, gestor, representante legal, etc., que deban asumir la obligación de exhibir.

³⁹⁴ << Su solicitud (...) consiste en requerir a Don José Francisco, anterior Presidente de la Comunidad, a que exhiba documento o contrato suscrito por repetida Comunidad de Propietarios y la Empresa "Inmobiliaria Muelle Santa Rosalía S.L." sobre autorización por parte de la Comunidad al tránsito de camiones a través de los viales de la misma con ocasión de realizar aquélla obras en las inmediaciones y a la asunción por dicha mercantil de proceder a la reparación de las calles afectadas por dicha actividad (...).

Según Actas de Comunidad aportadas, de 28 de agosto de 2004 y 27 de agosto de 2005, el Sr. José Francisco había sido preguntado sobre el acuerdo con la Inmobiliaria, de los deterioros habidos y su compensación y a la entrada de la nueva Junta Directiva observaron que no constaban ingresos de la misma y que las obras realizadas por los deterioros de los viales por los camiones de la Inmobiliaria habían sido sufragados por la Comunidad, sin constancia de contrato con la misma, avales, etc. ... El Sr. José Francisco fue requerido notarialmente para la entrega de los documentos, no obteniéndose resultado.

La Comunidad pretende exigir responsabilidades por lo acontecido por vía judicial, por lo que le resulta imprescindible conocer los acuerdos con la Inmobiliaria.

Las Diligencias Preliminares son aquéllas previas al proceso cuya realización se puede solicitar a los Tribunales con la finalidad de preparar aquél, obteniendo datos que le son necesarios al futuro demandante para la presentación de la demanda, como nos dice la doctrina, tratándose de una actividad judicial no jurisdiccional y facultativa, siendo numerus clausus al estar tasadas en el artículo 256.1 de la LEC.

Las instadas entran dentro del precepto indicado y sirven para determinar el alcance de las responsabilidades que pueden demandarse y la persona o entidad que se estima debe responder, como ha quedado dicho. Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª), Auto núm. 13/2009 de 19 enero, JUR 2009\158409.

Además, como es notorio y reitera la jurisprudencia, en este contexto las normas procesales deben interpretarse conforme al principio *pro actione*³⁹⁵.

E) En el caso del art. 256. 1. 5º LEC

En cuanto a la legitimación activa, la petición para solicitar el contrato de seguro le corresponde a quien se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil. Así se desprende del tenor legal referido a la diligencia preliminar.

La jurisprudencia se pronuncia al respecto, con resoluciones que ponen de manifiesto la aplicación flexible de las mismas, incluso en ocasiones llegando al extremo³⁹⁶. En este contexto, y especialmente en

³⁹⁵ << (...) los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio “pro actione”, con “interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican” (por todas STC 88/1987, de 5 de mayo» >>. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), Sentencia núm. 98/2001 de 21 febrero. AC 2001\861.

³⁹⁶ << (...) Es deseable acompañar la solicitud con cuantos más elementos probatorios mejor. Pero su falta tampoco puede constituir un obstáculo infranqueable porque en gran parte de los casos el solicitante no tendrá más elementos que la apariencia o la atribución que hace así mismo de un derecho que luego se ha de discutir ante los Tribunales. Pero al no conocer o tener dudas sobre determinados puntos que pueden afectar a la legitimación, o a la existencia o contenido del documento, o a la identidad de la cosa, etc., y dada la probabilidad por ello de un proceso inútil (por dirigirse contra persona no legitimada o en relación a una cosa que luego resulta inexistente o distinta), la ley arbitra el instituto de las diligencias preliminares para mitigarlo en la medida de lo posible, en cuyo expediente no debe aplicarse el mismo rigor del proceso ordinario en orden a la acreditación de los hechos, dado que precisamente, tienen por objeto facilitar el conocimiento de determinados elementos a quien deba promoverlo.

Por esta razón, el Tribunal considera que debe accederse a lo pedido. Al venir fundada en la muerte de una persona, basta la sola alegación de este hecho para entender que no estamos ante una petición caprichosa o infundada dada la gravedad del suceso en que se asienta, teniendo en cuenta, también, que tampoco supone un gravamen importante para las entidades farmacéuticas, dado que lo pedido es la exhibición de una póliza de seguro de

lo referente a la legitimación activa, es de ver que, en una importante proporción la interpretación que hacen los tribunales tiende a la flexibilidad, dentro lógicamente de las pautas que la LEC permite, es decir, determinación del objeto del proceso que se pretende interponer, y cumplida justificación del fundamento de la diligencia preliminar instada (comprendida de forma expresa y taxativa en el artículo 256.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), justa causa e interés legítimo, que conllevan a la formación de la adecuada finalidad que el solicitante persigue, y ofrecimiento de la caución correspondiente, para responder de los gastos, y daños y perjuicios que pudieran irrogarse, destacando que cumplidos dichos requisitos, no debe exigirse más. Por otra parte, requisitos básicos a cumplir en cualquier petición de diligencias preliminares.

En definitiva, en el contexto de la legitimación activa, a la vista de lo dispuesto por el artículo 256.5º LEC, considero conveniente una precisión en relación a lo dispuesto por dicho artículo: el precepto no exige que, con anterioridad a la solicitud, haya que dirigirse a la entidad aseguradora para obtener la información, antelación que sí exige otra diligencia preliminar, por ejemplo, la prevista a su núm. 3º. No obstante ello, la petición extrajudicial del documento parece requisito previo de toda diligencia preliminar, pues no está justificado solicitarlo al Juez si el interesado puede obtenerlo de otro modo. Pero no hay que olvidar la finalidad de esta diligencia es conocer si existe el contrato de seguro y cuál es su contenido.

En tal sentido, lo que se puede pretender con la exhibición del mismo puede obedecer a causas diversas, pero la más habitual es la de conocer al demandado del futuro proceso principal, y en este caso

responsabilidad civil para obtener copia auténtica (art. 256.1.5º)>> Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), Auto núm. 113/2005 de 13 de junio. JUR 2005\265132.

(contratos de seguros de responsabilidad civil) averiguar si puede dirigir la acción no sólo frente al asegurado, sino también contra el asegurador.

Así pues, la solicitud resulta posible dirigirla tanto frente al asegurado, como frente a su asegurador ³⁹⁷, lo que puede permitir al que pretenda ejercitar la acción directa conocer con precisión el alcance de la cobertura de la póliza. Si bien, si el asegurado o su aseguradora se negase a manifestar la existencia de contrato de seguro y su contenido podrá dirigirse al Juez en petición de los mismos, en base a lo dispuesto por la diligencia preliminar.

La regulación concreta de esta diligencia obedece a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de octubre, que permite el ejercicio de la acción directa contra el asegurador. Así se ha señalado que “la falta de este instrumento procesal ha impedido que en muchos casos se haya podido ejercitar por el perjudicado la acción directa, con lo que el asegurador no ha podido ser llevado al proceso como parte en multitud de supuestos, pese a lo cual ha sido quien en realidad asumía la defensa jurídica del autor del daño. Ello ha generalizado una realidad práctica en la que los aseguradores han venido siendo parte encubierta, sin serlo formalmente. El problema se venía haciendo tanto más patente cuando la noticia ofrecida por el autor del daño sobre su asegurador era

³⁹⁷ “El requirente viene configurado muy claramente en la LEC, en cuanto se entiende que podrá ser solicitante de esta medida quién pueda justificar su condición de perjudicado por un hecho que provoque responsabilidad civil. La petición podrá dirigirse como requerido, tanto frente al asegurado como frente al asegurador”. BARONA VILAR, S, *El proceso civil ...*, ob. cit., p. 2017. En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, <<la diligencia puede dirigirse tanto frente al tomador del seguro como frente a la aseguradora>> (*Comentarios a la LEC*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 479).

equivoca o inexacta, pues a la parte no le quedaba otro remedio que demandarlo, enfrentándose luego a una eventual condena a costas”³⁹⁸.

El averiguar determinados datos del contrato de seguro en aras a fundamentar la futura pretensión también puede constituir el objeto de la petición de la exhibición del contrato de seguro. El sujeto activo de la diligencia es aquél que ha resultado perjudicado por un determinado hecho, y que considera que este hecho puede estar cubierto por un contrato de seguro. Como se ha indicado en la doctrina, la finalidad esencial de la diligencia no es otra que la identificación de las personas pasivamente legitimadas en el posterior proceso que se persigue preparar, principalmente para el ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora, contra la que convendría dirigir posteriormente la demanda si resultara el legitimado pasivo más solvente ³⁹⁹.

La diligencia preliminar es útil incluso desde el lado del solicitante, legitimación activa, para averiguar la identidad de los distintos legitimados pasivos, incluso si alguno de ellos hubiere fallecido habiendo incurrido previamente en un ilícito dañoso cubierto por el seguro de responsabilidad civil. Dado que, sabido es, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, el caudal relicto está integrado por todas las relaciones jurídicas transmisibles que correspondían al causante tanto activa como pasivamente. La jurisprudencia se pronuncia al respecto, en sus resoluciones.

En este sentido, el AAP Barcelona de 26 de octubre de 2004 señala que <<(…) si partimos de la base de que la herencia comprende todos los

³⁹⁸ GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Fco.), T-I, Barcelona, 2001, Ed. Iurgium, p. 1155.

³⁹⁹ BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias* ..., ob. cit. p. 5-19.

bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte (artículo 659 del Código Civil), el caudal relicto estará integrado por todas las relaciones jurídicas transmisibles que correspondían al causante tanto activa como pasivamente. (...). Lo que se pretende en el futuro procedimiento es la responsabilidad del finado por un supuesto incumplimiento en la *lex artis medica*, derivada de su negligencia profesional carga que es transmisible a los herederos del finado en virtud de los principios de la sucesión *mortis causa*. Toda vez que aunque la responsabilidad no haya sido declarada en el caso de acreditarse habría nacido en vida del causante por incumplimiento de la *lex artis medica*, transmitiéndose así a los herederos como parte integrante de la herencia al igual que cualquier otra deuda cualquiera que fuera su origen>>⁴⁰⁰.

Pero en el caso de un seguro de vida, dicha legitimación lógicamente correspondería a la promotora o promotor de la misma, que la insta a fin de determinar la cobertura de dicha póliza de seguros. En estos casos, el futuro juicio no ha de referirse al concreto documento que se pretende se exhiba sino a la responsabilidad que derive del mismo dentro del contrato de seguro de vida, entre los demandados, aseguradores, y la beneficiaria/o de dicho seguro.

La legitimación pasiva, según establece el citado artículo 256.1.5º, corresponde *a quien tenga el contrato de seguro en su poder*⁴⁰¹. Lo habitual será que el perjudicado por el siniestro se dirija al responsable con el fin de que éste le muestre el contrato, para así conocer quien

⁴⁰⁰ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª). Auto núm. 139/2004 de 26 octubre. JUR\2004\306516.

⁴⁰¹ << Se trata de una diligencia preliminar que tiene por objeto facilitar el conocimiento de la identidad de los eventuales diversos legitimados pasivos (causante del hecho, entidad aseguradora) cuando el hecho ilícito dañoso deba o pueda estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil >>. ORTELLS RAMOS, M., *DERECHO PROCESAL CIVIL*. Col. (MASCARELL NAVARRO, M.J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CÁMARA RUIZ, J.; BONET NAVARRO, J.; CUCARELLA GALIANA, LUIS A.; MARTÍN PASTOR, J.), p. 280.

aparece como asegurador de los daños producidos, si la póliza no contempla el siniestro, etc.⁴⁰². Éste es el supuesto resuelto por el AAP Guipúzcoa de 14 de junio de 2007, el cual se pronuncia en los siguientes términos: << Y puesto que en el presente caso, y teniendo en cuenta la circunstancia de que los demandantes pretenden la presentación de una demanda contra la entidad Sanatorio Usúrbil, S.L., en solicitud de la indemnización que como consecuencia del fallecimiento de su hermana les pueda corresponder, en condición de perjudicados por la misma, no puede por menos que concluirse que la mencionada petición de que se proceda a requerir a la mencionada entidad, para que por la misma se indique la identidad de la Compañía de seguros que cubre su responsabilidad civil, a fin, sin duda alguna, de dirigir dicha demanda también contra la entidad aseguradora que pudiera, en su caso, amparar con una póliza la eventualidad que es objeto de la reclamación, resulta de todo punto lógica y razonable y ha de ser admitida >>⁴⁰³.

Ahora bien, si conociera al asegurador, nada obsta a que se dirija contra él la diligencia preliminar pidiendo la exhibición del contrato porque, dada su condición de asegurador, es presumible que lo tenga en su poder⁴⁰⁴.

⁴⁰² BANACLOCHE PALAO, J, *Las Diligencias* ..., ob.cit. p. 140.

⁴⁰³ Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), Auto núm. 2063/2007 de 14 junio, JUR 2007\337622.

⁴⁰⁴ “En definitiva, como dice DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, la finalidad de esta novedosa diligencia es clara. Si existe un seguro de responsabilidad civil se puede demandar también a la aseguradora. Destinatario de la diligencia puede ser tanto aquella como el tomador del seguro o el asegurado. Esta diligencia parece restringida a los contratos de seguro de responsabilidad civil, aunque, por identidad de razón, podría interpretarse analógicamente a contratos de seguro distintos del de responsabilidad civil “. *Derecho Procesal Civil*..., ob. cit. p. 259.

Para DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, << la diligencia puede dirigirse tanto frente al tomador del seguro como frente a la aseguradora >> (*Comentarios* ..., op. cit. pág. 479).

“Ante la renuencia del asegurado de exhibir el contrato de seguro, y siempre a partir del conocimiento de la existencia del seguro y de la Compañía de Seguros, podrá tal vez ser una medida más sencilla dirigir un requerimiento solicitando copia del contrato a la

F) En el caso del art. 256. 1. 5º bis LEC

A los efectos de preparar un posterior proceso en el que se persiga exigir responsabilidad civil por negligencia médica resulta vital la diligencia introducida por la LEC de 2000 relativa a la exhibición de la historia clínica. Con relación a la legitimación activa, en principio, lógicamente es el paciente el primero que tiene derecho de acceso a la documentación de su historia clínica, es más, y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos (art. 18.1 LAP). Este derecho de acceso, no obstante, tiene algunas reservas señaladas en el apartado 3 de dicho artículo. No es pues absoluto.

Es de señalar de cara al ejercicio de tal derecho por el paciente, que tampoco establece el apartado 5º bis del artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinción alguna respecto al carácter de los centros u hospitales donde se custodie la historia clínica del reclamante. Así pues, donde la Ley no distingue no vamos a distinguir. Es más, la indicada Ley especial, en su artículo 1, dispone que " tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica".

El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada (art. 18.2 LAP).

Compañía en lugar de la entrada y registro previsto en el 261.1 para este supuesto". GUTIERREZ SANZ, Mª ROSA, "Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil" (Coord. CABANAS GARCÍA, JUAN), Trivium , p. 298.

Las reservas o limitaciones que impone la misma afectan al ejercicio del derecho de acceso a la documentación de la historia clínica en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, y en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas (art. 18.3 LAP).

Por último, los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. No obstante, en este caso el acceso de un tercero a la historia clínica es más limitado. En este sentido, el AAP Albacete de 11 de enero de 2010 recuerda que: << (...) Este precepto, añadido por la Disposición Final 3ª de la Ley 19/2006, establece que "todo juicio podrá prepararse... por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley". De la norma transcrita se infiere con claridad que la petición de la historia clínica puede solicitarse al centro que la custodia (en nuestro caso, el Centro de Salud Zona IV de Albacete), y que el juez competente deberá admitir esta petición si concurren determinadas circunstancias. En concreto, el art. 256.1.5º bis LEC alude a que la petición se resolverá teniendo en cuenta las condiciones y el contenido que establece la Ley. Habrá de estarse, por tanto, a la normativa relativa al derecho de acceso a la historia clínica de una paciente, regulada en el art. 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Según el art. 18.4 de esta Ley, "los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes

fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. *En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros*". Atendiendo a estos criterios, el juez de primera instancia deberá resolver, mediante auto (art. 258 LEC), sobre la estimación o no de la solicitud de diligencia preliminar planteada. Pero lo que sí procede, necesariamente, es admitir a trámite la solicitud (...) >>⁴⁰⁵.

El contenido de dicha Ley especial, como puede observarse es, amplio y diverso, sin obviar la confidencialidad a que tiene perfecto derecho el paciente, teniendo todo ello su reflejo en la jurisprudencia⁴⁰⁶.

La legitimación pasiva, según se establece expresamente en el artículo 256.1.5 bis, corresponde al centro sanitario o profesional que custodie la historia clínica⁴⁰⁷, cualquier centro o servicio sanitario, tanto

⁴⁰⁵ Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª), Auto núm. 7/2010 de 11 enero, JUR 2010\91969. La cursiva es nuestra.

⁴⁰⁶ << La configuración de esta diligencia en la LECiv es muy abierta, limitándose a determinar el sujeto pasivo, que será el centro sanitario o profesional que custodie la historia clínica, y remitiéndose a las condiciones y contenido que determine la legislación especial. >>. BELLIDO PENADÉS, *Derecho Procesal Civil* (dir. ORTELLS RAMOS), Aranzadi, 2007, p.280. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Col. BUITRÓN RAMIREZ, G.), *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2009, Bosch, pp. 50-51.

⁴⁰⁷ La Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 27 diciembre de 2006, dice: << (...) Así, la legitimación para solicitar la historia clínica de los pacientes y los archivos en los que se halla cuanto en la misma se contiene, viene determinado en la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril que, a la vista del contenido de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que tiene el rango de norma básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, hizo preciso modificar parcialmente la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, reguladora en Navarra de los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

El artículo 4º de la norma hoy vigente en Navarra expresa que «los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los

públicos como privados o, también, a las personas que en su momento puedan sustituir al paciente.

En consonancia con lo anterior, la ley especial sanciona el deber de custodia, al establecer que cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información (art. 14.2 LAP).

G) En el caso del art. 256. 1. 6º LEC.

La legitimación, como es sabido, es un presupuesto del proceso, es decir, una de las condiciones de las que depende la posibilidad de que el juzgador pueda examinar el fondo del asunto que se le formule.

No obstante ello, para la defensa del interés colectivo es insuficiente la configuración tradicional de la legitimación en el proceso civil. Por ello, la vigente LEC rompe este esquema atribuyendo la

pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiere prohibido expresamente y así se acredite»

Se trata, como lo indica el artículo 16 de la Ley 41/2002 de un derecho de acceso a datos que se rige según lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. (...). Cuanto se refiere a los archivos en los que consta la historia clínica se halla contenido en los artículos 10 a 14 y Disposición Adicional Primera de la Ley Foral 11/2002 (habiendo sido modificado el 13 por la Ley Foral 29/2003).

Así, se puede concluir que la historia clínica de cada paciente debe estar debidamente integrada, de tal suerte que, como mínimo, en cada centro deberá existir una única historia clínica por cada paciente, (art. 10.1), que debe conservarse, como mínimo, hasta cinco años después de la muerte del paciente y estará custodiada bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario (art. 13.2 y 5), constituyendo obligación del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra la promoción de una única historia clínica para cada paciente, con independencia del centro asistencial en que haya sido tratado (Disposición Adicional Primera)>>.Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 22/2006 de 27 diciembre. RJ \2007\1663.

legitimación activa en estos casos no sólo a los consumidores afectados ⁴⁰⁸, sino también a otras entidades que, sin ser titulares del derecho subjetivo afectado, tienen sin embargo encomendada la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. A los efectos de la legitimación en un proceso civil parece que esta legitimación plantea pocos problemas en el caso de lo que se pretenda sea única y exclusivamente conseguir que cese una conducta contraria a la ley y perjudicial para los consumidores y/o que no se reitere en el futuro, suscitando, por el contrario, cuestiones de cierta complejidad cuando junto con tal finalidad, se persigue obtener el resarcimiento de los perjudicados u otros fines que afectan directamente al derecho subjetivo de los mismos.

La legitimación atribuida a ciertas asociaciones y entidades para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores es la legitimación extraordinaria fundada en la expresa previsión legal. Así lo recoge también la jurisprudencia en sus resoluciones ⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ BANACLOCHE PALAO, J., “Además de los consumidores o usuarios individualmente considerados, también podría instar la diligencia las Asociaciones de tales o las entidades legalmente constituídas para la defensa de los intereses de estos (art. 11.2 LEC). Fuera de esos casos, no se podría permitir a nadie más instar esta diligencia preliminar”. *Las diligencias preliminares*, op. cit. p. 133.

⁴⁰⁹ << (...) Junto a esta legitimación que podríamos denominar tradicional u ordinaria (basada en la titularidad del derecho material), la ley procesal contempla también una legitimación extraordinaria en ocasiones a personas distintas de los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso, como es el caso de la que se confiere a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para la defensa de los intereses colectivos y difusos. Son supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión no es la afirmación de la titularidad de la relación jurídica material, sino una autorización legal concedida por norma expresa. La legitimación de la actora es una legitimación extraordinaria que le otorga la Ley no por ser titular de la relación jurídica o del objeto litigioso, sino en defensa de intereses colectivos, atribuyendo la ley a una persona jurídica la representación institucional del conjunto. Es una legitimación extraordinaria, y sólo existe en tanto ha sido conferida expresamente por la ley. La actora no defiende en este proceso un interés propio, sino los intereses generales y difusos de consumidores y usuarios. Este reconocimiento de legitimación se lo otorga la Ley, por tanto, siempre que reúna los requisitos de constitución de la ley de asociaciones y los requisitos específicos de la normativa de consumidores y usuarios, que le facultan o habilitan para ejercer en juicio la representación de intereses de personas que carecen de una relación asociativa con ella, personas desconocidas, inciertas, o que pudiendo ser conocidas en ningún caso le han facultado para demandar en su nombre. Por

Es el art. 11 de la LECiv la base a partir de la que se va a construir la legitimación de las asociaciones de consumidores, que es lo que interesa en este proceso. Tiene pues por objeto la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios y en su apartado 1 declara que, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Tal precepto viene a recoger lo que ya disponía el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual las Asociaciones de consumidores y usuarios podían ejercer acciones en defensa de sus asociados, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

ello esta legitimación la confiere la Ley en cada caso, condicionándola al cumplimiento de unos requisitos específicos. Cuando la asociación no cumple esos requisitos deja de tener legitimación, pues el interés legítimo en ese caso le viene atribuido por la Ley, no por ser titular de la relación jurídica deducida o del objeto litigioso, consistiendo ese interés en la facultad de seguir eficazmente un proceso por un derecho o interés ajeno (los intereses generales). Por ello, si la asociación no cumple o deja de cumplir los requisitos que la normativa le exige, la propia Ley le priva de legitimación porque no observa o reúne los requisitos o condiciones que la normativa considera esenciales para conferirle esa facultad de conducir eficazmente un proceso en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Cuando esto sucede en el curso del proceso, el pleito queda sin parte legítima que sostenga la acción. El art. 24.1 LCU dice que las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, el proceso debería terminar por inexistencia de parte actora legítima para el sostenimiento de la acción.

La legitimación que se atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios no supone concesión de derechos subjetivos materiales, sino facultad de realizar el proceso sin pedir para ellas mismas. Perdida esa facultad por incumplimiento por la asociación de los requisitos legales que la legitiman, el proceso no puede seguir adelante, pues es la ley la que determina quienes se encuentran en posición habilitante para pedir la actuación del derecho.

Ahora bien, como la acción deducida es en defensa de unos intereses generales, en este caso formulada al amparo del art. 12.2 de la LCGC, y el art. 16 de dicha Ley dispone que podrán ejercitarla otras seis entidades o instituciones que enumera, si alguna de éstas compareciese en autos a sostener la acción, supliría la falta de legitimación sobrevenida de quien la instó inicialmente. (...)>>. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), Sentencia de 7 octubre 2011, JUR 2011\365269.

Pero, si en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios tal precepto puede tener sentido, puesto que ampara la actuación de las asociaciones ante los organismos administrativos y, en general, ante un enunciado general un tanto superfluo, dado que los apartados siguientes es donde se concretan los requisitos específicos que en cada caso otorgan la legitimación, sin que en el concepto de defensa de intereses generales de los consumidores y usuarios parece que quepan otro tipo de acciones que las que a continuación enumera el precepto.

Por otro lado, en los restantes artículos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a las acciones colectivas sólo menciona las que se ejerciten en defensa de intereses colectivos y difusos, bien para reparar un perjuicio, bien para poner fin o evitar en el futuro una conducta empresarial, pero no vuelve a emplearse ese concepto impreciso de *intereses generales* que debe, por tanto, interpretarse como comprensiva de las dos clases reconocidas de colectivos y difusos.

En los restantes apartados se regulan dos acciones que tienen en común el hecho de que persiguen el resarcimiento de los perjuicios que han sufrido los consumidores como consecuencia de un hecho dañoso y una tercera acción que no tiene por objeto obtener un resarcimiento de perjuicios, sino una misión preventiva en el sentido de que pretende única y exclusivamente hacer cesar una conducta perjudicial, evitando que siga causando daños y que pueda reiterarse en el futuro. El artículo 11.2 regula la legitimación para la defensa de los intereses colectivos.

Por tanto, ante una acción para la defensa de intereses colectivos, con la excepción prevista por el artículo 15.4 LEC en relación al ejercicio de una acción de cesación, es obligado acreditar el haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados y que el Secretario judicial ha efectuado el llamamiento a que se refiere el artículo

15, requisito sin cuyo cumplimiento no es posible que continúe el procedimiento. Trabajo muy laborioso y necesitado de una serie de recursos humanos y materiales importantes, pero precisamente la laboriosidad de estas acciones es lo que justifica que se encomienden a asociaciones de consumidores y usuarios que puedan reunir los recursos necesarios de los que lógicamente carecen la mayoría de los consumidores individuales. En definitiva, las acciones colectivas son las adecuadas para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y reportan sin duda alguna numerosas ventajas para éstos, pero ello no quiere decir que sean simples, ni de fácil preparación, por el contrario en muchas ocasiones, requerirá un esfuerzo considerable ⁴¹⁰.

En conclusión, la finalidad de esta diligencia preliminar es facilitar a quien persiga formular demanda en defensa de los intereses colectivos de consumidores determinados o fácilmente determinables el cumplimiento de la carga de comunicar previamente a todos los interesados su intención de presentar la demanda (art. 15. 2 LEC).

En cambio, estas diligencias no están previstas para los casos en que pretenda iniciarse un proceso para la tutela de intereses difusos ⁴¹¹,

⁴¹⁰ BELLIDO PENADÉS, “Las diligencias preliminares”, en *Proceso civil* ..., ob. cit. pp. 22-23, señala al respecto: “Con todo, la nueva regulación resulta ciertamente indeterminada tanto en relación con las concretas medidas de averiguación que pueden acordarse, como respecto del sujeto o legitimado pasivo con quien deben entenderse. No obstante, esa indeterminación respecto de las medidas de averiguación a adoptar no parece que deba llevar a identificarlas con la publicidad de la admisión de la demanda —en este caso, de su intención de presentarla— a través de medios de comunicación social, generando una costosa duplicidad difícilmente compatible con la facilidad del objetivo perseguido, razón que llevaría a postular como principal medida el requerimiento a quien, por haber participado en el hecho causante de los perjuicios, pueda determinar fácilmente los consumidores afectados, sea el propio futuro demandado, o un tercero, cuya legitimación se fundaría tanto en la ausencia de restricción en este precepto, como en el inciso inicial del art. 330.1 LEC”.

⁴¹¹ En este sentido, LORCA NAVARRETE, «La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional», en *Diario La Ley*, núm. 5146, 22 septiembre 2000, pág. 4, quien considera que la nueva ley en este punto resulta «excesivamente timorata». *Las diligencias preliminares*. Nota 22, BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias*, ob.cit. p. 22. Y también, ÁLVAREZ

regulación que no carece de lógica si se tiene en cuenta que en esos supuestos, ante la difícil determinación de los consumidores, el legislador renuncia al establecimiento de la indicada carga y estima suficiente que se dé publicidad de la admisión de la demanda a través de medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se ha manifestado el perjuicio ⁴¹².

En esencia, la legitimación activa en la presente diligencia preliminar, corresponde a quien pretenda iniciar el posterior proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios. Esa expresión permite actuar a cualquiera de los propios consumidores o usuarios afectados, e incluso a los mismos grupos de consumidores afectados, pudiéndose sobreentender que quien solicita una diligencia preliminar representa de hecho al grupo de afectados, al poner en marcha los mecanismos que permiten la reclamación judicial ⁴¹³.

Pero, además, la legitimación activa para solicitar estas diligencias preliminares debe reconocerse a cualquiera que esté legitimado para la defensa de intereses colectivos de los consumidores en los términos del art. 11. 2 LEC, lo que, junto a los grupos de consumidores afectados, comprende a las asociaciones de consumidores y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores

ALARCÓN, que dice al respecto “Esta diligencia no cabe cuando los sujetos perjudicados por el hecho dañoso sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, de consumidores o usuarios –art. 11.3 LEC--, sino cuando los perjudicados sean un grupo de consumidores y usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinables. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil .Comentarios Sistemáticos a la Ley 1/2000*, coord.: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL,J., Vol.II, Ecomist &Jurist, Barcelona,2000, p. 45.

⁴¹² BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias preliminares*, ob. cit. p. 5-22.

⁴¹³ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias preliminares*, op. cit. p. 132.

La comunicación previa de presentación de la demanda debe ser realizada por el demandante o demandantes, lo que trae a colación el tema de la pluralidad de partes, es decir, el posible litisconsorcio en el planteamiento de la misma ⁴¹⁴.

La doctrina alude a la falta de previsión de las diligencias preliminares sobre esta cuestión, por lo que habría que estar a la regla general sobre la misma, prevista en el artículo 12.1 LEC. Cabe la posibilidad de que varios afectados por un hecho dañoso insten la averiguación de los demás integrantes del grupo, siempre claro está que todos ellos cumplan las condiciones que determinan su legitimación activa. Igualmente cabe tal posibilidad en el campo de la legitimación pasiva, si concurren las condiciones para serlo ⁴¹⁵.

Por otra parte, en esta diligencia preliminar no se determina claramente quién debe ser el legitimado pasivamente. Tan solo refiere “in

⁴¹⁴ Así, ésta diligencia está sujeta también a lo dispuesto por el artículo 258 LEC, el AAP de Madrid (Sección 28ª), de 4 de febrero de 2011, recuerda que: << (...) tratándose de intereses colectivos, esto es, cuando los perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente identificados o son fácilmente determinables (art. 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en determinados supuestos el demandante o demandantes deben comunicar previamente su propósito de presentar la demanda a todos los interesados (artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Para facilitar el cumplimiento del reseñado presupuesto, el artículo 256.1.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé como diligencia preliminar a instancias de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, precisamente, con el objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables la petición de que el tribunal adopte las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

La adopción de dicha diligencia preliminar está sujeta a los requisitos generales del artículo 258 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia :a) debe ser adecuada a la finalidad que persigue el solicitante; b) ha de concurrir justa causa; y c) debe apreciarse interés legítimo.

(...) La diligencia preliminar solicitada está preordenada al cumplimiento del requisito exigido en el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) >>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Auto núm. 13/2011 de 4 de febrero. AC 2011\378.

⁴¹⁵ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias preliminares*, ob. cit. p. 141-142.

fine” de la misma “... incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”. El hecho de que precisamente se señale que ese requerimiento al futuro demandado puede “incluirse”, inclina a pensar que el legitimado pasivamente no ha de ser obligatoriamente aquél, sino que puede serlo cualquier sujeto (persona física o jurídica) que pueda disponer de datos que permitan conocer quienes integran el grupo de consumidores o usuarios afectados. En este sentido es igualmente significativo lo dispuesto por el artículo 261.5ª de la LEC en orden a que se puede exigir la realización de la diligencia no solo al requerido, sino también a “cualquier otra persona que pudiere colaborar en la determinación de los integrantes del grupo”⁴¹⁶.

H) En el caso del art. 256. 1. 7º y 8º LEC.

La legitimación activa para la solicitud de las diligencias preliminares previstas en el art 256. 1. 7º LEC corresponderá a quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de propiedad intelectual. Por lo que podrán así instarla, tanto los titulares originarios de dichos derechos, como los titulares derivativos o licenciatarios de los mismos.

En el ámbito de la propiedad intelectual, si la actividad infractora ha consistido en la reproducción de fonogramas o videogramas en los que se han explotado ilícitamente un gran número de obras musicales y

⁴¹⁶ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias preliminares*, op. cit. p. 141. En parecido sentido se pronuncia GARBERÍ LLOBREGAT, que refiriéndose a la legitimación pasiva alerta de que no queda limitada al sujeto causante del perjuicio, sino que la citada diligencia se mueve por calculados criterios de ambigüedad al permitir que la autoridad judicial pueda recabar la información de cualquier sede que estime procedente, siempre << de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, y no pedirla solamente al futuro demandado, que será no obstante la sede más normal y frecuente >>. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares* ob. cit. p. 52.

audiovisuales, pueden estar legitimados para solicitar estas diligencias los productores fonográficos y audiovisuales – titulares originarios de ciertos derechos de propiedad de propiedad intelectual sobre esos fonogramas y videogramas-, y los titulares derivativos de otros derechos de propiedad intelectual sobre las obras reproducidas. En el ámbito de la propiedad industrial, podrán solicitar estas diligencias tanto el titular del derecho de patente o de marca sobre el producto explotado ilícitamente, cuanto el licenciataria de esos derechos⁴¹⁷.

La legitimación pasiva en el caso de las diligencias preliminares del artículo 256.1.7º. LEC corresponde a las personas que indica el propio artículo. Es decir, a) Quien el solicitante considere autor de la violación. b) Quien, a escala comercial haya utilizado o prestado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual. c) Quien, a escala comercial, haya utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual. d) Aquel a quien los anteriores hubieren atribuido intervención en los procesos de producción, fabricación, distribución o prestación de aquellas mercancías o servicios. En definitiva, son todos aquellos respecto de los que se prevé no solo su interrogatorio, sino además el posible requerimiento de exhibición de todos aquellos documentos que acrediten los datos sobre los que el interrogatorio verse.

Con todo como señala, la dificultad que entraña la práctica de esta diligencia no estriba tanto en la determinación de los posibles legitimados

⁴¹⁷ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las Nuevas Diligencias Preliminares y las Especialidades en Materia Probatoria*, ob. cit., p. 16.

para la práctica del interrogatorio, cuanto en la localización de los mismos para la realización del acto del requerimiento ⁴¹⁸.

En el supuesto de la diligencia prevista en el art. 256. 1. 8º LEC la legitimación activa corresponderá al titular de los derechos sobre propiedad industrial e intelectual infringidos que pretenda iniciar posteriormente un proceso civil para la protección de los mismos.

Por su parte, respecto a la legitimación pasiva en la diligencia preliminar prevista por el artículo 256.1.8º LEC coinciden los autores en que la legitimación pasiva en esta diligencia preliminar es más restrictiva, al atribuirle solo a la persona que sería demandado como responsable. En este sentido, se ha señalado que esta disposición excluye los supuestos de que (los documentos: bancarios, financieros, comerciales o aduaneros) se encuentran en poder de terceros que no tengan ningún género de intervención en la conducta supuestamente ilícita ⁴¹⁹.

Esta restricción de la legitimación pasiva puede encontrar justificación en que esta diligencia preliminar no persigue la investigación sobre el origen y las redes de distribución de mercancías ilícitas, sino que pretende la exhibición de documentos bancarios del sujeto que se considera autor de la infracción. De forma que la diligencia que se regula en el artículo 256.1.8º LEC podría resultar complementaria o subsidiaria de la prevista en el art. 256. 1.7º LEC, pues una vez determinados los posibles responsables de la infracción -merced al interrogatorio practicado con la diligencia prevista por el artículo 256.1.7º LEC- podrá acordarse la práctica de esta otra diligencia para que esos sujetos ya

⁴¹⁸ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las Nuevas Diligencias Preliminares y las Normas sobre ...*, ob. cit., p. 8

⁴¹⁹ BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias preliminares ...*, ob. cit. p. 5-25. En la misma línea, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley ...*, ob. cit. p. 58.

determinados exhiban los documentos bancarios a los que se refiere la norma (art. 256.1.8º)⁴²⁰.

2. Postulación procesal.

La cuestión relativa al carácter preceptivo o facultativo de la representación procesal mediante procurador y de la defensa a través de letrado en el procedimiento de diligencias preliminares es una cuestión polémica en extremo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia menor.

No existe una regulación especial al respecto en las normas dedicadas a la regulación de las diligencias preliminares en los arts. 256 y ss. LEC 2000, debiendo aplicar para resolver la cuestión las normas generales establecidas en los arts. 23 y 31 LEC 2000 respecto de la intervención de procurador y abogado.

Con relación a la intervención del procurador, como es sabido, se establece como regla general la obligatoria comparecencia en juicio mediante procurador (art. 23. 1 LEC). No obstante, una de las excepciones en las que se permite que los justiciables comparezcan por sí mismos es “cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio” (art. 23. 2. 3º LEC).

Igualmente, con relación a la intervención de abogado prima, como regla general, la de la necesaria defensa mediante abogado habilitado (art. 31. 1 LEC). Si bien, como en el caso anterior, se establece como excepción a la preceptiva intervención letrada la de los “escritos que tengan por objeto

⁴²⁰ ARMENGOT VILAPLANA, A., *Las Nuevas Diligencias Preliminares y las Normas ...*, ob. cit., p. 14.

... solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio” (art. 31. 2º 2º LEC).

El hecho de que las diligencias preliminares se soliciten con anterioridad al juicio, ya que su finalidad es prepararlo, suscita la cuestión relativa a si en el procedimiento preliminar es preceptiva o no la intervención mediante abogado y procurador.

A) La cuestión en la jurisprudencia menor.

Dentro de la jurisprudencia menor se pueden percibir dos grandes corrientes jurisprudenciales, que afirman o niegan el carácter preceptivo de la intervención de abogado y procurador en el procedimiento de diligencias preliminares, dentro de las cuales cabe apreciar líneas interpretativas que matizan el carácter preceptivo o facultativo de la postulación procesal técnica en sede de diligencias preliminares. Así mismo es de destacar que la mayoría de los pronunciamientos recaen en orden a determinar si los honorarios de dichos profesionales pueden incluirse en la tasación de costas para el caso de que haya condena en las mismas, o entre los gastos de los que debe responder la caución del solicitante.

Una primera corriente jurisprudencial, por lo demás minoritaria, considera que no es necesaria la intervención de abogado y procurador en el procedimiento preliminar, con la consecuencia de que no son repercutibles sobre el contrario los honorarios del abogado y del procurador que hubieran intervenido, tengan la consideración de costas en sentido estricto o de simples gastos procesales de los que debe responder la caución del solicitante.

En este sentido, el AAP Madrid de 8 de enero de 2009 señala que “ los gastos del convocado a intervenir en unas diligencias preliminares de los que debe responder el solicitante, conforme al artículo 56, apartado tres, primer párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con independencia del derecho, buena fe o temeridad con que el promotor hubiese actuado al instar la práctica de las diligencias, son los gastos que de forma necesaria e imprescindible ha debido soportar el convocado por razón de su intervención en la diligencia, entre los que no pueden ser incluidos gastos prescindibles, como los derivados de la asistencia de abogado no requerida por la Ley” ⁴²¹.

En el mismo sentido, el AAP Castellón de 8 de abril de 2009 concluye de igual forma a través de diferentes puntualizaciones en las que se indica que <<el auto que acordó la práctica de la diligencia preliminar pedida no contiene condena al pago de las costas procesales causadas, por lo que no puede pretender con éxito la mercantil de continua referencia que las producidas corran a cargo de la solicitante de la diligencia, por más que denomine "gastos" a los devengos que, más propiamente, responden al concepto legal de costas del proceso con arreglo a la art. 241.1.1 LEC.

Se trata, en definitiva, de que los derechos de la representante procesal y los honorarios del abogado de la mercantil que procedieron -sin que llegara a suscitarse el incidente en de oposición previsto en el art. 260 LEC - a la presentación de los documentos requeridos no merecen la consideración de gastos indemnizables a los efectos del art. 262.1 LEC.

Por otra parte, en el negado caso de que pudiera entenderse que procede la tasación de costas, el examen del detalle de las mismas

⁴²¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), Auto núm. 21/2009 de 8 enero. JUR 2009\211917.

(denominadas "gastos" por la parte recurrente) pone de manifiesto que los devengos cuya repercusión se pretende serían, en todo caso, *derechos y honorarios superfluos* a los efectos de lo dispuesto en el art. 243.2 LEC, por lo que no procedería su inclusión en la tasación:

a) En primer lugar, hemos de recordar que la diligencia preliminar consistía, única y exclusivamente, en la presentación ante el juzgado de diversos documentos relativos al seguro de responsabilidad civil por defectos constructivos que pudiera haber suscrito Radicas 2000 SL. No requiere especial argumentación la evidencia de que para el cumplimiento de dicha diligencia se hubiera bastado y sobrado el legal representante orgánico de la mercantil, esto es, su Administrador o, en todo caso, un Apoderado de la misma, sin necesidad de que acudiera al Juzgado representada por procurador y asistida de letrado.

b) Carece de virtualidad el alegato relativo a que debe entenderse que es preceptiva la intervención de los profesionales de derecho para la práctica de la repetida diligencia preliminar, por cuanto la misma no aparece excluida en la legislación procesal.

Lo que sucede es, más bien, que los artículos 23 y 31 de la LEC no prevén la intervención de aquellos en el trámite en el que la recurrente pretende residenciar su derecho al cobro de los que denomina gastos generados por las diligencias preliminares solicitadas. Esto es, no es que no excluya la intervención de dichos profesionales en casos como el presente, sino más bien que no la incluye.

Así, el art. 23 de la ley procesal, al referirse a la intervención de procurador, dice que la misma es necesaria para la "comparecencia en juicio". Y es obvio que no tiene tal carácter la presentación en el juzgado de los citados documentos en el ámbito de las diligencias

preliminares previas a la interposición de la demanda y, por lo tanto, también a la incoación de juicio alguno.

En similar sentido, cuando el art. 31 LEC regula la asistencia de letrado defensor, dice que la función de éste es la dirección de los "litigantes", condición que en el marco de las diligencias de continua referencia no tienen ni la solicitante, ni tampoco la mercantil requerida, por la simple razón de que no hay litigio>>⁴²².

En la misma línea, existe dentro de esta corriente una línea jurisprudencial que matiza que, no siendo necesaria la intervención de abogado y procurador en el procedimiento preliminar, con carácter general, puede ser preceptiva la intervención de estos profesionales si durante el procedimiento se suscita oposición.

Así, el AAP Granada de de 25 de abril de 2008 argumenta sobre la imposibilidad de satisfacer los honorarios de abogado y procurador con cargo a la caución prestada por el solicitante de las diligencias preliminares << cuando no es preceptiva su intervención (arts. 23-3º y 32-2-2º de la LEC) ni desde luego en este concreto caso, mínimamente necesaria, cuando no ha habido oposición y lo único que se requería era responder si era propietario o poseedor de determinadas fincas y que exhibiere los títulos, evidenciándose del resultado de su practica la razonabilidad de lo interesado, al quedar constancia de la adquisición por este de dos de las fincas en documento privado hace más de treinta años, no constando ello en el Registro.

En las diligencias preliminares de no haber oposición, sólo existe realmente una parte, siendo estas un acto preparatorio que presenta

⁴²² Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), Auto núm. 86/2009 de 8 abril, JUR 2009\304661.

diferencias sustanciales con lo que sería un proceso, de forma que no será aceptable una aplicación analógica del art. 32 de la LEC.

Por cuanto antecede, consideramos improcedente incluir como gastos justificados con cargo a la caución el importe de las minutas de Abogado y Procurador con los que, solo por su propia voluntad, se personó el requerido y compareció a la práctica de la diligencia, y para lo que en absoluto se hacía preciso, por lo que no podrán derivarse hacia el solicitante de aquellas ni por ello aplicarse a su satisfacción la caución >>

⁴²³.

En el mismo sentido se pronuncia el AAP Sevilla de 21 de junio de 2007, en el que se razona que << para atender el requerimiento en qué consistía la diligencia preliminar de que se trata, lo mismo exhibiendo el documento de transmisión que, según los solicitantes, había otorgado la otra parte, que negando que tal transmisión se hubiera llevado a cabo, que fue la postura de ésta, con la que la diligencia no dejaba de cumplir la finalidad que perseguía, considera el tribunal que no era necesario, en absoluto, la intervención de Abogado y Procurador, pues con ello, más que manifestar oposición alguna, lo que si hubiera exigido la intervención de éstos profesionales, dados los términos de los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, simplemente se daba cumplimiento al requerimiento practicado, para lo que el requerido no precisa de su intervención, admitiendo el artículo 152.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en la diligencia correspondiente, se consigne la respuesta que pueda dar éste.

De la misma manera, la manifestación de que no se había producido la transmisión que los solicitantes sospechaban, tampoco era necesario apoyarla con la aportación de una certificación del Registro de la Propiedad

⁴²³ Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), Auto núm. 60/2008 de 25 abril, JUR 2008\331824.

de que la finca seguía estando inscrita a nombre de su titular, BP OIL España, S.A., lo que aquéllos podían haber constatado personalmente acudiendo a dicho Registro>>⁴²⁴.

Por el contrario, una segunda gran corriente jurisprudencial –y mayoritaria- estima que con carácter general la intervención de abogado y procurador en el procedimiento de diligencias preliminares resulta necesaria, pudiendo excepcionarse, en su caso, su carácter obligatorio en supuestos de urgencia, quizá solo para la solicitud inicial.

Dentro de esta gran corriente, cuyo común denominador es el carácter preceptivo, al menos general, de la intervención de estos profesionales técnicos en el procedimiento preliminar, pueden apreciarse también líneas interpretativas matizadas.

Una primera interpretación es la que parte del carácter preceptivo de la intervención de abogado y procurador durante el procedimiento preliminar en todo caso, bien por ser la regla general no expresamente excepcionada para las diligencias preliminares, bien por negar que las diligencias preliminares posean la nota de urgencia que autorizaría prescindir de la intervención de estos profesionales técnicos en el procedimiento preliminar.

Así, la SAP de Burgos de 1 de marzo de 2002 indica en el primer sentido expuesto que <<de la lectura de los artículos 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 31 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a los Abogados, y 438 y 23, de las respectivas Leyes citadas, en lo que afecta a los Procuradores, se extrae una conclusión lógica, cual es la de que la intervención de Abogado y Procurador *es preceptiva en la jurisdicción civil*, con la única *excepción de*

⁴²⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), Auto núm. 142/2007 de 21 Junio, JUR 2008\52840.

aquellos supuestos en los que el legislador expresamente ha determinado que no sea obligatoria la intervención de dichos Profesionales, de lo que se sigue, que la regla general es la de que en toda tasación de costas deben incluirse los honorarios de Letrado y los derechos de Procurador, salvo en aquellos supuestos en los que la Ley expresamente determine que su intervención no es preceptiva.

Siendo así que el procedimiento seguido para tramitar la cuestión donde se hizo la imposición de costas no se encuentra citado expresamente en los artículos 23.2 y 31.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debe seguirse la consecuencia lógica de que *en ese tipo de procedimientos es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador* y que, correlativamente, los derechos de dichos Profesionales deben incluirse en la tasación de costas correspondiente.

No se opone a lo dicho la remisión que se hace en el artículo 260.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a los trámites del juicio verbal para dilucidar las oposiciones que se planteen en las diligencias preliminares, pues *el hecho de que haya una remisión a los trámites del juicio verbal no significa que estemos ante un juicio verbal propiamente dicho*, sino que hay una mera remisión a un determinado cauce procesal, sin que ello suponga la transformación del proceso. Por otra parte, no debe olvidarse que, dentro de los juicios verbales, la regla general es la preceptiva intervención de Abogado y Procurador y que sólo cuando dentro de esos juicios concurren determinados requisitos, se excepciona la obligatoriedad. *Siendo así que la regla general en los juicios verbales es la preceptividad de la intervención de los Profesionales del derecho, no cabe*

*interpretar extensivamente la excepción, sino que la misma debe ser aplicada de modo restrictivo>>*⁴²⁵.

Este criterio hermenéutico se recoge también en la SAP Zaragoza de 30 de noviembre de 2007, que, además, recoge otros sólidos argumentos en apoyo de su postura. Así, se razona que <<- las "medidas urgentes" a que se refieren los señalados artículos (artículos 23, 2, 3º y 31, 2, 2º de la Ley de Enjuiciamiento) no son las "diligencias preliminares" solicitadas por la parte, pues, aparte de su denominación distinta por la que se podría deducir la diferente naturaleza de cada una de ellas, las primeras se adoptan precisamente en consideración a los daños que podrían derivarse de su no adopción rápida mientras que las segundas tienen por objeto preparar un juicio, pudiendo tratarse estas segundas tanto de medidas urgentes como de no urgentes, y no se pueden hacer depender la obligatoriedad de la intervención de procurador y abogado de esta segunda clasificación pues todas ellas responden a la misma finalidad preparatoria del juicio. Si lo expuesto no se estimará suficiente, que ha de serlo, todavía se podría añadir otro argumento, como es que la vigente Ley de Enjuiciamiento regula como tales algunas medidas de indudable complejidad técnica, y a continuación se establece un procedimiento especial, en el que se prevé la oposición de la parte contraria, que se decidirá previa la celebración de vista en el correspondiente auto, recurrible en caso de estimarse justificada tal oposición, y en cualquier caso se ha de prestar caución, cuyo importe es siempre recurrible, y los apremios necesarios para asegurar la efectividad de las medidas, *que aconsejan asimismo la actuación de los señalados profesionales*. Y aun cabría un tercer argumento favorable a esta tesis de la inclusión de los honorarios, como es la de que el propio artículo 260. 3 de la Ley establece la imposición de costas en el caso que juzgase es

⁴²⁵ Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), Sentencia núm. 127/2002 de 1 marzo. JUR 2002\137154.

injustificada la oposición formulada, cuya condena en gran medida quedaría vacía de contenido de no entenderse de este modo, pues el importe de la referida caución responde de los gastos que se originen las personas que hayan de intervenir en la práctica de estas diligencias y de la indemnización de los posibles daños que se produzcan, conforme a lo que se determina en el mencionado artículo 256. 3. cuyo posible remanente sólo se devolverá al solicitante de la medida una vez cubiertos esos gastos y transcurrido el tiempo de un mes aludido en el precepto, según se señala ahora en el siguiente artículo 262. 2. Y aún cabría otro argumento definitivo, como es el de que la Ley, en los artículos citados, *impone como regla general la obligatoriedad de la intervención de abogado y procurador en todos los juicios civiles* -"La comparecencia en juicio será por medio de procurador..."; "Los litigantes serán dirigidos por abogado..."--, salvando dicha obligatoriedad en los supuestos específicos que después a modo de excepción individualiza, y ninguno de ellos se refiere a este supuesto de diligencias preliminares>>⁴²⁶.

En el sentido de carecer las diligencias preliminares de carácter urgente, el AAP Madrid de 23 mayo de 2011, refiriéndose al concepto de diligencias preliminares, indica que estas son: " un acto procesal preparatorio del juicio que no puede considerarse actuación urgente pues no se dirige a proteger derechos o bienes en situación de riesgo que por ello requieran el amparo judicial antes del proceso. Su función es eminentemente jurídica por la trascendencia formal que tienen en el proceso y la necesidad de su planteamiento permite presumir el necesario estudio técnico por quien se propone instar un litigio. Tampoco se recaban medidas, es decir decisiones judiciales compulsivas, coercitivas o

⁴²⁶ Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), Sentencia núm. 671/2007 de 30 noviembre. JUR 2008\73591. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª), Auto núm. 718/2009 de 22 diciembre. JUR 2010\235175.

preventivas. Por todo ello, no es posible incardinarlas, en la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio que como excepción a la intervención de los Profesionales se permite en los artículos 23 y 31 LEC”⁴²⁷.

En la misma línea se posiciona el AAP Murcia de 14 de julio de 2003, precisando que el carácter urgente puede apreciarse en las medidas cautelares, pero no en las diligencias preliminares. En consecuencia, pone de manifiesto que <<a diferencia de lo que se afirma en el escrito de interposición del recurso y en línea con lo expuesto en el escrito de oposición al mismo, la intervención de Letrado sí es necesaria en las Diligencias Preliminares, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues cuando el precepto habla de "medidas urgentes" no incluye las Diligencias Preliminares, sino solamente las medidas cautelares, y, por tanto, debe regir la regla general de que sí es preceptiva la intervención de abogado; y debe añadirse que el artículo 256.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil también señala que los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares>>⁴²⁸.

Igualmente la SAP Guipúzcoa de 21 de enero de 2002 establece que <<el legislador de 1881 al igual que el legislador del 2000 prevé la posibilidad de que en supuestos de urgencia la demanda de la adopción de las diligencias preliminares para el Juicio puedan llevarse a término sin asistencia ni representación técnica, más la cuestión en la derogada normativa procesal como en la presente se concretará en determinar cuáles son los supuestos en los que concurre la urgencia que como supuesto de

⁴²⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), Sentencia núm. 246/2011 de 23 mayo, JUR 2011\238178. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 71/2005 de 29 abril, JUR 2005\157415.

⁴²⁸ Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), Auto de 14 julio 2003, JUR 2003\234891.

relevancia legítima la posibilidad de la realización del acto procesal sin la intervención profesional que como norma general se establece en la ley. Con relación con la urgencia y a pesar de los múltiples debates doctrinales como presupuesto legitimador de la no intervención de los profesionales, la doctrina de manera mayoritaria se decanta por distinguir entre medidas cautelares y medidas preliminares, con base a la nueva denominación que en la ley procesal se establece, señalándose que la urgencia a que hacían referencia los artículos 4 y 11 de la LEC/1881 como el 23 y 31 de la LEC/2000 ha de predicarse de las medidas cautelares mas no de las preliminares, razón por la cual *la citada urgencia se concreta y se afirma inexistente en estas últimas*, y menos aún cual la que es objeto del presente supuesto que se concreta en una acción *ad exhibendum* donde la urgencia es inexistente y donde la posible prescripción de la acción que como argumento de urgencia se utiliza por el recurrente en apoyo de la demandada urgencia no puede ser acogida, pues la prescripción se interrumpe de conformidad con los medios establecidos en la ley y por ende no puede predicarse del presente supuesto la ausencia que por el recurrente se afirma, de ahí que en el presente y dado que no existen elementos que puedan racionalmente determinar la urgencia de la adopción es evidente que habrá de predicarse la intervención preceptiva de los citados profesionales en unas medidas cual las presentes >> ⁴²⁹.

En esta segunda corriente jurisprudencial se aprecia una segunda línea interpretativa que matiza que, si bien con carácter general es preceptiva la intervención de abogado y procurador en el procedimiento preliminar, deja abierta la puerta a que en algún supuesto pueda ser exceptuada su necesaria intervención, si en un caso concreto pudiera percibirse la urgencia.

⁴²⁹ Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), Sentencia de 21 enero 2002. JUR 2002\218068. La cursiva es nuestra.

En este sentido, la SAP Zaragoza de 10 de septiembre de 2002 dice que <<no estableciéndose nada al respecto en el procedimiento específico sobre tal cuestión entrará en juego lo preceptuado en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que el debate queda reducido a si procede considerarse las diligencias preliminares como medidas urgentes anteriores al juicio que exceptuaría, según el número 3 del artículo 23 y número 2 del artículo 31 de la Ley ritual, de la intervención de ambos profesionales, entendemos que la referencia más bien dirigida a las medidas cautelares que pueden tener ese carácter, a diferencia de las diligencias preliminares. No obstante, tampoco, a nuestro juicio, habría inconveniente en que se encardinaran éstas últimas dentro de las excepciones antes mencionadas, siempre que se acreditase la urgencia, pero, lo que no puede entenderse es que todas las diligencias preliminares tengan tal carácter >>

430

Igualmente el AAP Zamora de 28 de junio de 2007 establece en este sentido que <<la intervención de Letrado y Procurador en la solicitud de Diligencias Preliminares se rige por lo dispuesto, respectivamente, en los arts. 31.2 y 23.2 de la LECiv., por lo que su intervención no será preceptiva cuando el solicitante *acredite la urgencia* de las mismas para su práctica con anterioridad al juicio, supuesto que no concurre en el presente caso, *por lo que si es preceptiva su intervención para su solicitud ha de reputarse igualmente que la parte demandada para sostener el equilibrio entre las partes en el proceso y la igualdad de armas para la adecuada defensa de sus intereses, si compareciera asistida de Letrado y Procurador deberá ser indemnizada por los honorarios y derechos satisfechos con cargo a la caución prestada*, ya que la propia lógica del supuesto presupone que si, por el contrario, se hubiera opuesto la parte

⁴³⁰ Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª), Sentencia núm. 500/2002 de 10 septiembre, JUR 2002\254755.

demandada injustificadamente hubiera debido ser condenada al pago de las costas causadas por la intervención de Letrado y Procurador en la formulación de la solicitud a favor de la parte, ahora, recurrente>>⁴³¹.

Una tercera línea interpretativa de esta segunda gran corriente jurisprudencial precisa que, si bien con carácter general es obligatoria la intervención de letrado y procurador en el procedimiento preliminar, deja abierta la puerta a que en algún supuesto pueda ser exceptuada su necesaria intervención, si en un caso concreto pudiera percibirse la urgencia, pero matiza que esa excepción solo se aplicaría al escrito inicial de la solicitud, no a los posteriores actos del procedimiento preliminar.

Así, la SAP Castellón de 7 de junio de 2007, que, de modo extenso y haciendo gala de diversas citas a la doctrina procesalista, se expresa en los siguientes términos: <<La doctrina científica coincide en que el concepto de "medidas urgentes anteriores al juicio" se compone de un elemento objetivo-temporal consistente en que se trate diligencias previas al proceso contencioso -lo que no plantea problemas en el presente caso-, pero también de un elemento sujeto a valoración en cada supuesto, cuál es la urgencia de las medidas de que se trate.

Digamos, en primer lugar, que no es exacta la cita que de un reputado autor procesalista se hace por la parte impugnantes de la tasación, al decir que el mismo excluye la necesidad en intervención de los profesionales del derecho "al entender que las Diligencias Preliminares son incardinables en las medidas urgentes anteriores al juicio para las que no se necesita la actuación de tales profesionales. Lo que en realidad sostiene el autor citado por dicha parte es que los artículos 23 y 31 LEC "excluye la necesidad de la misma cuando se trata de medidas urgentes con

⁴³¹ Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), Auto núm. 44/2007 de 28 junio. JUR 2007\319655.

anterioridad al juicio, por lo que todo depende de que la diligencia concreta pueda considerarse urgente" (Véase MONTERO AROCA, ...).

En sentido similar se han pronunciado otros autores de la doctrina científica. Se ha dicho que en el ámbito de la excepción a la obligatoriedad de intervención de los profesionales del derecho se comprenden las diligencias preliminares de los artículo 256 y siguientes LEC siempre que tales actividades preparatorias del juicio puedan considerarse urgentes, pues el otro caso no quedarían exentas de la exigencia de intervención de aquellos; así como que a este respecto se exigen dos características, cuáles son la anterioridad al juicio y la urgencia, la primera de los cuales es un hecho de existencia y constatación objetiva, mientras que la segunda (urgencia) una situación referida a un concepto jurídico indeterminado, de apreciación y valoración por el tribunal en cada caso, a la vista de las circunstancias del mismo (CORDÓN MORENO, F...). También que "no basta con la precedencia a la demanda, si no va acompañada de la existencia y justificación de la urgencia" (MORENO CATENA, V...).

En el supuesto de autos, no cabe duda de que la diligencia preliminar solicitada que, como ya hemos dicho, consistía en la exhibición de documentos por parte de la mercantil a la que se pensaba demandar era anterior al juicio.

Ni se ha justificado que fuera urgente, ni tampoco nosotros advertimos que tuviera dicho carácter. El artículo 131.2 LEC, al referirse a la habilitación de días y horas inhábiles, dice que "Se considerarán urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial". En algún caso, es el propio ordenamiento el que califica de urgente una diligencia o medida previa al juicio, como sucede en el artículo 129 de la Ley de Patentes , al disponer que "La

persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos...". Pero nos parece claro que no merece ser incardinada en el concepto la repetida diligencia de exhibición de documentos, solicitada para poder determinar el montante exacto de las cantidades que considera que se le adeudan por la mercantil a la que pensaba demandar, tal como decía en su solicitud inicial.

Por lo tanto, careciendo de la cualidad de urgente la diligencia preliminar en cuya tramitación, oposición y recursos interpuestos -como resulta del contenido de los correspondientes actuaciones judiciales- se ha generado los derechos de la representación procesal y los honorarios de la defensa incluidos inicialmente en la tasación de costas y marginados de la misma por la sentencia ahora recurrida, la consecuencia ha de ser que ni los derechos del Procurador interviniente, ni tampoco los honorarios del Abogado defensor del promotor de las diligencias deben ser excluidos de la tasación de costas, al no quedar comprendidos en las excepciones que a la obligatoriedad de la intervención derechos profesionales se contienen en los artículos 23.2.2 y 31.2.2 LEC.

Cabría añadir, a mayor abundamiento que, en todo caso, las excepciones que aquí no concurren son de aplicación únicamente al escrito inicial, teniendo en cuenta el tenor literal tanto del artículo 23.2.2 ("cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio"), como el contenido del artículo 31.2.2 LEC ("solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio"), pero no a los trámites siguientes. Esto es, puede presentarse el primer escrito sin la firma de Procurador, ni de Letrado, atendiendo a la urgencia del caso, pero si se formula oposición, se interponen recursos, o se suscita cualquier incidencia -y en el caso de autos la mercantil impugnante se opuso a la diligencia acordada, interpuso varios

recursos de oposición e intentó sin éxito promover la nulidad de actuaciones- deben intervenir tanto el representante procesal como defensor de la parte y sus derechos y honorarios pueden incluirse en la tasación de costas. Téngase en cuenta que, por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 771. 1 LEC, al tratar al medidas provisionales previas a la demanda de nulidad separación o divorcio permite que la solicitud se presente sin la intervención de procurador y abogado, que si "será necesaria..... para todo escrito y actuación posterior". Y si bien no se contiene un precepto similar en la regulación de las diligencias preliminares, no plantea dudas la aplicación analógica del que acabamos de citar, dada la identidad de razón entre uno y otro supuesto (artículo 4 CC) >> ⁴³².

Por último, debe recordarse la corriente jurisprudencial que, partiendo del carácter preceptivo de la intervención de procurador y abogado durante el procedimiento preliminar, pone de manifiesto, en consonancia con la jurisprudencia constitucional, el carácter subsanable de los defectos de postulación procesal.

Así, expone brevemente el AAP Almería de 23 de marzo de 2006 que <<en todo caso, aun cuando la intervención de dichos profesionales se considerase necesaria, la omisión de tal requisito no podría dar lugar a la inadmisión «ad limine» del recurso pues sería un defecto susceptible de subsanación >> ⁴³³.

En el mismo sentido, pero con amplia cita de jurisprudencia constitucional, el AAP Las Palmas de 7 de marzo de 2007 pone de manifiesto que: <<Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) de 26-3-2001, nº 79/2001, con cita a su vez en la de 27 de

⁴³² Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), Sentencia núm. 271/2007 de 7 junio. JUR 2007\321521.

⁴³³ Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), Auto núm. 26/2006 de 23 marzo, AC 2006\995.

noviembre, «este Tribunal ha declarado que los órganos judiciales deben ponderar la entidad real de los defectos que advierten en los actos procesales de las partes en relación con el cierre del proceso y el acceso a la jurisdicción, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que deben acarrear, y procurar siempre que sea posible su subsanación, al objeto de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. En dicha ponderación deben de atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal incumplido o irregularmente observado (SSTC 87/1986, de 27 de junio, FJ 3; 117/1986, de 13 de octubre, FJ 2; 33/1990, de 26 de febrero, FJ 3; 331/1994, de 19 de diciembre, FJ 2; 145/1998, de 30 de junio, FJ 2; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 108/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 193/2000, de 18 de julio, FJ 3). Si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cierre la vía del proceso e impida el acceso al mismo será incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que si aquella finalidad puede ser lograda, sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto (SSTC 92/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 213/1990, de 20 de diciembre, FJ 2; 172/1995, de 21 de noviembre, FJ 2)". Y los defectos advertidos en los actos de postulación o

representación procesal de las partes son de carácter subsanable (SSTC 163/1985, de 2 de diciembre, FJ 3; 117/1986, de 13 de octubre, FJ 2), por lo que debe conferirse a las partes la posibilidad de salvarlos antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto (en el mismo sentido, SSTC 123/1983, de 16 de diciembre; 132/1987, de 21 de julio; 174/1988, de 3 de octubre; 92/1990, de 23 de mayo; 213/1990, de 20 de diciembre; 133/1991, de 17 de junio; 104/1997, de 2 de junio; 67/1999, de 26 de abril, FJ 5)»

Conforme a la anterior doctrina el Tribunal de primera instancia, teniendo además en cuenta el contenido del art. 11.3 de la LOPJ y en relación con el mismo el art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no debió inadmitir ad limine litis la petición (ningún precepto autoriza además tal inadmisión directa) sino haber requerido a la parte para subsanar - fijando un plazo- el defecto advertido; no habiéndolo hecho procede dejar sin efecto el referido auto retrotrayendo las actuaciones a un momento anterior a fin de que, conforme a lo que previene el art. 258 LEC, pueda pronunciarse el referido tribunal acerca de la procedencia o no de las medidas solicitadas >> ⁴³⁴.

B) La cuestión en la doctrina

Con relación a la intervención del procurador en el proceso civil, como es sabido, la regla general es la obligatoria comparecencia en juicio mediante procurador (art. 23. 1 LEC), regla que es excepcionada, entre otros supuestos, “cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio” (art. 23. 2. 3º LEC).

⁴³⁴ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), Auto núm. 51/2007 de 7 marzo, JUR 2007\150260.

Igualmente, con relación a la intervención de abogado predomina como regla general la necesaria defensa letrada (art. 31. 1 LEC), si bien, como en el caso anterior, se establece como excepción a la preceptiva intervención letrada la de los “escritos que tengan por objeto ... solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio” (art. 31. 2 2º LEC).

La ausencia de norma especial entre las disposiciones que regulan las diligencias preliminares, el contenido de las normas generales establecidas en los arts. 23 y 31 LEC y el hecho de que las diligencias preliminares se soliciten con anterioridad al juicio, ya que su finalidad es prepararlo, también ha suscitado controversia entre la doctrina sobre la cuestión relativa a si en el procedimiento preliminar es preceptiva o no la intervención mediante abogado y procurador.

No obstante, en la doctrina la polémica resulta mucho menor. Es cierto que no falta opiniones doctrinales que estiman que <<la solicitud de la diligencias preliminar no precisa de la intervención de abogado y procurador>>, porque consideran que <<la justificación cautelar de la diligencia preliminar saliendo al paso del *periculun in mora* en razón de su urgencia permite afirmar que el solicitante de la diligencia preliminar) podrá comparecer por sí mismo sin intervención de abogado y procurador por tratarse de medidas con anterioridad al juicio>>⁴³⁵.

Sin embargo, en la doctrina procesalista predomina con rotundidad la interpretación de que, con algunos matices nada irrelevantes que se apuntarán después, en el procedimiento de diligencias preliminares resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador.

⁴³⁵ LORCA NAVARRETE, <<La regulación de las diligencias preliminares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional>>, Diario La Ley, nº 5146, de 23 de septiembre de 2000.

En este sentido, MONTERO advierte que la regulación de la intervención de procurador y abogado en los arts. 23 y 31 LEC "excluye la necesidad de la misma cuando se trata de medidas urgentes con anterioridad al juicio, por lo que todo depende de que la diligencia concreta pueda considerarse urgente" ⁴³⁶.

Así mismo, MORENO pone de manifiesto que para eximir la necesaria intervención de abogado y procurador, "no basta con la precedencia a la demanda, si no va acompañada de la existencia y justificación de la urgencia" ⁴³⁷.

En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO sostiene que << debe entenderse por la intervención de Procurador y Abogado es preceptiva para formular la solicitud, salvo que se acredite que se trata de una medida urgente, sin que sea admisible entender que toda solicitud de diligencias preliminares lleva ínsita ya la urgencia. La urgencia deberá acreditarse (por ejemplo, por la próxima caducidad de la acción, a ejercitar), lo que hace aún más difícil o, al menos desaconsejable que se formule sin Procurador y Abogado>> ⁴³⁸.

Igualmente, ARMENTA señala que <<será necesaria la representación de procurador y defensa técnica de letrado, salvo que se acredite la urgencia de la medida (art. 23.3º y 31.2º LEC)>> ⁴³⁹.

En igual sentido, DAMIÁN afirma que, <<salvo que se las catalogue como medidas urgentes, lo cual es bastante discutible, las partes

⁴³⁶ MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional*, II, con otros, Tirant lo Blanch, 2005, p. 155.

⁴³⁷ MORENO CATENA, V.: *El proceso civil*, I (AAVV), Tirant lo Blanch, 2001, pp. 241 y 297.

⁴³⁸ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros, Civitas, Madrid, 2001, p. 481

⁴³⁹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 147.

deberán comparecer por medio de abogado y procurador, lo que no es muy razonable, sobre todo teniendo en cuenta que el requerido puede ser condenado en costas (artículo 260.2)>>⁴⁴⁰.

Por último, GARBERÍ evoluciona hacia esta posición, fundándose en la regulación contenida en los artículos 23 y 31 LEC, y, además, en el hecho de que para la determinación del juez competente que ha de conocer de las solicitudes de diligencias preliminares se requiere la aplicación e interpretación de normas estrictamente jurídicas, o en el hecho de que frente a algunas de sus resoluciones que el órgano judicial dicte durante el procedimiento preliminar pueda interponerse recurso de apelación, razones que abonan también por considerar la vigencia en este ámbito del presente presupuesto procesal de la postulación⁴⁴¹.

Con todo, esta interpretación doctrinal mayoritaria debe ser matizada con dos observaciones. En primer lugar, que la excepción a la necesaria intervención de abogado y procurador en el procedimiento preliminar lo es a los solos efectos de realizar la solicitud de la diligencia, siendo exigible en el resto de actuaciones que componen el procedimiento preliminar la intervención preceptiva de los referidos profesionales. En el mismo sentido se ha concluido respecto de las medidas cautelares previa a la demanda en los procesos matrimoniales, señalando que la excepción “lo es a los solos efectos de presentar la solicitud de medidas matrimoniales previas, en razón precisamente de la urgencia, pues como reconoce el art. 771.1, para todo escrito o actuación posterior en dicho incidente, el solicitante debe comparecer en las actuaciones con

⁴⁴⁰ DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1687. Lo mismo sostiene AGUILERA MORALES (<<Las diligencias preliminares>>, Tribunales de Justicia, abril de 2001, p. 27) e ILLESCAS RUS (*Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, Volumen I, SEPÍN, Madrid, 2002, p. 632

⁴⁴¹ GARBERI LLOBREGAT, *Las diligencias preliminares en la LEC*, Bosch, 2009, pp. 63-64. Este autor evoluciona hacia esta posición, pese a que un principio entendiera que

Procurador y Abogado, de donde no puede amparar la tramitación subsiguiente que requiera la adopción de las medidas sin Abogado y Procurador, y esta prevención habrá de hacerse al demandado para acudir a la comparecencia que se convoque (art. 771.2).

Pero si la urgencia justifica la comparecencia personal, no permite continuar la tramitación sin el profesional, salvo naturalmente que en el procedimiento principal en donde la medida se inserta tampoco fuera preceptiva la representación técnica”⁴⁴².

Esta última consideración conecta con la segunda observación que se quería realizar, consistente en que la mayoría de la doctrina precisa que el carácter preceptivo de la intervención de abogado y procurador durante el procedimiento preliminar resultará excepcionada en aquellos casos en los que no resulte preceptiva la representación y defensa técnicas en el posterior proceso que con las diligencias preliminares se persigue preparar.

En este sentido, GARNICA sostiene que <<nunca se exigirán estos requisitos de postulación en los supuestos en los que el proceso al que estén preordenadas las diligencias no requieran de la asistencia de esos profesionales, que sería completamente irrazonable imponer esa asistencia técnica en estos casos>> por considerar que debe hacerse aplicación en los mismos de la regla conforme a la cual <<lo accesorio debe seguir a lo principal>>⁴⁴³.

En igual sentido se pronuncia BELLIDO, quien señala que <<cuando las diligencias preliminares sean instrumentales de un proceso en el que resulten facultativas la representación y defensa técnicas, un criterio

⁴⁴² MORENO CATENA, Víctor, *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, La postulación procesal: Arts. 23 a 30 LEC*, BARCELONA, OCTUBRE DE 2005, nº 305, p. 11.

⁴⁴³ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 1159.

no expreso en la norma pero de elemental lógica jurídica debe llevar a considerar no preceptivas aquéllas en sede preliminar>>⁴⁴⁴.

En definitiva, como advierte DAMIÁN, “la Ley guarda silencio sobre el aspecto relativo a si es o no preceptiva la intervención de abogado y de procurador. Los preceptos que regulan esta materia no establecen nada al respecto y, salvo que se les catalogue como medidas urgentes (arts. 23.2 y 31.2), lo cual es bastante discutible las partes deberán comparecer por medio de abogado y procurador (art. 260.2). Sin embargo, esta solución no es la adecuada. Lo lógico es exigir la intervención obligatoria de abogado y procurador cuando esta sea preceptiva en el proceso principal, no en vano las diligencias preliminares existen en función de un proceso al cual sirven. Por lo tanto, al igual que sucede en otros supuestos (art. 539.1), no debiera exigirse la obligatoria intervención de abogado y procurador en aquellos procesos en los que no sea preceptiva la intervención de estos profesionales”⁴⁴⁵.

C) Conclusión

A mi juicio, de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales expuestas debe extraerse como conclusión que la intervención de abogado y procurador en el procedimiento preliminar resulta preceptiva, salvo que concurran razones de urgencia, que eximirán de la necesaria

⁴⁴⁴BELLIDO PENADÉS, *Proceso Civil Práctico*, Tomo III, La Ley, Madrid, 2002, p. 855. En el mismo sentido, GUTIERREZ SANZ, M. R., *Comentarios Prácticos a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos), Trivium, 2000, p. 300 y GARCÍANDIA GONZALEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. CORDON MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPÁRZA y TAPIA FERNANDEZ); Aranzadi, V-I, 2001, pp. 957 y 958.

⁴⁴⁵ DAMIÁN MORENO, J., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los Procesos ordinarios. Las medidas cautelares* (coords. CORTÉS DOMINGUEZ y MORENO CATENA), T-II, 2000, p. 23.

intervención de estos profesionales a la solicitud de diligencias preliminares, no al resto de actuaciones que integren el procedimiento preliminar, y ello sea preceptiva o no su intervención en el posterior proceso que se persigue preparar.

La necesaria intervención de abogado y procurador durante el procedimiento preliminar puede fundarse en distintas razones. Por una parte, no existe regla especial sobre el carácter de la intervención de estos profesionales durante el procedimiento de diligencias preliminares, por lo que debe resolverse la cuestión aplicando la regulación general establecida en los arts. 23 y 31 LEC, en los que se establece la regla general de la preceptiva intervención de estos profesionales, sin que, al menos de ordinario, las diligencias preliminares resulten incluidas en las excepciones que aquellos preceptos establecen y que, como excepciones, deben interpretarse restrictivamente.

Por otra parte, porque las actuaciones que integran el procedimiento preliminar en muchas ocasiones implican una complejidad técnica que hace conveniente la intervención de abogado y procurador.

Como excepción, cabría admitir como casos de intervención profesional facultativa los supuestos en los que la solicitud de diligencias preliminares resultase urgente, si bien la urgencia en la solicitud deberá *justificarse*, lo que supone demostrar, tanto la urgencia en sí misma considerada, como que no admite la demora derivada en contactar con dichos profesionales para elaborar y presentar la solicitud⁴⁴⁶.

Y aún así, ello no significa que a partir de la presentación urgente de dicha solicitud el procedimiento continúe desarrollándose sin la presencia de dichos profesionales, al contrario la excepción a la

⁴⁴⁶ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 126.

intervención preceptiva de estos profesionales solo opera para el escrito inicial, según deriva del tenor legal, que en sentido estricto solo refiere la excepción a la solicitud, por lo que a partir de ese momento urgente las demás actuaciones requerirán de la respectiva intervención de procurador y abogado.

Sin embargo, pese a que autorizadas y mayoritarias opiniones doctrinales consideran que el anterior régimen de intervención sólo es aplicable cuando se persiga preparar un posterior proceso en el que resulte preceptiva la intervención de abogado y procurador, pero no cuando se pretenda preparar un posterior proceso en el que la intervención de dichos profesionales sea facultativa, a mi juicio, la preceptividad de la intervención de estos profesionales debe exigirse en ambos casos, es decir, con independencia de la materia y cuantía que pudiera tener, en su caso, el posterior proceso principal. Ello quiere decir que será necesaria la intervención de esos profesionales aunque el posterior juicio verbal fuere de cuantía inferior a 2000 euros., ya que la presencia de abogado y de procurador en todo incidente preliminar puede justificarse por sí misma, al tratarse de una actividad procesal específica que puede implicar cierta complejidad en cuanto a su desarrollo ⁴⁴⁷.

En efecto no puede olvidarse que la preceptiva intervención de aquellos profesionales, en primer lugar, puede deberse a la dificultad de determinar *a priori* cual será la cuantía del futuro proceso que pudiera plantearse. Y tratarse de una actividad procesal específica que puede implicar una cierta complejidad en cuanto a su desarrollo ⁴⁴⁸. Así puede que para la determinación del juez competente que ha de conocer de las

⁴⁴⁷ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 128 y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares ...*, Bosch, 2000, pp. 63-64.

⁴⁴⁸ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 128 y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, 2000, p. 63.

solicitudes de diligencias preliminares se requiera la aplicación e interpretación de normas estrictamente jurídicas, y el hecho de que frente a algunas de las resoluciones que el órgano judicial dicte durante el procedimiento pueda interponerse recurso de apelación, abonan también por considerar la vigencia en este ámbito del presente presupuesto procesal de la postulación ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley*, ob. cit. p. 64.

CAPITULO TERCERO. EL PROCEDIMIENTO

I. Solicitud.

El procedimiento de adopción de diligencias preliminares comienza mediante la solicitud de persona legitimada, pues en un sistema de determinación de diligencias preliminares de *numerus clausus*, se limitan tanto las diligencias preliminares que pueden acordarse, como las personas legitimadas para instarlas.

En este sentido, con motivo de la ley anterior, pero con palabras también aplicables a la ley vigente, la jurisprudencia menor ha señalado que <<conforme se desprende de su propio tenor literal y mantiene la doctrina científica, no en todas las hipótesis imaginables en que a una persona interese resolver una cuestión procesal ulterior existe la válida posibilidad de solicitar una diligencia preliminar, sino tan sólo en los casos que taxativamente marca la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), de ahí que la legitimación para instar la solicitud venga detallada de forma específica en la mayoría de los casos>>⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰. Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), Auto de 13 abril 1998, AC 1998\747.

La solicitud de diligencias preliminares consiste en un acto de parte ⁴⁵¹, una petición, necesaria para que puedan acordarse estas diligencias, las cuales cuando se dirigen a la preparación de un proceso civil no pueden acordarse de oficio.

Como tal solicitud, conlleva la necesidad de efectuar las correspondientes alegaciones, ya que, además de pedir una determinada diligencia preliminar, se deben afirmar unos hechos y derechos en base a los cuales se pide o solicita ⁴⁵².

Tras la petición, el Juez tiene que resolver sobre la procedencia o no de la diligencia preliminar. La resolución inicial que dicte lo será sin haber oído a la parte contraria, teniendo en cuenta exclusivamente lo que el solicitante le hubiera pedido y argumentado. En este sentido, se ha advertido que << (...) las diligencias preliminares se acuerdan a instancia del solicitante e inaudita parte, esto es, sin dar previa audiencia al sujeto afectado por las mismas, circunstancia que obliga a resolver con prudencia, ya que la fijación de la caución que debe prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse ex art. 256.3 LEC, no legitima el mecánico acogimiento de cualquier diligencia que se solicite>> ⁴⁵³.

⁴⁵¹ Se trata de un acto de los que GÓMEZ ORBANEJA, siguiendo a GOLDSCHMIDT, llama acto de parte, en cuanto es al particular al que incumbe su realización, no pudiendo nunca hacerlo ningún otro sujeto del proceso. Estos actos son subdivididos por el referido autor en actos de postulación (Erwirkungshandlungen) y actos de causación (Bervirkungshandlungen). A su vez, entre los primeros se incluyen a las peticiones, las alegaciones, los actos de producción de prueba y las conclusiones o deducciones. Entre los de petición habría de incluirse a la solicitud de diligencia preliminar, en cuanto que por ella se pide una resolución (GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1979, pp. 182 y ss.).

⁴⁵² En este sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias...*, ob. cit. p. 126, dice que la petición debe contener los argumentos en que la solicitud se funda.

⁴⁵³ Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), Auto núm. 94/2007 de 12 noviembre, JUR 2008\39839.

Evidentemente pues, la primera y, quizás, única ocasión que el solicitante de la diligencia preliminar tiene para realizar sus alegaciones es en la propia solicitud de diligencias preliminares.

Como tal solicitud lo primero que hay que señalar es que ha de efectuarse por escrito. No puede formularse oralmente⁴⁵⁴. Es aquella y no esta forma de exposición la que no solo facilita la posterior decisión fundada y meditada del tribunal, sino que también ofrece al requerido la posibilidad de que, en su caso, formule oposición. Los actos escritos permiten una mayor reflexión de su contenido y su correcta exposición.

1. Fundamentación

Tras la petición de las diligencias preliminares que se solicitan, se deben expresar seguidamente en la solicitud los fundamentos fácticos y jurídicos que la sustentan, primero, como dispone el artículo 256.2 LEC, los hechos que motivan la petición, relacionándolos con el posible proceso posterior, sin lo cual no se justifica la existencia de ninguna diligencia, ni de sus presupuestos. En tal sentido, debe exponer y desarrollar todos y cada uno de los aspectos que entienda justifiquen la concesión de aquella.

Para ello, deberá razonarse la concurrencia de los presupuestos procesales, entre ellos, la competencia del órgano judicial al que se dirige

⁴⁵⁴ El carácter escrito de la solicitud lo postula BELLIDO PENADÉS por dos razones: <<por una parte, porque ésta es la regla general en el escrito iniciador de un procedimiento, debiendo establecerse expresamente la excepción. Por otra, porque así parece deducirse del tenor literal utilizado en el artículo 258.1 para fijar el plazo en el que debe dictarse la resolución sobre la solicitud de diligencias preliminares, dentro de los cinco días siguientes a su <<presentación>>. Los escritos se presentan, mientras que las alegaciones orales se hacen realizan o formulan, pero solo impropriamente se presentan>>”. *Proceso Civil*, ob.cit. p.853. BANACLOCHE PALAO, J. “*Las diligencias ...*”, ob. cit. p. 147; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las Diligencias ...*”, ob.cit. p. 125 y ss.

la solicitud de diligencias preliminares, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal del solicitante, la identificación del sujeto o entidad que solicita las diligencias y del sujeto o entidad frente a los que se solicitan aquellas, así como la postulación procesal técnica –abogado y procurador– generalmente preceptiva, según se apuntó *supra*, mediante la que interviene el solicitante.

Todos esos extremos condicionan que la solicitud de diligencias preliminares pueda ser admitida y, en consecuencia, todos ellos deben justificarse en la solicitud. Así lo recuerda el AAP Sevilla de 10 de noviembre de 2005, en el que se dice que << para admitir a trámite la solicitud de diligencias preliminares, el Juez ha de comprobar si tiene jurisdicción y competencia para conocer, si el escrito inicial reúne los requisitos de identificación del solicitante, de la persona o entidad contra quien se dirige la petición de diligencias, si se piden con claridad y precisión las mismas, y si éstas son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue y en la solicitud concurre justa causa e interés legítimo (art. 258.1º L.E.Civil); también lo es que, una vez que concurren los requisitos precitados, el Juez accederá a la pretensión fijando la cuantía de la caución que debe prestar el solicitante para garantizar los gastos que se ocasionen y los daños y perjuicios que se pudieran irrogar >>⁴⁵⁵.

Además, como adelanta la anterior resolución judicial, debe justificarse en la solicitud de las diligencias la concurrencia de los distintos presupuestos de fondo que condicionan la concesión de las diligencias preliminares: interés legítimo, justa causa y adecuación de la diligencia propuesta a la finalidad perseguida (art. 258. 1 LEC).

⁴⁵⁵ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), Auto núm. 239/2005 de 10 noviembre, JUR 2006\58392.

Así lo expresa con notable claridad el AAP Las Palmas de 10 de junio de 2010, el cual argumenta con considerable claridad que <<entiende esta Sala que en la solicitud se cumplen los requisitos de fondo establecidos en el art. 258 de la LEC : 1) Interés legítimo del solicitante, para lo que deberá examinarse su conexión con lo que solicita (...); 2) Adecuación de la diligencia a la finalidad que el solicitante persigue, que no puede ser otra que la expresada por el propio art. 256 LEC, preparar un proceso de declaración, recabando la información necesaria o el acopio de datos y elementos precisos para decidir sobre la aptitud personal de los sujetos, activo y pasivo; de la acción que se pretenda ejercitar; sobre la existencia y circunstancias del bien sobre el que deba versar el proceso; o sobre el alcance y extensión de las pretensiones a ejercitar. Adecuación que entendemos concurre ya que no existe modo alguno de que el solicitante pueda preparar una demanda para impugnar los cargos que el banco efectuó en su cuenta corriente que el acceso, conocimiento, obtención (y presentación ulterior con la demanda) de los soportes documentales de los movimientos y anotaciones contables efectuados; y 3) Justa causa, esto es, la justificación de la diligencia que se pide para la preparación del eventual futuro proceso, lo que implica que el solicitante necesite algún tipo de ayuda judicial para conocer cuestiones esenciales y que ese auxilio interesado sea proporcional, lo que provoca que se excluya cualquier ayuda abstracta y genérica, y, además, será necesario que se aprecie cierta resistencia o negativa de quien ha de proporcionar esos datos indispensables para promover el proceso ulterior. Todo ello supone, por su propia naturaleza meramente instrumental, preparatoria y aclaratoria, o incluso para preservar el principio de igualdad entre las partes que: a) Sólo procederán cuando haya imposibilidad de tener acceso a lo que se solicita de otro modo, esto es, que estas diligencias preliminares, como auxilio a la parte que son, deben ser acordadas exclusivamente cuando no haya otro

medio de preparar el ejercicio de la acción que el solicitante se propone ejercitar; b) Sólo procederán cuando sea necesario el conocimiento o la información que se solicita para preparar el futuro procedimiento, conocimiento o información que ha de ser esencial o relevante para tal fin>> ⁴⁵⁶.

Así mismo, en la solicitud de diligencias preliminares deben expresarse con claridad sus fundamentos, haciendo una “referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar”, lo que exige determinar qué pretende demandarse en el futuro proceso principal y qué utilidad reportan a ese fin las diligencias preliminares solicitadas, así como, si puede saberse en ese momento, las personas frente a las que se dirigiría la posterior demanda ⁴⁵⁷.

La expresión con precisión del objeto del futuro proceso que se persigue preparar es un elemento esencial e imprescindible de la solicitud de diligencias preliminares sin el cual no se puede apreciar la adecuación de las diligencias solicitadas a la finalidad perseguida, siendo en consecuencia insuficiente la utilización de fórmulas genéricas.

En este sentido, se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia menor que <<para decidir si están justificadas y son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue y que concurre justa causa en su petición e interés legítimo, es imprescindible que el demandante fije, precise y determine con claridad y concreción cual es el objeto del juicio que se propone entablar, para qué pide la diligencia preliminar y contra

⁴⁵⁶ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), Auto núm. 175/2010 de 10 junio, AC 2010\1616.

⁴⁵⁷ En este sentido, la resolución citada en la nota anterior concede las diligencias preliminares solicitadas, toda vez que “se han expresado en la solicitud los fundamentos de la diligencias que se solicitada, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar, dejando claro para qué pide la diligencia preliminar, que se pretenderá en el futuro pleito y contra quien pretende dirigir la futura demanda”.

quién se propone dirigir la futura demanda. Por ello la LEC le exige que haga una referencia circunstanciada del asunto objeto del juicio que quiere preparar. Es decir, no basta una vaga y genérica indicación de que se pretenden ejercer acciones legales o de que se trata de depurar responsabilidades, pues estas expresiones son imprecisas y genéricas y nada aclaran para valorar si la petición es adecuada a la finalidad que se persigue, si hay justa causa e interés legítimo, por cuanto que en todo proceso judicial se ejercita una acción y se persigue la depuración o declaración de responsabilidades y obligaciones>>⁴⁵⁸.

No obstante, pese al carácter vital de este requisito, no faltan resoluciones en la jurisprudencia menor que, con gran flexibilidad, admiten la subsanación del incumplimiento de este requisito. Así, el AAP Barcelona de 11 de noviembre de 2011 señala que <<hay que tener en cuenta que, a dicho efecto, el artículo 256.2 LEC establece que "en la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar ". Se omitió ante el juzgado esa información esencial.

Sin embargo, la naturaleza de la omisión hubiera debido conducir a su subsanación. El artículo 231 LEC establece que el tribunal y el secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes. La disposición a la subsanación de los defectos existentes en la solicitud de diligencias preliminares se expresaba abiertamente en el escrito inicial del Sr. Juan Carlos. En consecuencia, aunque el recurso de apelación no tiene por función complementar los requisitos de las actuaciones efectuadas ante el juzgado, sino el nuevo examen de esas actuaciones (artículo 456 LEC), la

⁴⁵⁸ Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), Auto núm. 488/2010 de 21 octubre, JUR 2010\400400.

falta de oportunidad de subsanación en la primera instancia determina que la debamos admitir ahora y que, a la vista de las precisiones efectuadas por el solicitante, consideremos procedente la práctica de las diligencias preliminares pedidas, bajo la caución ofrecida de 200 euros, que consideramos adecuada, atendida la naturaleza de las diligencias a practicar >> ⁴⁵⁹.

Por lo demás, en la solicitud de algunas diligencias preliminares es necesario, además, justificar en alguna medida la aparente prosperabilidad de las pretensiones a formular en el proceso principal que se persigue preparar. Así, quien solicite la exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros para preparar un proceso en el que se ejerciten acciones por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho sobre propiedad intelectual, deberá acompañar a la solicitud un principio de prueba de la realidad de la infracción (art. 256. 1. 8º LEC), principio de prueba que debe valorarse en términos de verosimilitud ⁴⁶⁰.

También cabe plantearse si el futuro actor tiene la carga de acompañar al escrito de solicitud alguna clase de documentos. En relación a esta cuestión entiendo aplicables los artículos 264 y 265 LEC en

⁴⁵⁹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 177/2011 de 10 noviembre, JUR 2012\29229.

⁴⁶⁰ En este sentido, el Auto núm. 21/2012 de 10 febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), JUR 2012\113734, se pronuncia en los términos siguientes: <<(…) No obstante, con ánimo de ser rigurosos en el examen de la cuestión, y a pesar de no haber situado DELL el foco de sus objeciones sobre este extremo, debemos añadir, en línea con el planteamiento que defendimos en anteriores líneas, que el requisito atinente a la aportación de un "principio de prueba de la infracción" ha de entenderse satisfecho con el requerimiento acompañado como documento nº 7 con el escrito de solicitud, no cuestionado por DELL (quien tampoco ha acreditado ninguna reacción al mismo). *Dicho elemento satisface los estándares de verosimilitud a los que debe entenderse anudada la exigencia de un "principio de prueba"*. Por otro lado, ningún obstáculo se descubre para entender referido el término "infracción", en el contexto en el que nos encontramos, al elenco de obligaciones, también las de carácter instrumental, sancionadas en el artículo 25 TRLPI, entre las que se encuentran (apartado 22) la de permitir a las entidades de gestión el control de las operaciones sometidas a la compensación y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 13 a 21 del propio artículo 25 y la de facilitar los datos y la documentación necesarios para ello, siendo esto y no otra cosa lo que en el mencionado documento se requería de DELL>>. La cursiva es nuestra.

la medida en que lo que disponen afecta a la solicitud y tramitación de las diligencias preliminares. Así habrá que presentar como documentos procesales, el poder de representación procesal a favor de procuradores sin el cual no debe darse curso a las mismas por ser preceptiva su intervención, o la correspondiente representación *apud acta*. Igualmente, deben aportarse, en su caso, los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya, en caso de actuar en nombre de otro. No es preciso acompañar, sin embargo, documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, pues evidentemente no hay que acreditarlo en esta fase.

Por otra parte, y de acuerdo con el citado artículo 265 LEC, se deben presentar todos los documentos en que el solicitante funde el cumplimiento de los presupuestos de las diligencias preliminares solicitadas.

Además, como se ha indicado, en la diligencia regulada en el artículo 256.8º LEC se exige también que la correspondiente solicitud se acompañe de un principio de prueba de la realidad de la infracción, principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se materialice aquella infracción.

2. Ofrecimiento de caución

Otro de los requisitos de la solicitud de diligencias preliminares, tal y como dispone el artículo 256.3 LEC, es el ofrecimiento de caución, “al pedir estas, dicho solicitante ofrecerá caución,...”, y como tal necesaria. La caución por otra parte es una novedad introducida por la LEC 1/2000, que durante su trámite parlamentaria sufrió grandes

modificaciones⁴⁶¹, llegándose finalmente a la redacción actual, ofrecimiento –fundamentado– por el solicitante, consecutiva fijación por el tribunal y consecuente exigencia de su prestación.

El ofrecimiento de caución en la solicitud de diligencias preliminares tiene por objeto responder tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que su práctica pudieran producir a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias, que son a cargo del solicitante de las mismas.

Tal y como dispone dicho artículo 256.3 LEC, la caución debe ofrecerse por el solicitante al efectuar su petición, sin que deba prestarse por adelantado⁴⁶²; tras su ofrecimiento en la solicitud, se fijará por el

⁴⁶¹ Tanto el Borrador como el Anteproyecto y el Proyecto de LEC establecían que el tribunal debería rechazar la solicitud de diligencias preliminares si no las consideraba justificadas o <<si estimase insuficiente la fianza>> (art. 255.1 Borrador LEC abril 1997), a la que luego se añadió <<que en definitiva se ofrezca>> (arts. 261 Anteproyecto LEC 26/12/1997 y 258.1 Proyecto LEC 30/10/1988) y que el tribunal debía limitarse a considerarla o no suficiente. Dada la dificultad de determinar por el solicitante la cuantía de dicha fianza, y las consecuencias tan graves que generaba la posible discrepancia con la opinión del tribunal (inadmisión de la solicitud), el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de 11 de Mayo de 1988 sobre el Anteproyecto LEC 26/12/1997, ya indicaba que <<el derecho a la tutela judicial efectiva debería llevar a eliminar dicha denegación por un defecto de cuantificación, en definitiva subsanable>>, y propugnaba que sería más conveniente que el tribunal cuantificara la fianza o caución en la misma resolución que acordare la admisión de la solicitud presentada, especificando la modalidad de fianza requerida, no haciendo depender la concesión o denegación de la misma de una condición tan incierta como la establecida en el texto, que requiere un pronóstico eventual sobre cual vaya a ser el criterio del Juez en torno a la suficiencia de la caución>>(p. 159).

Como el precepto no se modificó con las sugerencias del Informe del CGPJ, fue enmendado en el Congreso para suprimir esa posibilidad de rechazo. Así, la enmienda nº 863, de Coalición Canaria, pedía que fuera el tribunal quien cuantificara la caución, por ser más conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva; y las enmiendas nº 1184, 1186 y 1187, del Grupo Catalán-CIU también reclamaban dejar al arbitrio del Juez la fijación de la cuantía de la caución porque de lo contrario <<se haría depender la admisión de la diligencia de un mero pronóstico eventual sobre el cuál vaya a ser el criterio del Juez en torno a la suficiencia de la caución>>. Eso fue lo que hizo el Informe de la Ponencia, y de ahí la redacción actual de la LEC, que prevé tres fases en torno a la caución: ofrecimiento por parte del solicitante (art. 256.3 LEC, que existía en las primeras versiones); fijación por parte del tribunal, de la caución que debe prestarse (art. 258.1 LEC, que se añade por primera vez), y prestación posterior de la caución por el solicitante (art. 258.3 LEC, incorporado íntegramente por el Informe de la Ponencia).

⁴⁶² BANACLOCHE PALAO, J., “*Las diligencias ...*”, ob. cit. p. 152.

Juzgado al acordar por auto las diligencias preliminares solicitadas y que considere procedentes (art. 258. 1 LEC); y posteriormente deberá prestarse por el solicitante en el plazo de tres días desde que se dictó el auto concediendo las diligencias (art. 258. 3 LEC) o, más bien, desde el día siguiente a aquel en el que se comunique al solicitante el auto que concede las diligencias solicitadas y fija la caución (art. 133. 1 LEC) ⁴⁶³. En caso de no ser así, se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

Este procedimiento sucesivo de ofrecimiento, fijación y constitución de la caución viene corroborado, además, por la jurisprudencia menor. En este sentido, el AAP Cádiz de 10 de mayo de 2002 señala que <<por lo que atañe a la caución prestada por la apelante en cuantía de 30 euros, tiene razón la juzgadora de instancia en que con la petición de diligencias preliminares tan sólo era preciso "ofrecer" caución, sin necesidad de prestarla en ese momento (art. 256.3 LEC). Es al dictar el auto accediendo a las diligencias preliminares cuando procede fijar caución (art. 258 LEC); y, dado que será nuestro auto el que, revocando el de instancia, acuerde la práctica de las diligencias interesadas, seremos también nosotros quienes fijaremos la caución>> ⁴⁶⁴.

El ofrecimiento de caución en la solicitud, tal y como dispone el artículo 256.3 LEC, es pues imperativo y pudiera pensarse que su fijación por el órgano judicial que acuerda las diligencias también. Sin embargo, esto no se entiende siempre así en la jurisprudencia menor, en la que no faltan resoluciones judiciales en las que se acuerdan diligencias sin la

⁴⁶³ Así lo considera igualmente el AAP Madrid de 25 de septiembre de 2008, en el que se afirma que <<1) El Auto de 10-1-08 acordando la práctica de diligencias preliminares y la prestación de caución de 50 euros, *en el plazo de tres días, computables desde el siguiente a la notificación*, se notificó a la parte solicitante el día 16 de Enero de 2.008, folio 14 de autos>>. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 295/2008 de 25 septiembre, JUR 2009\28154. La cursiva es nuestra.

⁴⁶⁴ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª), Auto núm. 76/2002 de 10 mayo, JUR 2002\187711.

fijación de una caución a prestar por el solicitante de las diligencias preliminares, cuando el órgano judicial considera que su práctica no generará gastos ni daños y perjuicios a quien intervenga en ellas ⁴⁶⁵.

Por el contrario, una interpretación de mayor rigor debe llevar a la imposición en todo caso de la constitución de la caución al solicitante de diligencias preliminares, pues la fijación de una caución es una obligación que impone la ley al tribunal, por lo que, aunque sea por una cuantía mínima, debe establecerla siempre, pues ha de existir en todo caso un dinero con el que se pueda atender al pago de los gastos, daños y perjuicios que pudieran generarse ⁴⁶⁶. Por lo tanto, la caución debe exigirse al solicitante, aún cuando éste tuviera reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, en el entendimiento de que <<el hecho de que la solicitante sea beneficiario de justicia gratuita no exime a la solicitante de las Diligencias Preliminares el prestar caución, por cuanto dichas diligencias se hacen en su beneficio y, por consiguiente, deben garantizar los perjuicios que de ellas pudiera derivarse a terceros>> ⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ En este sentido, el Auto núm. 94/2007 de 12 noviembre de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), JUR 2008\39839, en un supuesto en el que se necesitaba conocer la identidad del propietario del perro causante de una accidente para interponer la demanda por responsabilidad extracontractual contra el propietario y en el que se había solicitado el libramiento de oficios al departamento de interior y al Departamento de Registro General de Animales, concede las diligencias solicitadas, matizando que <<no es necesaria la prestación de caución, de las diligencias solicitadas no puede derivar perjuicio alguno para el propietario del animal ni tampoco para las instituciones a quienes van dirigidas las diligencias>>. En el mismo sentido, el Auto núm. 157/2009 de 30 diciembre, de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), JUR 2010\396775, en un caso en el que para preparar un proceso de modificación de medidas matrimoniales se había solicitado la averiguación de si la futura demandada está trabajando, y si así fuese, dónde prestaba sus servicios y la cuantía del salario que percibía, así como el libramiento de los oficios necesarios al INSS, y al Área de bienestar del Ayuntamiento y de la Diputación Foral, a fin de averiguar si la misma era beneficiaria de algún tipo de pensión o ayudas sociales así como la cuantía y periodicidad de las mismas, concede las diligencias solicitadas, precisando que <<las diligencias a practicar no producen gasto alguno ni perjuicio a la persona contra la que se pretende interponer demanda, por lo que no es necesaria caución por parte de quien la interesa>>.

⁴⁶⁶ BANACLOCHE PALAO, J., *“Las diligencias ...”*, ob.cit. p. 161.

⁴⁶⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), Auto núm. 220/2012 de 30 marzo, JUR 2012\167754.

Su finalidad no ha sufrido variación alguna, ha sido y es la de establecer aquella garantía. La fijación o imposición de la caución es procedente en la medida que las diligencias acordadas representan una injerencia en la esfera del requerido y pueden originar un perjuicio. Ahora bien, a la hora de fijar su importe debe valorarse que su cuantía no pueda llegar a constituir un obstáculo para su práctica, que su cumplimiento voluntario evita cualquier injerencia en su esfera y que en última instancia el análisis del tribunal, tras las alegaciones de las partes, reduce la posibilidad y entidad de los perjuicios. En definitiva, se trata de valorar la gravedad de la diligencia (por la intromisión que representa), el importe de los gastos que ocasiona y los perjuicios que pudieran derivarse de ella. Incluso es importante tener en cuenta la solvencia del actor, que podría minimizar su necesidad. No puede obviarse que la caución no limita el importe de la hipotética reparación.

El ofrecimiento de caución, que no su prestación, dispone el artículo 256.3 LEC en relación con el apartado 2 de dicho artículo, supone no solo el cumplimiento de todos los requisitos formales exigidos para la preparación de la solicitud de la diligencia preliminar de que se trate, sino la oportunidad de que el tribunal no solo también acepte el ofrecimiento en sí mismo, sino que lo considere suficiente o lo pondere en relación con el resto de los requisitos (interés legítimo, causa justa, adecuación de la diligencia); por lo que resulta preceptivo.

Con todo, siendo el ofrecimiento de caución un requisito preceptivo de la solicitud de diligencias preliminares, resulta controvertida la cuestión relativa al carácter subsanable o insubsanable de la omisión de este requisito.

La mayor parte de la doctrina se muestra favorable al carácter subsanable de la omisión de este requisito. En este sentido, DÍEZ-PICAZO apunta una doble alternativa al sostener que <<en la falta de ofrecimiento de caución debe entenderse o bien que es irrelevante, ya que el tribunal deberá fijar caución aunque el solicitante no la haya ofrecido, o bien que se trata de un defecto subsanable >>⁴⁶⁸.

En la misma línea se pronuncia GARNICA, aún optando en exclusiva por la subsanabilidad al afirmar que <<la omisión de este requisito no debe conducir directamente a la inadmisión de la solicitud, sino que ha de concederse un plazo para su subsanación>>⁴⁶⁹.

Por último, en igual sentido BARONA manifiesta que, incluso cuando el solicitante no hubiere hecho ofrecimiento de la caución, no se trata de un óbice para la adopción de las diligencias por cuanto éstas pueden acordarse por el tribunal y éste decidir sobre la caución⁴⁷⁰.

A mi juicio, no es función del tribunal fijar la caución sin tener previamente siquiera efectuada la manifestación de voluntad en tal sentido. Al respecto, recordemos que el artículo 1 de la LEC dispone que: “En los procesos civiles, los tribunales y quienes antes ellos acudan e intervengan, deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”. No obstante, si en la solicitud de diligencias preliminares no se hiciera el ofrecimiento de caución, debiera concederse un plazo para la subsanación, de acuerdo

⁴⁶⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 481.

⁴⁶⁹ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y otros), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 1159)

⁴⁷⁰ BARONA VILAR, S., “Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados”, *Tutela de consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, 2003, p. 199.

con lo dispuesto por el artículo 231 LEC en relación con el artículo 243. 3 y 4 LOPJ⁴⁷¹.

Sin embargo, es forzoso reconocer que la cuestión resulta polémica y que no faltan interpretaciones en la jurisprudencia menor que, con rigor, entienden lo contrario. Así el AAP Murcia de 30 de diciembre de 2009 advierte que <<el ordinal 3 del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, de forma imperativa, que, al pedir las diligencias preliminares, el solicitante "ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos -los que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias- como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar"; y en este caso ese preceptivo ofrecimiento no se hace en la solicitud de diligencias preliminares; por lo que sí existe el defecto que motiva la inadmisión de esa solicitud. Polémica resulta, sin embargo, la cuestión relativa a si es o no subsanable el defecto, cabiendo defender, en contra del criterio sostenido por el auto impugnado, que sí lo es, por cuanto que ninguna disposición legal prescribe que su omisión sea insubsanable y el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una expresa referencia al principio de subsanación, que se coordina además con el principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, lo que impone buscar, en cuanto sea posible, vías de subsanación de defectos procesales; pero el citado artículo 231 exige, para que el tribunal cuide de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, "que en dichos actos se hubiesen manifestado la voluntad de cumplir los requisitos

⁴⁷¹ Artículo 231 LEC, dispone: "El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los defectos procesales de las partes. Y Artículo 243 3. LOPJ dispone: "El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley". Y 4. "Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales"

exigidos por la ley"; y en la controvertida solicitud, si no se hace ofrecimiento de la caución, tampoco se hace esa manifestación de voluntad>> ⁴⁷².

Por último, en cuanto a la clase de caución, como igualmente dispone el citado artículo 256.3 LEC *in fine* del mismo, "podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley", es decir, en dinero efectivo, mediante aval solidario o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate ⁴⁷³. Ahora bien ello, siguiendo el orden del citado apartado, tras el ofrecimiento de caución para responder tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar a las personas que pudieren intervenir a instancias del solicitante.

II. Resolución inicial

1. Requisitos de tiempo y forma.

La solicitud de diligencias preliminares, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 258.1 LEC, *deberá resolverse en los cinco días*

⁴⁷² Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), Auto núm. 85/2009 de 30 diciembre, JUR 2010\75120.

⁴⁷³ En este sentido el Auto núm. 178/2007 de 13 junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), JUR 2007\293400, concluye que << procede estimar el recurso de apelación planteado, y admitir a trámite las diligencias preliminares solicitadas, previa prestación de la caución de 600 euros en efectivo, aval solidario o cualquier otra forma que garantice la inmediata disponibilidad en el plazo que prevé el art. 258 de la LEC, ante el Juzgado a quo, a contar desde el día siguiente a la fecha de la resolución que dicho Juzgado dicte en cumplimiento de esta resolución tras la recepción de la misma>>.

siguientes a su presentación, plazo más extenso que el propuesto durante la tramitación parlamentaria⁴⁷⁴.

Por lo que respecta a los requisitos de forma conviene destacar, en primer lugar, la instauración de un régimen de contradicción diferida, de modo que el tribunal debe acordar o rechazar la solicitud sin oír previamente a la parte legitimada pasivamente; en consecuencia, va a valorar los datos que le ha aportado solo la parte solicitante. Por otro lado, la parte solicitante no podrá ya ampliar ni corregir su solicitud con posterioridad. Si bien el requerido puede presentar oposición, la diligencia ya se ha acordado y es eficaz mientras no se revise.

Esta cuestión tiene su explicación no solo en razones históricas, pues la anterior LEC ya disponía que el tribunal debía decidir a la vista de la solicitud presentada, sino además por razones de economía procesal basadas en que la diligencia se practique con la mayor rapidez posible⁴⁷⁵.

También la eficacia de las diligencias preliminares acordadas aconseja un régimen de contradicción diferida, que no obstante no causa indefensión al sujeto pasivo de las diligencias preliminares⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Este plazo se incorporó al texto a instancia del Grupo Socialista, cuya enmienda nº 296 pedía que se fijara un plazo máximo para que resolviera el tribunal, porque en el Proyecto no existía plazo alguno. Aunque en la enmienda se postulaba la concesión de tres días para la decisión, el Informe de la Ponencia terminó (cont. 186) señalando cinco. Al respecto el Artículo 211 LEC dispone que “1. Las resoluciones de Tribunales y Secretarios Judiciales serán dictadas dentro del plazo que la ley establezca. 2. La inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a no mediar justa causa, que se hará constar en la resolución”.

⁴⁷⁵ BANACLOCHE PALAO, J., “*Las diligencias ...*”, ob. cit. p. 158.

⁴⁷⁶ En este sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “*Las diligencias ...*”, ob.cit. p.127, señala que “la práctica de la notificación no es necesaria ni exigible, ni siquiera conveniente, porque de otro modo se estaría proporcionando un aviso al requerido que le permitiría la ocultación de aquello que se pretende que sea exhibido. De este modo se estaría fomentando la ineficacia de la preliminar, porque el que debe exhibir podría desprenderse del objeto que se le requerirá de exhibición. En cambio, la falta de esta notificación en cuanto que elimina el aviso en que consiste, permitirá acercarse eficazmente al objeto que se pretenda encontrar, sin que ello suponga menoscabar el derecho de su poseedor, contra el que se dirige la preliminar, porque hasta llegar la misma práctica de la diligencia puede manifestar razonablemente su oposición,

En segundo lugar, respecto a la forma de la resolución judicial que resuelva sobre la solicitud de diligencias preliminares, de conformidad con lo establecido por el artículo 258.2 LEC, tanto si se acuerda la diligencia/as solicitada/as, como si se deniegan las mismas, la resolución que se dicte será en forma de auto. Y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 208.2 LEC, será siempre motivado.

2. Sentido de la decisión

El auto que resuelva sobre la solicitud de diligencias preliminares puede ser estimatorio, si concede las diligencias preliminares solicitadas, o desestimatorio, si las rechaza. También puede ser de estimación parcial de la solicitud, acordando algunas de las diligencias preliminares solicitadas y rechazando otras, en cuyo caso les será de aplicación, respectivamente, el régimen que a continuación se esboza para las resoluciones estimatorias y desestimatorias.

A) Estimación

El auto que acceda a las diligencias preliminares, deberá ajustarse formalmente a lo dispuesto por el artículo 208.2 LEC, y, además de contener las razones que justifiquen el haber accedido a la pretensión, deberá hacer mención igualmente a cuestiones como la caución y los motivos por los que se fije la cantidad en que habrá de consistir; la carga del solicitante de prestar aquella en tres días; la posibilidad del

y se le otorgaría la posibilidad de defender, e inclusive en ocasiones puede proclamar su negativa sin mayor explicación –dejando aparte las eventuales consecuencias de su actitud-”.

requerido de oponerse en el plazo de cinco días a la diligencia; el tiempo y forma en el que se debe realizar la diligencia, así como su contenido concreto; y la posibilidad de acudir con un experto que le concede el artículo 259.2 LEC.

En efecto, el artículo 259.2 LEC dispone que “en el auto en el que se acceda a la solicitud, se citará y requerirá a los interesados para que, en la sede de la Oficina judicial o en el lugar o en el modo que se consideren oportunos, y dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia, que haya sido solicitada y acordada”. Distingue el precepto entre la sede de la Oficina judicial y el lugar que se considere oportuno, al igual que el modo y el tiempo en el que se llevará a cabo la diligencia preliminar de que se trate ⁴⁷⁷, por lo que dicho auto deberá indicar todo ello.

Presentado el escrito de solicitud, el tribunal debe examinar de oficio los presupuestos procesales, en primer lugar, su jurisdicción y competencia, ello es imperativo, como por otra parte se admite en la jurisprudencia menor ⁴⁷⁸.

Tras ello el tribunal deberá analizar también el cumplimiento de los restantes presupuestos procesales, capacidad para ser parte y capacidad procesal de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 6, 7 y 9 LEC, y el otorgamiento de poderes a procurador, así como la firma de letrado (artículos 23 y 31 en relación con el 269.2 todos de la LEC).

⁴⁷⁷ La fijación de un plazo máximo de diez días para realizar la diligencia se debe a la aceptación de la enmienda nº 297, presentada por el Grupo Socialista, que pedía establecer dicho plazo, dado el silencio del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998 sobre esta materia.

⁴⁷⁸ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), Auto núm. 239/2005 de 10 noviembre, JUR 2006\5839, advierte que << para admitir a trámite la solicitud de diligencias preliminares, el Juez ha de comprobar si tiene jurisdicción y competencia para conocer...>>.

Así mismo, el Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

Después de la comprobación de la corrección formal de la solicitud, el tribunal entrará a analizar los presupuestos de fondo de la petición (interés legítimo, justa causa, adecuación), ello lo efectuará en unidad de acto, es decir, en una sola resolución se pronunciará sobre la admisión del escrito y la adopción de la diligencia.

En este momento, los tribunales no debían ser reticentes a acordar estas diligencias, realizando interpretaciones excesivamente rigoristas de los presupuestos y requisitos que condicionan su aplicación. En definitiva, el sentido común, una vez más ha de ser el principal guía a la hora de tomar la decisión correspondiente ⁴⁷⁹.

Cumplidos los anteriores requisitos, el tribunal fijará la caución en dicho auto, que, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 256.3 LEC, comprenderá la clase de caución y su cuantía, y que a su vez respecto al primer extremo podrá ser, de acuerdo con su previo ofrecimiento por el solicitante, de cualquiera de las clases previstas por el artículo 64.2.II LEC.

Cuantificada y determinado su tipo, deberá prestarse en tres días ⁴⁸⁰, contados desde la notificación al solicitante de la resolución

⁴⁷⁹ BANACLOCHE PALAO, J., “*Las Diligencias ...*”, ob. cit. pp. 159-160.

⁴⁸⁰ Curiosamente, y a diferencia de la ampliación de plazo que vimos que se produjo en relación con el tiempo concedido al tribunal para decidir sobre la admisión o no de la diligencia (tres días pedía la enmienda nº 296, del Grupo Socialista y cinco días se le concedieron finalmente en el artículo 258.1 LEC), en este caso, la enmienda nº 1187, del Grupo Catalán-CIU, proponía un plazo de cinco días para poder prestar la caución y, sin embargo, éste quedó reducido a tres en la redacción que se le dio en el Informe de la Ponencia al artículo 258.3 LEC. Una explicación posible para esta reducción del plazo puede estar en el deseo del legislador de que el solicitante esté preparado, casi desde que presenta su solicitud, para abonar la caución que el tribunal fije en su auto. Lo que entiendo es consecuencia lógica del necesario

sobre las diligencias preliminares de que se trate. Y ello, a pesar del tenor literal del precepto, es indudable que debe ser así, como dispone el artículo 133 LEC ⁴⁸¹. En caso contrario, tal y como dispone el citado artículo 258.3 LEC, se procederá por el Secretario judicial, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones. Así pues, el ofrecimiento de caución, tal y como dispone el artículo 256.3 LEC, es el paso previo para su posterior fijación por el tribunal.

Prestada la caución, debe ponerse este hecho en conocimiento del Juzgado que acordó las diligencias preliminares, toda vez que, si no consta que se haya constituido la caución en plazo, se acordará el archivo de las actuaciones por el Secretario judicial. Sin embargo, a los efectos del cumplimiento del plazo de constitución de la caución, debe distinguirse entre el hecho de la constitución de la caución y la acreditación de ese hecho, siendo lo primero lo que debe cumplirse en el plazo de tres días.

En este sentido, resulta de interés el AAP Madrid de 25 de septiembre de 2008, en el que se argumenta que <<del examen de las actuaciones se desprende que : 1) El Auto de 10-1-08 acordando la práctica de diligencias preliminares y la prestación de caución de 50 euros, en el plazo de tres días, computables desde el siguiente a la notificación, se notificó a la parte solicitante el día 16 de Enero de 2.008, folio 14 de autos; con fecha 23 de Enero siguiente, recibido el día 24 en el Juzgado, por la

ofrecimiento dispuesto por el artículo 256.3 en relación con el 64 párrafo segundo todos de la LEC, tanto en cuantía como en forma.

GARNICA MARTÍN critica duramente la fijación de un plazo tan breve para prestar la caución, y considera que puede <<colocar al solicitante ante la imposibilidad material (de) conseguir prestar la caución>>

Por otra parte, este autor, censura la dicción literal del precepto, por la errónea interpretación literal a que puede conducir y postula muy sensatamente <<no seguir los términos literales del precepto e interpretarlo computando ese plazo de tres días a partir de la notificación, como es razonable>>. (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, Barcelona, 2000, p. 1169).

⁴⁸¹ DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. LORCA NAVARRETE), Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1690.

solicitante se presentó escrito adjuntando fotocopia del ingreso efectuado en tal concepto, el día 19 de Enero anterior, folios 15 y 16 de auto; por el Juzgado se dictó Auto archivando las actuaciones, con fecha 1 de Febrero siguiente, folio 17 de autos.

En consecuencia, la prestación de la caución interesada se llevó a cabo dentro del plazo de tres días concedido por el Juzgado, sin que, por otra parte, la resolución de instancia refiera circunstancia alguna en relación al anterior escrito, limitándose a poner de manifiesto la falta de prestación de dicha caución, habiéndose dado cumplimiento por la solicitante a los requisitos del art. 258.3 de la LEC>>⁴⁸².

Por otra parte, haciéndose la comunicación por medio del Colegio de Procuradores, el primer día del plazo no será el mismo en que la comunicación llegue al servicio, sino el siguiente (artículo 151.2 LEC). Y dado que no se trata de presentar un escrito, sino de realizar una conducta, no parece que se pueda prorrogar el plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente, como permite el artículo 135.1 LEC⁴⁸³.

En este sentido, se ha pronunciado igualmente la jurisprudencia menor. Así, el AAP Sevilla de 2 de mayo de 2007 advierte <<el Art. 258.3 de la LEC es tajante en cuanto al plazo de prestación de la caución, que es el de tres días, no siendo aplicable la tesis de la recurrente de contar dicho plazo por horas y no por días, y, mucho menos, considerar dicha actuación como presentación de escritos a que se refiere el Art. 135 de la referida Ley Procesal.

⁴⁸² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 295/2008 de 25 septiembre, JUR 2009\28154.

⁴⁸³ BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias ...*, ob.cit. p. 167.

Siendo clara la Jurisprudencia Constitucional sobre los plazos y términos, los cuales en ningún caso su aplicación supone una infracción del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, sino todo lo contrario.

Por consecuencia, habiéndose notificado el auto donde se admitía la diligencia preliminar solicitada y donde se fijaba la caución el día 29 de noviembre de 2006, tuvo la parte los días 30 de noviembre, 1 y 4 de diciembre para hacer el ingreso de los trescientos euros, establecidos como caución, y, sin embargo, no lo hizo en dicho plazo, por lo que es correcto y está bien dictado el auto recurrido, el cual debemos confirmar previa desestimación del recurso>>⁴⁸⁴.

Por lo demás, contra el auto que acuerde las diligencias preliminares no cabe recurso, sin perjuicio de la posibilidad de contradicción articulada mediante un posterior incidente de oposición (art. 260 LEC). Por el contrario, si una vez acordadas las diligencias preliminares y fijada la caución, no se constituye ésta dentro de plazo, mediante decreto del Secretario judicial se acordará el archivo definitivo de las actuaciones (art. 258. 3 LEC), resolución frente a la que cabe la posibilidad de utilización del correspondiente recurso, en principio, el directo de revisión que cabe contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento (art. 454 bis 1, II LEC).

B) Desestimación.

Tal y como establece el artículo 258 LEC en su apartado 2, contra el auto que acuerde las diligencias no se dará recurso alguno. Contra el que

⁴⁸⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª), Auto núm. 54/2007 de 2 mayo, JUR 2008\9673.

las deniegue, cabrá recurso de apelación. Ese es el régimen de recursos que se prevé para las diligencias preliminares. Que el auto que accede a la práctica de las mismas no sea susceptible de recurso no supone indefensión para el requerido dado que su derecho de defensa se articula mediante un incidente, el de oposición, tal y como dispone el artículo 260 LEC, posterior a la adopción de las diligencias, pero anterior a su práctica

⁴⁸⁵

Pero, el recurso de apelación va más allá de una simple y determinada denegación de la/s diligencia/s preliminar/es solicitada/s. Es decir, puede ocurrir que acordada una determinada diligencia preliminar, sin embargo, se deniegue otra. Puede ocurrir también que la caución ofrecida sea fijada por el tribunal en cuantía superior a la ofrecida. El ofrecimiento de caución por el solicitante de la diligencia preliminar no es vinculante para el tribunal; así se desprende del propio artículo 258.1 LEC que señala, para en su caso, que *accederá a la pretensión, fijando la caución.*

La jurisdicción civil es rogada, el artículo 216 LEC establece que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. Las diligencias preliminares no pueden iniciarse de oficio por el Tribunal, es necesaria la previa iniciativa y petición de la parte, y por otra parte no puede el tribunal acordar una diligencia preliminar más gravosa o distinta de la que ha sido solicitada.

En esta tesitura, nada obsta a que puedan modificarse los términos de la diligencia interesada, haciéndola menos gravosa para el afectado o concediendo lo pedido solo parcialmente. Producida esta situación, no

⁴⁸⁵ BELLIDO PENADÉS, R., *Las Diligencias ...*, ob.cit. p. 114.

puede sostenerse que no se ha producido gravamen para el solicitante, porque aunque se ha concedido en parte la diligencia pedida, también existen aspectos de su petición que han sido rechazados por el tribunal.

En consecuencia, habría que aplicarle el régimen previsto para la denegación de lo solicitado, que permite presentar recurso de apelación⁴⁸⁶. Y en su tramitación lo más razonable sería, no habiéndose conformado el solicitante con la resolución recaída, la suspensión del procedimiento de diligencias preliminares a la espera del resultado del recurso de apelación.

El recurso de apelación por disconformidad con la caución fijada por el tribunal, cuando sea superior a la ofrecida por el solicitante, constituye otra de las posibilidades que pueden darse, dado que el ofrecimiento de aquella no le es vinculante. El solicitante, pues, puede aceptarla y prestarla en el plazo de tres días desde la notificación del auto que la fija, o bien recurrirla en apelación, por considerarla excesiva o injustificada. Si bien en este caso el solicitante debe prestar la caución fijada para poder recurrir, y, si la apelación es estimada, el tribunal *ad quem* será el que fije definitivamente la cuantía de la caución que resulte procedente. Por lo tanto, para poder continuar el procedimiento y la impugnación de dicho extremo, hay que prestarla previamente, y servirá para, en caso de ser estimada la apelación, recuperar la parte que el tribunal de apelación entienda que le ha sido exigida indebidamente.

En este sentido, el AAP Sevilla de 10 de noviembre de 2005 estima el recurso de apelación interpuesto en el extremo relativo a la cuantía de la caución fijada por el Juzgado, lo que se funda en << (...) considerándose por esta Sala excesiva y desproporcionada la cuantía de la caución fijada,

⁴⁸⁶ En este sentido DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ: <<no ha previsto la ley la posibilidad de que el solicitante esté disconforme con la caución fijada o que el auto no acceda enteramente a lo solicitado. Hay que entender que, en estos casos, el auto es parcialmente denegatorio y, por tanto, que frente a lo denegado cabe apelación>> (*Comentarios a la LEC*, Ed. Civitas, Madrid, 2001).

teniendo en cuenta las diligencias preliminares interesadas por parte de la Comunidad de Propietarios EDIFICIO 000 de Costa Ballena contra la promotora entidad mercantil Dualpe, SA (exhibición y entrega en el juzgado de determinada documentación referida a los proyectos de ejecución y distintas infraestructuras de 93 viviendas, con garaje y piscina, construidas en la parcela NUM000 del plan parcial de La Ballena en Rota Cádiz), estimándose como más ajustada y ponderada, una vez analizadas las circunstancias concurrentes, la suma de 600 euros que en concepto de caución deberá de prestar por la Comunidad solicitante en cualquiera de las formas que permite el art. 64 de la L.E.Civil >> ⁴⁸⁷.

Actualmente y tras la reforma de la Ley 13/2009 para la implantación de la nueva Oficina Judicial, es el Secretario judicial, y no el tribunal, el que mediante decreto dictado al efecto procederá al archivo definitivo de las actuaciones si, en el plazo de tres días a contar desde la notificación, no se presta la caución fijada por el tribunal.

Así las cosas existen, pues, dos tipos de recursos contra la decisión del tribunal respecto a la solicitud de diligencias preliminares, el recurso de apelación contra el auto que deniegue total o parcialmente las mismas. Y el recurso de revisión contra el decreto del Secretario judicial que archive definitivamente las actuaciones por falta de prestación de la caución fijada por el tribunal. Además, el recurso de revisión contra el decreto de archivo definitivo de las actuaciones ante el órgano judicial que decidió sobre la denegación o aprobación de aquellas, puede a su vez ser objeto de recurso de apelación (art. 454 bis 3 LEC).

⁴⁸⁷ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), Auto núm. 239/2005 de 10 noviembre. JUR 2006\58392.

III. Oposición a la práctica de diligencias preliminares

1. Plazo

El artículo 260 LEC prevé la posibilidad de que el requerido formule oposición frente al auto que acuerda las diligencias preliminares. Por tanto, posibilita aquella respecto de las diligencias para cuya realización ha sido requerido, estableciendo el procedimiento para ello. Así comienza estableciendo el plazo, *dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la citación, y en tal caso, continúa, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales.*

Dictándose el auto que acuerda las diligencias preliminares sin audiencia previa del requerido ⁴⁸⁸, resulta necesario ofrecer a éste una posibilidad de contradicción posterior frente a la resolución que le afecta en la esfera de sus intereses, configurándose por el legislador a tal fin un incidente de oposición, posterior al auto que adopta las diligencias preliminares, pero anterior a la práctica de las diligencias acordadas.

Como en otros términos se ha puesto de manifiesto, uno de los presupuestos que fundan la legitimidad de la adopción de diligencias preliminares es la concurrencia de justa causa y sobre ese extremo no se

⁴⁸⁸ Así lo recoge, entre otras, la siguiente resolución, que dice: <<es preciso subrayar que las diligencias preliminares se *acuerdan a instancia del solicitante e inaudita parte*, esto es, sin dar previa audiencia al sujeto afectado por las mismas, circunstancia que obliga a resolver con prudencia, ya que la fijación de la caución que debe prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse ex art. 256.3 LEC, no legitima el mecánico acogimiento de cualquier diligencia que se solicite >>. Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), Auto núm. 64/2008 de 17 junio, JUR 2009\6571.

puede decidir sin que el requerido tenga la posibilidad de esgrimir sus razones al respecto ⁴⁸⁹.

Respecto del cómputo del día inicial del plazo de cinco días del que dispone el requerido para formular oposición, cabe recordar que tal y como dispone el artículo 259.1 LEC “en el auto en el que se acceda a la solicitud *se citará y requerirá* a los interesados para que ... dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia, que haya sido solicitada y acordada”, lo que se completa en el precepto siguiente al establecer que “*dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la citación*, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas” (art. 260. 1 LEC).

En consecuencia, lo anterior supone que recibidos la citación y el requerimiento para la práctica de las diligencias el requerido dispone de un plazo de diez días para llevarlas a cabo o, dentro de los cinco primeros días de dicho plazo, para formular oposición, si bien, como antes se apuntó respecto del plazo para constituir la caución, el plazo de cinco días debe comenzar el día siguiente a aquel en el que se haya recibido la citación y el requerimiento (art. 133. 1 LEC).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 149.4º y 152.4 en relación con el citado 260.1, todos de la LEC, es el *requerimiento*, a diferencia de la citación, el único acto de comunicación en el que se admitirá la respuesta que dé el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia. Por lo que entiendo es a través del *requerimiento*, y tras la citación, por el que a través de aquel acto de comunicación, por el que como dispone el artículo 149. 4º LEC tiene como función la de ordenar, conforme a ley, una conducta, en este caso, por lo que entra en juego de forma escrita, dado que dicho acto lo permite, la

⁴⁸⁹ GARNICA MARTIN, J.F., *Comentarios a la Nueva Ley*”, ob. cit. p. 1175.

oposición a la práctica de la diligencia preliminar de que se trate, en el indicado plazo de cinco días; y ello tal y como dispone el artículo 132 LEC.

Por último, el requerido tiene la carga de formular su oposición en el referido plazo de cinco días y, si no cumple esa carga en el plazo legalmente establecido, aquella debe tenerse por no formulada. Por lo demás, así se constata en la jurisprudencia menor. En este sentido, el AAP Murcia (Sección 4ª), de fecha 6 de octubre de 2011, dice: <<En la resolución de este recurso cabe declarar la extemporaneidad de la oposición de "Industria Fumistera Murciana" S.L., a la práctica de las diligencias preliminares por infracción del plazo señalado al respecto en el art. 260.1 de la LEC (5 días siguientes a la citación). La citación tuvo lugar el día 26 de mayo de 2010 (folio 34) y la oposición se realiza el 30 de junio de 200 (folio 57)>>⁴⁹⁰.

2. Citación a vista

Tal y como se dispone por el citado art. 260.1. LEC, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se reciba la citación, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas, y en tal caso, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales.

En primer lugar y tras el anuncio de la oposición a través del requerimiento, como dispone el art. 152.4. "in fine", bastará la respuesta escrita que dé el requerido en tal sentido al mismo, es decir, su decisión de oponerse a las diligencias acordadas por el tribunal, sin necesidad, por lo

⁴⁹⁰ Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), Auto núm. 200/2011 de 6 octubre, JUR 2011\394341.

expuesto previamente, de que en el mismo escrito deban reseñarse, motivada o fundamentadamente, cual o cuales son, en concreto, las causas de oposición que aquel vaya a esgrimir en la vista ⁴⁹¹, pues dicha oposición se desarrollará oralmente en el acto de vista, si bien haciendo uso en lo necesario de lo dispuesto para la preparación de la misma especialmente en el párrafo tercero del artículo 440 LEC.

Tras ello se citará a las partes, como dispone el art. 260.1 LEC, en relación con el art. 440.1. LEC, es decir, que por el Secretario Judicial (tras la reforma operada por LeNOJ) se citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte. En la citación se harán constar los demás extremos que indica dicho artículo para el caso.

Esa vista deberá desarrollarse de acuerdo con lo dispuesto para el juicio verbal (art. 260. 1 LEC), si bien ocupará la posición de demandante quien puso en marcha el incidente de oposición; por tanto, el primer interviniente debe ser el requerido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 185.2 LEC y, en caso de inasistencia a la vista de alguna de las partes debe estarse a lo dispuesto para el juicio verbal en el art. 442 LEC, lo que supondrá que, si no comparece el demandante (requerido) se tendrá a éste por desistido de la oposición, acordándose lo procedente para la práctica de las diligencias preliminares acordadas; mientras que si no comparece el demandado (solicitante de las diligencias), el juez resolverá sobre la

⁴⁹¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley*, ob. cit. p. 75. También GARBERÍ LLOBREGAT, en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil, con formularios y jurisprudencia*, Tomo 2, Ed. BOSCH, Barcelona, 2001, p. 865, señala que se muestra partidario de que la oposición pueda llevarse a cabo <<bien mediante la presentación de un escrito reducido a manifestar su negativa a que se practiquen las diligencias acordadas, o bien mediante la negativa manifestada oralmente en la sede del órgano judicial ante el que el mismo habrá debido personarse>>.

oposición del sujeto pasivo atendiendo a lo alegado por éste en la vista y por el solicitante en la solicitud de diligencias preliminares ⁴⁹².

3. Postulación

Sobre el carácter preceptivo de la intervención de abogado y procurador en el procedimiento de diligencias preliminares existe gran polémica, también en la doctrina, pero sobre todo a nivel jurisprudencial, que ya fue expuesta en otra parte anterior de esta obra.

En este momento, tan sólo parece oportuno recordar que, a nuestro juicio, con carácter general, resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador durante el procedimiento preliminar, pudiendo por excepción admitir como casos de intervención profesional facultativa los supuestos en los que la solicitud de diligencias preliminares resultase urgente. Ahora bien, ello no significa que a partir de la presentación urgente de dicha solicitud el procedimiento continúe desarrollándose sin la presencia de dichos profesionales, al contrario la excepción a la intervención preceptiva de estos profesionales solo opera para el escrito inicial, según deriva del tenor legal, que en sentido estricto solo refiere la excepción a la solicitud, por lo que a partir de ese momento urgente las demás actuaciones, incluida la oposición al auto que acuerda las diligencias preliminares, requerirán de la respectiva intervención de procurador y abogado.

No obstante, quizá convenga rememorar que incluso dentro de la corriente jurisprudencial que no considera necesaria con carácter general la intervención de abogado y procurador en el procedimiento preliminar, admite que sí sería preceptiva la intervención de estos profesionales si durante el procedimiento se suscita oposición.

⁴⁹² En similar sentido, BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 185.

Así, el AAP Granada de de 25 de abril de 2008 argumenta sobre la imposibilidad de satisfacer los honorarios de abogado y procurador con cargo a la caución prestada por el solicitante de las diligencias preliminares *<<cuando no es preceptiva su intervención (arts. 23-3º y 32-2-2º de la LEC) ni desde luego en este concreto caso, mínimamente necesaria, cuando no ha habido oposición (...)*.

En las diligencias preliminares de no haber oposición, sólo existe realmente una parte, siendo estas un acto preparatorio que presenta diferencias sustanciales con lo que sería un proceso, de forma que no será aceptable una aplicación analógica del art. 32 de la LEC>>⁴⁹³.

En el mismo sentido, el AAP Sevilla de 21 de junio de 2007 razona que *<<para atender el requerimiento en qué consistía la diligencia preliminar de que se trata (...), considera el tribunal que no era necesario, en absoluto, la intervención de Abogado y Procurador, pues con ello, más que manifestar oposición alguna, lo que si hubiera exigido la intervención de éstos profesionales, dados los términos de los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, simplemente se daba cumplimiento al requerimiento practicado, para lo que el requerido no precisa de su intervención (...)>>⁴⁹⁴.*

Por lo demás, pese a que autorizadas y mayoritarias opiniones doctrinales consideran que el anterior régimen de intervención sólo es aplicable cuando se persiga preparar un posterior proceso en el que resulte preceptiva la intervención de abogado y procurador, pero no cuando se pretenda preparar un posterior proceso en el que la intervención de dichos profesionales sea facultativa, a mi juicio, la preceptividad de la

⁴⁹³ Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), Auto núm. 60/2008 de 25 abril, JUR 2008\331824. La cursiva es nuestra.

⁴⁹⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), Auto núm. 142/2007 de 21 Junio, JUR 2008\52840. La cursiva es nuestra.

intervención de estos profesionales debe exigirse en ambos casos, es decir, con independencia de la materia y cuantía que pudiera tener, en su caso, el posterior proceso principal⁴⁹⁵.

4. Contenido de la oposición

Acierta la doctrina, a mi juicio, cuando destaca el hecho evidente de que el legislador, la ley, no solo no establece cuáles han de ser las causas de la oposición a la práctica de las diligencias, sino que ésta no establece motivos tasados de oposición⁴⁹⁶, lo que a mi entender no es debido a otra razón que la de cumplir, en definitiva, con las disposiciones que para el desarrollo de la vista establece el citado art. 443 de la LEC al que se remite el citado art. 260.1 LEC.

Por tanto, los motivos que pueden fundamentar la oposición son diversos. De cualquier forma y sistematizando, podríamos siguiendo a GARNICA⁴⁹⁷, distinguir entre motivos de oposición de fondo y los de carácter formal. Entre los primeros, fundamental el que no concurren los presupuestos establecidos para la procedencia de las diligencias, es decir, que no exista justa causa o interés legítimo en el solicitante, o que la medida no sea adecuada a la finalidad que con ella se persigue, tal y como por el contrario prescribe el art. 258.1 LEC. Así mismo, podrá aducirse la falta de detalle en la solicitud sobre la acción que se proyecta (art. 256. 2

⁴⁹⁵ Al respecto cfr. más extensamente el apartado II. 2 del capítulo segundo.

⁴⁹⁶ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit. p. 966; BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil Práctico*, Tomo III-2, Mayo 2010, ob. cit. p. 5-143 y BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. pp. 178 y ss.

⁴⁹⁷ GARNICA MARTÍN, Juan Fco, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit. p. 1177.

LEC), o la imposibilidad material de llevar a cabo la diligencia solicitada

498

Entre los segundos debe distinguirse entre la oposición fundada en la concurrencia de un presupuesto procesal inexcusable y la oposición limitada a la forma en que se hubiere acordado practicar la diligencia, cuestiones ambas admitidas por el citado art. 443 LEC.

De particular interés puede considerarse que se invoque como motivo de oposición la falta de proporcionalidad, pues plantea el problema de si puede adoptarse una diligencia distinta a la inicialmente solicitada. Es precisamente este cauce de oposición el que puede constituir un valioso instrumento para que el tribunal pueda acordar esta diligencia distinta, particularmente si es la indicada como más razonable por parte del propio solicitante ⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ En este sentido resulta de interés el Auto núm. 124/2005 de 18 julio Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), JUR 2005\220792, que refiere el siguiente supuesto: <<Se ha instado la práctica de diligencia preliminar para que a presencia judicial procedan a la exhibición de todos los documentos y títulos que deben obrar en su poder en relación a la herencia de doña María Ángeles y su esposo Don Juan, respecto de Don Rodrigo y Doña María Ángeles, como albacea y sobrina, respectivamente. Don Rodrigo opone en su escrito, sustancialmente, que el contenido y objeto de la Diligencia Preliminar es de imposible cumplimiento ya que no dispone y no ha dispuesto nunca de tal documentación, dado que después del fallecimiento de Doña María Ángeles, ningún heredero se ha puesto en contacto con el mismo para la práctica de las operaciones particionales, y que hace unos tres años una señora se puso en contacto telefónico con él para pedirle la de entrega de documentos relacionados con la herencia y le contestó que no disponía de ninguna documentación. En el acto la vista, y una vez practicada la prueba, la parte ahora apelante, como promovente de la diligencia, manifiesta que Rodrigo no tiene motivos para oponerse, sino que su escrito oponiéndose no era justificado y solicita se le condene en costas. La resolución estima la oposición y condena en costas a dicha parte promovente, que es la que apela. Consiguientemente, a la vista de lo actuado, *es claro*, que opuesto por la parte que no dispone de la documentación solicitada, y, así, resulta de la vista celebrada, tal circunstancia supone oposición justificada a lo pretendido de exhibición de los documentos, que es además la conducta previsible para evitar los efectos de la negativa que contempla el artículo 261 LEC, del que a contrario sensu resulta como exigencia el atender al requerimiento o formular oposición. Todo ello lleva a la desestimación del recurso formulado>>.

⁴⁹⁹ GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit. p. 1177.

Entre los motivos de oposición de índole procesal, cabría señalar la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, pese a la prohibición de proponer declinatoria en el procedimiento preliminar (art. 257. 2 LEC). En este sentido, la falta de jurisdicción o de competencia objetiva es causa de nulidad de pleno derecho (art. 238.1 LOPJ), y la ley permite que se ponga en conocimiento del tribunal en cualquier momento del proceso antes de la sentencia definitiva (art. 240.1 LOPJ). Por lo tanto, nada impide que en el incidente de oposición se pueda plantear y discutir esta cuestión⁵⁰⁰.

También podría alegarse como causa de oposición la incompetencia territorial del Juzgado al que se dirige la solicitud de diligencias preliminares, pues lo que no podría admitirse es la declinatoria, porque, -efectivamente- la veda el art. 257.2 LEC, pero ello no significa que el solicitado no pueda argumentar sobre la incompetencia territorial, que es analizable de oficio, con la finalidad de poner de manifiesto al juez su incompetencia, de forma que éste pueda apreciarla⁵⁰¹.

Así mismo, podrían esgrimirse como motivo de oposición la falta de capacidad del solicitante, en el caso de que no cumpla los requisitos de los artículos 6 y 7 LEC, o la falta de representación; la falta de legitimación, si bien, no debe enjuiciarse bajo los mismos parámetros como lo sería en el juicio proyectado; y otros posibles defectos procesales

En cuanto a los motivos de oposición atinentes a la forma en que se haya acordado la práctica de las diligencias preliminares acordadas, podría fundarse la oposición en la inadecuación de la caución fijada, o en

⁵⁰⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 180.

⁵⁰¹ GARNICA MARTÍN y DAMIAN MORENO, J., considera que la falta de competencia territorial puede ser alegada por el requerido << como medio de oposición, pues es la única manera de asegurar que la petición va a ser sustanciada ante el órgano jurisdiccional que corresponda al fuero del destinatario de la misma. Lo contrario sería tanto como dejar que el solicitante pudiese fijar unilateralmente la competencia para la tramitación de esta diligencia>> (*Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Ed. LEX NOVA, Valladolid, 2000, p. 1689).

la inadecuación del lugar en el que debe practicarse. Respecto a la insuficiencia de la caución señalada al solicitante, por cuanto no puede existir otra vía para que el solicitado pueda formular esa alegación y porque no existe duda de que el requerido puede tener un legítimo interés en que se amplíe la caución, cuando considere que la misma no garantiza suficientemente los eventuales daños y perjuicios que se podrían derivar de la práctica de las diligencias acordadas ⁵⁰².

Respecto a la oposición fundada en que el solicitado no está de acuerdo con la concreta forma en que se haya acordado llevar a cabo la práctica de la diligencia, particularmente en lo concerniente al lugar, tampoco puede ponerse en duda, efectivamente, la utilidad de la misma, particularmente en aquellos casos en que le pueda resultar gravoso el traslado de la cosa o exhibirla desde el lugar en el que se encuentra a la sede del órgano jurisdiccional, o a dónde se haya dispuesto en el auto que admitió a trámite la diligencia. Por otra parte, no debe existir ningún inconveniente para que esta petición pueda sustanciarse sin necesidad de acudir al procedimiento de oposición, es decir, como simple petición de parte, sobre la que el órgano judicial resuelva, tras prestar la oportuna audiencia al solicitante, si se estima conveniente.

5. Decisión de la oposición y efectos sobre las costas

A) Forma

Celebrada la vista, practicada la prueba propuesta en la forma prevista para todos los procesos declarativos, recordemos que el art. 445

⁵⁰² GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la Nueva Ley*, ob. cit. pp. 1178-9.

dispone que será de aplicación a los juicios verbales lo establecido en los Capítulos V y VI del Libro II Título I, el Tribunal resolverá, mediante auto, si considera que la oposición es justificada o si, por el contrario, carece de justificación.

Sobre la oposición al auto que acuerde la práctica de diligencias preliminares se resuelve mediante resolución judicial con forma de auto, por tanto motivado (art. 208. 2 LEC) cualquiera que sea el sentido de la resolución (art. 260. 2 LEC), estimación de la oposición (art. 260. 4 LEC), o desestimación de la misma (art. 260. 3 LEC); forma que debe adoptar igualmente la resolución que, en su caso, resuelva el recurso de apelación formulado contra el auto que decida sobre la oposición (art. 465. 1 LEC).

En este sentido, el AAP Cáceres de pone de manifiesto que << el apartado 1 del artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la citación, la persona requerida para la práctica de Diligencias Preliminares podrá oponerse a ellas y en tal caso, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los Juicios Verbales", añadiendo el apartado 2 del mismo precepto que "celebrada la vista, el Tribunal resolverá, mediante Auto, si considera que la oposición es justificada o si, por el contrario, carece de justificación, y reiterando el apartado 4 del expresado artículo que "si el Tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante (cont. 196) Auto, que podrá ser recurrido en apelación". *Por tanto, la oposición a la práctica de Diligencias Preliminares ha de decidirse, indudablemente, mediante Auto, no por Sentencia* -que (equivocadamente, a criterio de esta Sala) es la forma que ha adoptado la Resolución dictada por el Juzgado de instancia-; *luego, al efecto de preservar las formalidades exigidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, la presente Resolución, que decidirá el Recurso de Apelación*

interpuesto frente a la Sentencia impugnada, adoptará la forma de Auto>>⁵⁰³.

B) Sentido

La resolución sobre la oposición al auto que acuerda la práctica de diligencias preliminares puede tener un doble sentido, estimatorio de la oposición, por considerarla justificada, o desestimatorio de aquella, por considerarla injustificada.

Una de las cuestiones problemáticas que plantea la resolución sobre la oposición es la relativa al pronunciamiento respecto de las costas. Así tal y como dispone el art. 260.3 LEC, si el tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Por el contrario, tal y como dispone el art. 260.4 LEC, si el tribunal considerase justificada la oposición, lo declarará así, igualmente, mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación. En este último caso, la ley no hace pronunciamiento sobre costas.

Al respecto y antes de entrar en el fondo del asunto, hay dos situaciones básicas a tener en cuenta, una depende del criterio en torno a la necesidad de abogado y procurador en las diligencias preliminares que se sustente, y otra que cualquiera que éste sea, hay que hacerlo valer.

⁵⁰³ Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), Auto núm. 8/2007 de 16 enero, JUR 2007\250927. La cursiva de esta resolución judicial y de las siguientes es nuestra.

a) Desestima la oposición

Según se ha indicado, con arreglo a lo dispuesto en el art. 260.3 LEC, si el tribunal considerare injustificada la oposición, mediante auto se condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente, sin que contra dicho auto resulte admisible recurso alguno.

Al margen de la condena al requerido a las costas del incidente de oposición, cuestión no controvertida en este supuesto ante la claridad de la dicción legal, lo anterior supone que desestimada la oposición deviene firme el auto que acordó la práctica de las diligencias preliminares, por lo que continuará el procedimiento preliminar, ya que las diligencias adoptadas deberán llevarse a efecto, según previene el art. 259.1 LEC, sea de forma voluntaria, o de modo forzoso, conforme se abordará *infra*.

En definitiva, el rechazo de la oposición producirá como principal efecto que quede definitivamente abierta la puerta a la práctica de las diligencias preliminares, sin que con posterioridad puedan admitirse al requerido nuevos motivos de oposición, ni la promoción de un nuevo incidente de oposición a instancia de un tercero ⁵⁰⁴.

En consecuencia, tras la resolución de la oposición y considerada injustificada, después del plazo de espera de ejecución para las resoluciones judiciales que establece el art. 548 LEC, puede ya practicarse la diligencia preliminar, y dado que el incidente de oposición ha provocado la suspensión de la realización de la diligencia, al acordar el rechazo de la oposición –del mismo modo que al acordar las diligencias- (art. 259. 1 LEC) el tribunal deberá emitir una nueva citación y requerimiento para llevar a cabo la diligencia en los términos señalados por el art. 259 LEC.

⁵⁰⁴ Como señala GARNICA MARTÍN., *Comentarios* ..., ob. cit. p. 1181.

b) Estima la oposición.

La estimación de la oposición del requerido supone que, tras dar audiencia a éste, se revoca el auto que sin previa audiencia del mismo acordaba la práctica de las diligencias preliminares y, en consecuencia, conlleva la denegación definitiva de las diligencias preliminares, quedando expedita la vía para resolver sobre la aplicación de la caución prestada por el solicitante y para el archivo del procedimiento preliminar, a reserva del recurso que pueda interponerse.

No se pronuncia sin embargo la LEC sobre el pronunciamiento que debe emitirse respecto de las costas del incidente de oposición en el caso de que se considere justificada y, por tanto, sea estimada (art. 260. 4 LEC).

Dicho silencio legal ha generado, en consecuencia, interpretaciones jurisprudenciales contradictorias sobre el posible sentido del pronunciamiento sobre las costas del incidente de oposición en el caso de que ésta sea estimada.

Una primera corriente jurisprudencial considera que el silencio legal sobre una eventual condena en costas en el supuesto de que se aprecie justificada la oposición debe interpretarse en el sentido de que en este caso no procede la condena en costas al solicitante cuya solicitud ha sido finalmente desestimada, debiéndose en estos casos declararse las costas de oficio, de forma que cada parte asuma las costas causadas a su instancia y las comunes las asuman por mitad.

Esta es la interpretación que se asume por las distintas Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid. Así el AAP Madrid de 27 de abril de 2004 señala que << (...) *Al considerarse justificada la oposición aunque solo en parte, las costas de este incidente ocasionadas en la primera*

instancia deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad (número 4 del artículo 260 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil).

II. Las costas ocasionadas en esta segunda instancia deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al estimarse el recurso de apelación (número 2 del artículo 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)>>⁵⁰⁵.

En el mismo sentido, el AAP Madrid de 18 de marzo de 2005 pone de manifiesto que <<*Se ciñe el recurso que hoy resuelve esta Sala al pronunciamiento de costas que se imponen a La Agencia Beta Nueve S.A. y a Transportes Cofreces S.L. cuando entienden, los propios apelantes, que la petición de diligencias preliminares tan sólo se acogió parcialmente al considerar justificada, al menos parcialmente, la oposición que a las repetidas diligencias preliminares efectuaron quienes habían ocupado el lado pasivo de la relación jurídica procesal. Los recursos repetidos tiene que acogerlos este Tribunal pues de cuanto dispone el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece evidente que la oposición estuvo justificada* pues alcanzando la petición relativa a la exhibición de bienes muebles a dos vehículos (M1112-JH y TO8096-S) y los recogidos en las facturas de los folios 9 y siguientes, es lo cierto que el "iudex a quo" limitó la exhibición a la cabeza tractora de un camión Volvo, de matrícula portuguesa, que efectivamente se hallaba en los locales inicialmente arrendados por el Sr. Miguel, representante legal de Madrileña de Traylers S.L. y a dos aparatos de aire acondicionado, que no al resto de los bienes muebles de los folios 2 y 3, como tampoco para el camión M1112-JH, de cuyo paradero ninguna noticia tenían Transportes Cofreces S.L. y La

⁵⁰⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Auto núm. 50/2004 de 27 abril, JUR 2004\247287.

Agencia Beta Nueve S.A., *por tanto justificada la oposición y desde el contenido del número 3 del artículo 260 no se imponen las costas devengadas ante el "iudex a quo" a ninguna de las partes pues si, al propio tiempo, se coordina este artículo de carácter especial (260) con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habremos de convenir que tampoco se daría el vencimiento objetivo, y en este sentido la petición de los apelantes se ajusta a derecho*>>⁵⁰⁶.

Igualmente, la SAP Madrid der 14 de julio de 2006 dispone que << el artículo 260 LEC contiene una normativa especial en materia de costas respecto a la general prevista en el artículo 394 LEC, de modo que debe ser aquél y no éste el precepto aplicable. *El indicado artículo 260 sólo prevé la condena en costas para el caso de entender el tribunal que la oposición a las medidas preliminares estaba injustificada (ordinal 3º), pero no si la oposición se entiende justificada (ordinal 4º) caso para el que no contempla pronunciamiento alguno sobre el particular, criterio que también es el mantenido en los recursos de apelación 77/2005 de la Sección 19ª y en el 618/2002 de la Sección 21ª, ambas de esta Audiencia Provincial de Madrid*>>⁵⁰⁷.

Por último, en la misma línea se pronuncia, si bien con mayor extensión, con cita de otras resoluciones y más extensamente, el AAP Madrid de 21 de diciembre de 2013, el cual pone de manifiesto que: << Como tiene dicho este mismo tribunal (...): "El artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo establece la condena en costas cuando la oposición a las diligencias preliminares se considere injustificada, no estableciendo ninguna previsión sobre los gastos procesales cuando en el

⁵⁰⁶ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto núm. 79/2005 de 18 marzo, JUR 2005\107537.

⁵⁰⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), Sentencia núm. 389/2006 de 14 julio, JUR 2007\25357.

ordinal cuarto, contempla el supuesto de que la oposición sea justificada, situación que conlleva la no imposición de costas en estos casos, tal y como se razona en el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 9 de Octubre de 2.001, cuando en su fundamento de derecho segundo dice: “El art. 260.4 de la nueva LEC se limita a establecer que "si el Tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación". Como se observa en este precepto el legislador omite toda referencia al pronunciamiento sobre las costas causadas en el incidente a diferencia de lo que ocurre con el punto 3º del mismo precepto en el que expresamente se obliga al Tribunal ("condenará") a imponer las costas causadas por el incidente al requerido al pago si el Tribunal considerare injustificada la oposición. Parece pues evidente que el legislador no desea esta condena en costas cuando la oposición es justificada y puestos a buscar la razón de que esto sea así podemos concluir que, en definitiva a la oposición se llega en virtud de una resolución judicial, dictada al amparo de lo establecido en el art. 258 de la Ley, por la que el Juez o Tribunal considera que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, fijando la caución que deba prestarse. *Por lo tanto es el Juez quien, en principio, abre la puerta a la práctica de la diligencia preliminar con lo que, al mismo tiempo, permite la oposición del requerido y la iniciación de un trámite incidental, y en esta situación difícilmente se pueden imponer las costas a la parte que solicitó unas diligencias preliminares que en principio fueron consideradas adecuadas por el Juez. Es decir, la oposición se dirige contra una resolución judicial pretendiendo su revocación, de forma similar a lo que ocurre con los recursos y, por lo tanto estimada la oposición por ser esta justificada, el único pronunciamiento que cabe en materia de costas es el no efectuar pronunciamiento expreso sobre las mismas”* .

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 14.7.2006 y las que en ella se citan, dice que "...el artículo 260 LEC contiene una normativa especial en materia de costas respecto a la general prevista en el artículo 394 LEC, de modo que debe ser aquél y no éste el precepto aplicable. *El indicado artículo 260 sólo prevé la condena en costas para el caso de entender el tribunal que la oposición a las medidas preliminares estaba injustificada (ordinal 3º), pero no si la oposición se entiende justificada (ordinal 4º) caso para el que no contempla pronunciamiento alguno sobre el particular*, criterio que también es el mantenido en los recursos de apelación 77/2005 de la Sección 19ª y en el 618/2002 de la Sección 21ª, ambas de esta Audiencia Provincial de Madrid...". Aplicando la doctrina anterior al presente caso, la condena en costas no es procedente >>⁵⁰⁸.

Por último, a esta corriente jurisprudencial también se adscriben otras Audiencias Provinciales. Así, el AAP Zamora de 20 de febrero de 2009 manifiesta que <<efectivamente, debe tenerse en cuenta que el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 3, contempla expresamente la condena al requerido al pago de las costas causadas por el incidente si el Tribunal considerara injustificada la posición, en tanto que, en el apartado 4 del mismo precepto, tan sólo se expresa que, si el Tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante Auto, que podrá ser recurrido en apelación, omitiendo cualquier referencia a la imposición de las costas en este supuesto.

El hecho de que, en el caso de que se estime injustificada la oposición, se prevea de forma expresa la imposición de las costas del incidente a la parte requerida y que, en cambio, se omita todo tipo de

⁵⁰⁸ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 10/2013 de 21 diciembre, JUR 2013\40747.

pronunciamiento sobre la condena para el caso de que la oposición se declare justificada, conduce a afirmar -a juicio de esta Sala- que, en segundo supuesto no procede imponer las costas del incidente a ninguna de las partes; lo que -según nuestro criterio- encuentra su fundamento, precisamente, en el hecho de que, en el primer estadio del procedimiento (antes de la oposición), se hubieran acordado por el Órgano Jurisdiccional las diligencias solicitadas (vid art 258) al considerar que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, fijando la caución que deba prestarse. Por tanto es el Juez quien, en principio, abrió la puerta a la práctica de la diligencia preliminar con lo que, al mismo tiempo, permitió la oposición del requerido y la iniciación de un trámite incidental. Y en esta situación difícilmente se pueden imponer las costas a la parte que solicitó unas diligencias preliminares que en principio fueron consideradas adecuadas por el Juez y que después en base a la falta de legitimación opuesta no prosperaron >>⁵⁰⁹.

Por el contrario, una segunda corriente jurisprudencial entiende que, ante la falta de pronunciamiento del art. 260. 4 LEC sobre el régimen de imposición de costas en el caso de que la oposición a las diligencias sea estimada, debe aplicarse la regla general sobre el vencimiento objetivo contenida en el art. 394 LEC, lo que en este supuesto supondría que las costas deberían imponerse al solicitante de las diligencias.

En este sentido, el AAP Ciudad Real (Sección 2ª) de 3 de abril de 2009 dice que <<sobre esta materia, esta Sala es plenamente conocedora de que existen pareceres discrepantes entre las distintas Audiencias Provinciales debido a que el párrafo 4º del artículo 260 de la L.E.C, a

⁵⁰⁹ Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), Sentencia núm. 41/2009 de 20 febrero, JUR 2009\188653.

diferencia del precedente, no establece o mejor dicho silencia como se regula el pago de las costas en los supuestos en que se considere justificada la oposición (...).

Por el contrario, la segunda postura, siempre ha sido sostenida por esta Audiencia, en concreto ésta Sala ha señalado, por ejemplo en los autos de fecha 24 de enero de 2.006 o 25 de noviembre de 2.008, por citar el último, que: "las diligencias preliminares solicitadas, en su inicio, presentaban a juicio del juzgador un principio de buena apariencia jurídica, que le llevaron a dictar el Auto de fecha ... si bien formulada oposición por los requeridos a la práctica de las diligencias solicitadas, se acogió dicha oposición, y el acogimiento de la misma, vino determinado porque las diligencias solicitadas, no tenían por objeto preparar el juicio, sino anticipar un medio de prueba, que como tal, debe pedirse en la forma que establece el procedimiento correspondiente.

El art. 260 de la LECivil, en su apartado 3, sienta la imposición de la condena en costas al requerido de las diligencias preliminares, cuando se considere injustificada su oposición, y si bien, nada dice sobre el supuesto contrario, es decir, cuando la oposición fuere justificada, por aplicación del mismo criterio, que no es otro, que el del vencimiento objetivo, contenido en el art. 394 de la LECivil, las costas han de correr a cargo de quien ha sido vencido".

Aplicando lo anteriormente expuesto, esta Sala no puede sino compartir y ratificar los argumentos antes señalados, lo que conlleva en el presente caso desestimar el recurso. No sólo son razones de coherencia y uniformidad sino que teniendo en cuenta que el auto impugnado estima la oposición en base a que lo que pretende el solicitante es garantizar el éxito del posterior juicio mediante la práctica de una prueba anticipada que le facilite la acción que debe ejercitar es indudable que aunque ello debió

propiciar, dada la naturaleza de las referidas diligencias, una decisión contraria a *su admisión*, éste hecho, a diferencia de lo que sostiene el apelante, *no puede, desde luego y por sí sólo, erigirse en un factor que obligue a la parte contraria, -ajena al planteamiento de las diligencias, a dicha decisión y que se ve obligada a comparecer en el mismo para salvaguardar sus derechos-, a no obtener la plena satisfacción de los gastos que el proceso le ha generado; gastos que son ajenos a aquellos que garantiza la caución prestada, tal y como se infiere del artículo 256.3 de la L.E.C . y de la decisión que sobre ésta se adopte conforme al artículo 262.1 del citado Cuerpo Legal. En definitiva, la existencia de un previo pronunciamiento judicial favorable a la realización de la diligencia no constituye ningún obstáculo para que verificado un proceso contradictorio y desestimada la misma no se le imponga al solicitante el pago de las costas procesales cuando el criterio que inspira toda la regulación legal de las costas en la Ley Rituaria Civil es el del vencimiento >>*⁵¹⁰.

En el mismo sentido, el AAP León de 25 de febrero de 2009 pone de manifiesto que <<la parte recurrente plantea una cuestión relativa a la imposición de las costas de Primera Instancia, entendiendo que el artículo 260 de la LEC no contempla su imposición al solicitante cuando es estimada la oposición a la práctica de las diligencias preliminares y que en todo caso existiría una estimación parcial de la oposición al rechazar la resolución recurrida tres de las cuatro causas que fueron planteadas.

De conformidad con lo dispuesto en el 394 en relación con el artículo 260 de la LEC a propósito de las costas procesales, debe señalarse que el derecho a la tutela judicial efectiva ante los órganos judiciales en

⁵¹⁰ Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª), Auto núm. 28/2009 de 3 abril. JUR 2010\324736.

busca de un fin lícito, legítimo y evidente como es el caso, no puede nunca calificarse como muestra de mala fe o temeridad procesal.

Sentado lo que antecede, lo cierto es que en el caso de autos, a la vista de los términos en que ha sido planteada la solicitud de medidas preliminares no existen dudas de hecho o de derecho que justifiquen un pronunciamiento distinto en materia de costas del establecido como regla general para todos los procesos civiles, de ahí que al ver desestimada su pretensión la parte solicitante, deben imponérsele las costas del presente procedimiento.

El art. 394 LEC es claro al contemplar, como principio general, la regla del vencimiento atenuado, salvo que concurran serias dudas de hecho o de derecho.

La excepción al principio objetivo se funda en el juego del principio de causalidad en virtud del cual las costas deben correr a cargo de quien, con su comportamiento, dio lugar al proceso.

En el presente caso hemos de coincidir con el criterio expuesto en la resolución recurrida pues al no contemplar el artículo 260 LEC expresamente la condena en costas en el supuesto de estimar la oposición, resulta evidente que será de aplicación el criterio general sin que se aprecie en la litis la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitieran no hacer imposición de costas ya que las cuestiones que plantea la parte recurrente sobre la realización de actos ilegales en la liquidación de la sociedad exceden del ámbito del procedimiento. Tampoco resulta de aplicación el criterio de estimación parcial pues la oposición prospera, con independencia de que se estime únicamente uno de los motivos, pues en definitiva ello implica la desestimación de las pretensiones ejercitadas en el escrito de solicitud inicial de diligencias.

En definitiva, se comparten y consideran suficientemente razonadas las explicaciones contenidas en la resolución recurrida sobre los motivos para la aplicación estricta del principio de vencimiento objetivo que sigue siendo el criterio general, no existiendo ninguna razón que imponga la modificación de dicho criterio, por lo que el recurso debe ser íntegramente rechazado >>⁵¹¹.

Por último, en la misma línea se pronuncia el AAP Barcelona de 29 de septiembre de 2006, el cual señala que << el art. 260.3 LEC prevé que si la oposición resultare injustificada, el auto que la desestime impondrá las costas; pero en caso contrario, *cuando se decida que está justificada la oposición y que, por lo tanto, no deben practicarse las diligencias solicitadas, el art. 260.4 LEC guarda silencio. Ello no debe interpretarse, como hace el recurrente, en el sentido de que la omisión excluye la condena en costas en caso de estimación de la oposición. En este caso deberían imponerse las costas a quien ha visto desestimadas sus pretensiones, esto es, al solicitante de las medidas, pues la resolución se dicta después de un breve incidente contradictorio en el que ha resultado vencido, siendo razonable que quien ha tenido que oponerse a las diligencias inicialmente solicitadas pueda resarcirse de los gastos procesales que le ha ocasionado la oposición.*

Es lógico que la primera fase, de examen y adopción de las diligencias preliminares solicitadas, puesto que se hace inaudita parte y, por ello, sin posibilidad de ser aceptadas por los interesados, no conlleve pronunciamiento en costas. De modo que la ausencia de oposición, supone su aceptación y un tratamiento análogo al del allanamiento anterior a la contestación, de no imposición de costas. *Sólo si hay oposición, al resolver*

⁵¹¹ Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), Auto núm. 120/2009 de 25 febrero. JUR 2009\187784.

el breve incidente contradictorio que se ventila en una vista, cuando el Juez juzgue sobre la justificación de la oposición, tendría sentido un pronunciamiento de imposición de costas a aquella "parte" que vea desestimadas sus pretensiones, y así se prevé expresamente en el caso de desestimación de la oposición (art. 260.3 LEC) e implícitamente cuando se estime la oposición, por aplicación del régimen general del art. 394 LEC>>⁵¹².

Esta diversidad de criterio interpretativo también tiene su reflejo en la doctrina, la cual no obstante es más próxima en las consecuencias prácticas. Así, una opinión doctrinal mantiene que el silencio sobre las costas en el caso de que la oposición sea estimada cobra pleno sentido en la regulación efectuada sobre los gastos y costas generadas por la práctica de estas diligencias, ya que la regla general es la establecida en el art. 256.3, según el cual los gastos que se ocasionen con motivo de la práctica de las diligencias preliminares serán a cargo del solicitante; regla que comporta que, en principio, rige la condena en costas del solicitante.

Sin embargo, por excepción si la oposición es estimada se condenará en costas al solicitante de las diligencias, pero solo a las costas del incidente de oposición, siendo el resto de los gastos y costas a cargo del solicitante. Si en el caso de que la oposición sea estimada no se establece norma especial es porque se sigue considerando adecuada la solución contenida en la norma general⁵¹³.

Por el contrario, a mi juicio, la interpretación más correcta consistiría en entender que la LEC no prevé que el auto estimatorio de la oposición contenga un pronunciamiento en materia de costas porque ha

⁵¹² Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto de 29 septiembre 2006, JUR 2007\114081. La cursiva es nuestra.

⁵¹³ BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil* ..., ob. cit. p. 5-144.

dispuesto que los gastos ocasionados se determinen posteriormente a través del incidente que prevé en el artículo 262.1 de la misma. Por lo que para ese específico caso no hay condena en costas, porque está previsto el pago de gastos, lo que es más beneficioso para el requerido por la diligencia⁵¹⁴.

Aunque estas dos interpretaciones comporten algunas consecuencias prácticas diversas, sin duda, son menores que las derivadas de las dos corrientes jurisprudenciales antes expuestas. Para éstas en el caso de que se estime la oposición a las diligencias preliminares, el pronunciamiento sobre costas debiera ser, bien la imposición de costas de oficio, de forma que cada parte pague las causadas a su instancia y las comunes por mitad (primera interpretación), bien la imposición de costas al solicitante de las diligencias, con arreglo al principio del vencimiento (primera interpretación).

Sin embargo, las dos interpretaciones doctrinales antes expuestas coinciden en que en ese caso de estimación de la oposición debe condenarse al solicitante, al menos, a las costas del incidente de oposición, sin perjuicio de subsistir diferencias que se apuntarán más tarde.

6. Recursos

Según se ha adelantado con anterioridad, el régimen de recursos es diferente según el sentido de la resolución que recaiga sobre la oposición formulada por el requerido a la práctica de las diligencias preliminares. Así, el apartado 3 del artículo 260 dispone que, si se considerase *injustificada* la oposición por el tribunal, no cabrá recurso alguno contra la resolución judicial que rechace la oposición.

⁵¹⁴ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias* ..., ob. cit. p. 189.

Por el contrario, en el supuesto de que el tribunal considere justificada la oposición, lo declarará así mediante auto, que será recurrible en apelación (art. 260. 4 LEC).

La razón de la exclusión de la posibilidad de recurso contra el auto que rechaza la oposición quizá sea tratar de evitar dilaciones⁵¹⁵, no careciendo tampoco de justificación el establecimiento de un régimen de impugnación diferente en función del sentido de la resolución sobre la oposición a las diligencias, pues, si la oposición se desestimara, la admisibilidad de recurso podría llevar a que se utilizara éste como maniobra dilatoria tendente a impedir que se practicara una diligencia preliminar que en dos ocasiones ha sido considerada justificada. Por el contrario, en el caso de estimación de la oposición, terminado el incidente finaliza el procedimiento preliminar, por lo que el recurso será la última oportunidad que tiene el solicitante para hacer valer la procedencia de unas diligencias admitidas inicialmente por el juez⁵¹⁶.

7. La ausencia del trámite en las diligencias de la LP

En la diligencia de comprobación de hechos, en su desarrollo y práctica, la parte actora no tiene acceso al resultado de las diligencias y es el juez quien determina si debe ser o no revelado su resultado (130.1, 130.2 y 130.4 de la LP). Éste está obligado a conceder a la persona con quien se entienda la diligencia la posibilidad de efectuar las manifestaciones que tenga por conveniente, que lógicamente deberán ser oídas y valoradas por

⁵¹⁵ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias ...*, ob. cit., p. 191 y GARCINDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento ...*, ob. cit. p. 967.

⁵¹⁶ GARCINDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento ...*, ob. cit. p. 967.

el mismo antes de proceder a su realización y, entiendo, que deberán reseñarse en la correspondiente acta. La diligencia se dará por terminada en el momento en que el juez considere que la misma ha perdido su sentido, porque del resultado de la inspección se esté evidenciando que no se trata de medios que estén sirviendo para llevar a cabo la violación de la patente, a tenor de las razones expuestas en la solicitud de las diligencias que el juez admitió en su resolución. Contra las decisiones del juez sobre el resultado de la diligencia de comprobación no cabrá interponer recurso alguno (130.5).

En consecuencia, es cuanto menos discutible que el afectado por la diligencia de comprobación de hechos pueda plantear oposición a su práctica. Este trámite tiene una expresa previsión legal en materia de diligencias preliminares de la LEC (artículo 260), pero no existe una disposición paralela en las diligencias de investigación de la Ley de Patentes. Es, además, complicado invocar la aplicación supletoria de la LEC, al amparo del artículo 263 de la ley de ritos, para tratar de justificar que se concediese la posibilidad de un trámite inicial de oposición e introducir así la posibilidad de contradicción en este ámbito, pues ello es difícil de encuadrar en el mecanismo de las diligencias de comprobación⁵¹⁷, al menos en las que consisten en la inspección directa a

⁵¹⁷ La ley enumera entre las mismas, en el nº 1 del artículo 130 de la LP, la inspección de máquinas, dispositivos o instalaciones que puedan estarse utilizando para la violación de la patente, pero esto entiendo no debe considerarse como un “numerus clausus” pudiendo entenderse comprendida en su ámbito la obtención de cualquier información relativa al proceso industrial de elaboración de los productos que pueda implicar infracción del mencionado derecho de exclusiva. La prueba de que no se trata de un listado cerrado de posibles actuaciones comprobatorias es que el nº 2 del citado artículo 130 alude simplemente a la expresión “medios”, lo cual entiendo es suficientemente abierto para comprender actuaciones inspectoras de otro tipo de las que aquel enumera; además, en el nº 3 se menciona también como objeto de la inspección a los procedimientos con cuya utilización se pueda estar llevando a cabo la violación alegada.

En la práctica, las diligencias de comprobación más habituales suelen concretarse, sin exhaustividad, entre otras, en: a) la inspección de maquinaria que pueda estarse empleando para fabricar un determinado producto; b) el registro de las instalaciones- naves industriales, fábricas,

realizar en las dependencias del demandado, ya que no está previsto que se realice ningún trámite previo de citación al afectado, como el que dispone el artículo 259 de la LEC para las diligencias preliminares. Si se efectuase una notificación previa, resulta evidente que podrían facilitarse actuaciones del afectado dirigidas a difuminar u ocultar la actuación infractora, lo que puede hacerse evidentemente en pocas horas, si se le preavisara. Hay que recordar que, en un primer momento, el derecho del afectado se reduce a la mera audiencia que contempla el artículo 130.1 de la LP, sin perjuicio de la posibilidad de personarse desde ese momento en el expediente y recibir notificación de todo lo que se acuerde desde entonces.

A la vista de lo anterior, resulta difícil pensar en la posibilidad de articular el trámite de oposición con posterioridad a la realización de la diligencia, pues ésta ya habrá sido ejecutada y no puede utilizarse para impugnar las decisiones del juez sobre el resultado de la misma, ni por lo tanto su resolución sobre si, dadas las circunstancias, procedía o no llevarla adelante, pues ello no cabe según el nº 5 del artículo 130 de la LP.

Cabría plantearse por último, si podría reconocerse un derecho al afectado a oponerse a la entrega al solicitante del testimonio de lo actuado que necesita para interponer su demanda. No obstante, hay que recordar que el juzgado ya ha valorado si había indicios de infracción al proseguir la diligencia, lo que el afectado no puede impugnar, y que ha debido dicho

tiendas, oficinas, laboratorios y otras dependencias- en que pueda estar elaborándose o almacenándose un determinado producto; c) el examen de la documentación relativa al proceso industrial de elaboración de un producto o al procedimiento de obtención de una determinada sustancia; d) la toma de muestras de un determinado producto o de los materiales, sustancias, componentes u otras sustancias o materias relacionadas con la patente; e) la realización de análisis y exámenes periciales sobre materiales, sustancias, procesos de fabricación u obtención de determinados productos; y f) en el caso concreto de los medicamentos, donde las solicitudes de diligencias de comprobación son frecuentes, la realización de las averiguaciones oportunas para comprobar el proceso seguido para la fabricación del principio activo, la composición del fármaco, las cantidades producidas de las sustancias de que se trate y el destino de las mismas.

órgano articular de oficio los mecanismos para preservar, en la medida de lo posible, los secretos industriales del afectado que no tengan que ver con el mecanismo infractor, por lo que se introduciría aquí un medio de dilación, que impediría presentar la demanda en el plazo que la ley exige, cuando el legislador ha previsto la urgencia de su tramitación y la perentoriedad de la interposición de aquélla.

Al respecto entiendo igualmente que al añadir el apartado 2 del artículo 130 de la LP, modificado por el art. 8.1 de Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que : “... y dispondrá que el Secretario judicial notifique al peticionario que no procede darle a conocer el resultado de las diligencias realizadas”, no se está haciendo otra cosa que completar el sentido de dicho precepto en orden a su interpretación; y ello, en relación, con lo dispuesto, a su vez, en su apartado 5, que dice que contra la decisión del Juez sobre el resultado de la diligencia practicada no se dará recurso alguno. Lo que a mi entender hace inviable la aplicación supletoria de la LEC, pues no cabría la oposición, ni, por tanto, recurso alguno ⁵¹⁸.

⁵¹⁸ En este sentido el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, Auto de 25 octubre 2006, AC 2007\248, señala que << (...) Recurso: contra esta resolución no cabe recurso alguno. Para tal conclusión me fundo en que la LCD se remite a la LP en lo relativo al procedimiento. La LP, al regular el régimen de recursos contra la resolución, sólo prevé que sea recurrible la resolución denegatoria y, obviando el régimen general de recursos, admite la apelación directa. La anterior conclusión se corresponde por lo demás a la perfección con la ejecutividad inmediata de la resolución (que justifica que no se admita la oposición propia de las diligencias preliminares) y el factor sorpresa que preside la regulación de las diligencias de comprobación en la Ley de Patentes, características que quedarían en entredicho en uno y otro caso, aunque es forzoso reconocer el limitado alcance del último factor en este caso. Por otro lado, considero que, al no suspender la ejecutividad de la resolución el eventual recurso, el mismo queda sobrevenidamente privado de sentido (artículo 22 LECiv). A mayor abundamiento, el trámite de alegaciones conferido a los requeridos garantiza suficientemente su derecho de defensa y les permite alegar cualquier circunstancia que concurra en lo inicialmente acordado que aconseje no expedir certificación, efecto este que en la práctica equivale a la posibilidad de solicitar por vía de recurso que se deje sin efecto algún pronunciamiento y así se acordase. Es cierto que por esa vía difícilmente se pueden discutir los presupuestos en que se funda la adopción de las diligencias, pero también es cierto que el derecho a recurrir una resolución es de configuración legal. (...) >>.

IV. Realización de las diligencias

Una vez se han acordado por el órgano judicial las diligencias preliminares solicitadas, a falta de oposición o una vez desestimada ésta, puede procederse por los sujetos pasivos requeridos para su práctica a realizarla de forma voluntaria con arreglo al régimen previsto en el art. 259 LEC.

Por el contrario, si los sujetos pasivos requeridos para su práctica no proceden a realizarla de forma voluntaria con arreglo al régimen previsto en el citado artículo, será preciso acordar medidas coercitivas mediante las que proceder a la ejecución forzosa de las diligencias acordadas en los términos establecidos en el art. 261 LEC.

1. Realización voluntaria.

A) Actuaciones previas a la práctica de las diligencias

Una vez efectuada la solicitud de diligencias preliminares a un órgano judicial, se exige un juicio previo de admisibilidad por parte del juez, quien comprobará, como exige el núm. 1 del artículo 258 de la LEC, si la petición resulta debidamente justificada. En definitiva, el citado artículo 258 LEC es como una cláusula de salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho esencial que conviene a ambas partes en el procedimiento. Apreciados por el tribunal dichos presupuestos, fijada por éste la caución y prestada por el solicitante, el tribunal accederá a la pretensión.

Coincide la doctrina en calificar de somero, parco, incompleto, ambiguo, al artículo 259 LEC al referirse a los requisitos de forma para la citación, requerimiento y práctica de diligencias preliminares ⁵¹⁹. La aformalidad es el término con el que se califica a las mismas. El legislador no ha querido revestir su práctica de especiales requisitos de forma y ha realizado una regulación muy abierta.

Frente a los actos de comunicación que dicho artículo refiere, actos de comunicación previos, al decir “en el acto en que se acceda a la solicitud se citará y requerirá a los interesados” para que lleven a cabo la diligencia, se plantea por lo general la cuestión relativa a la clase de acto de comunicación en que deben consistir aquellos.

Entiendo al respecto que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil es clara, y ofrece la solución, al referirse para ello conjuntamente a la citación y el requerimiento para la práctica de las diligencias preliminares apreciadas, actos de comunicación previstos en el artículo 149.3º y 4º LEC. La citación se utiliza, como dice dicho artículo, cuando determine lugar, fecha y hora para comparecer y actuar, y el requerimiento se utiliza para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad, en el caso que nos ocupa una conducta, que ofrecerá oportunidades, y también producirá consecuencias, previstas igualmente por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así el precedente artículo 258.3 LEC al referirse a que “si la caución ordenada por el Tribunal no se prestare en tres días, contados desde que se dicte el auto en que se conceda las diligencias” se procederá por el Secretario judicial al archivo, plantea el punto de partida de las previsiones contenidas en el citado artículo 259 LEC, pues, de prestarse la caución tras

⁵¹⁹ GARNICA MARTÍN, J. Fco., *Comentarios a la Nueva Ley...*, (coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau), T- I, ob. cit., p. 1170 ; y BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias ...*, ob. cit. p. 5-134.

la notificación del auto que refiere, se entra de inmediato en la siguiente fase, la citación para la práctica de las diligencias preliminares.

El plazo de tres días desde que se dictó el auto que acuerda las diligencias previsto en el artículo 258 LEC es muy breve, por lo que se ha considerado que el solicitante tendrá que disponer de la caución desde el mismo momento en que la ofrece ⁵²⁰. Ante esta cuestión entiendo que será a partir del día siguiente a la notificación del auto que concede las diligencias, cuando comenzará a correr el plazo de los tres días que dicho artículo refiere, de acuerdo a su vez con lo dispuesto por el artículo 133.1 LEC.

Por otra parte, resulta evidente que hasta que no se haya prestado la caución no tendrá efectividad la resolución acordando proceder a la práctica de la diligencia ⁵²¹. Y será después, es decir, una vez prestada la caución por el solicitante de la diligencia preliminar en el plazo de los tres días desde su notificación, cuando, como dispone el artículo 259.1 LEC, habiéndose accedido a la solicitud, “se citará y requerirá a los interesados”, valiéndose para ello de los medios propios de esta, cuales son los actos de comunicación del tribunal previstos por el artículo 149 LEC y dentro de los mismos los adecuados para las actuaciones procesales correspondientes, la citación y el requerimiento.

La “citación y requerimiento a los interesados” debe ser independiente de la notificación del auto acordando la diligencia -que recordemos se sigue sin conocimiento del futuro requerido hasta este momento-, como también debiera ser independiente de la notificación del

⁵²⁰ GUTIERREZ SANZ, M^a ROSA, *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Colección Estudios Procesales, (coord. CABAÑAS GARCÍA, J.CARLOS), Ed. Trivium, 2000, p. 301.

⁵²¹ GARNICA MARTÍN, J. Fco., *Comentarios a la...*, ob. cit. p. 1170; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, 2000, pp. 73-74-75.

auto que rechaza la oposición, a fin de que el Secretario judicial pueda realizar los actos de comunicación que se le encomiendan, una vez que el solicitante haya cumplido con la carga de constituir la caución, a cuya efectividad se subordina la práctica de las diligencias preliminares.

La citación arroja sobre los destinatarios la carga de comparecer y/o desarrollar alguna actuación procesal en un lugar, fecha y hora determinados. Por su parte el requerimiento, a diferencia de la citación y del emplazamiento, se distingue por su contenido imperativo, porque a través de él el tribunal ordena a su destinatario una determinada conducta o una determinada inactividad ⁵²².

Por lo demás, además del requerimiento para proceder a la práctica de las diligencias preliminares acordadas, en la citación debería apercibirse al destinatario de que, en el caso de incomparecencia injustificada o de negativa a realizar las diligencias acordadas, se procederá a su ejecución forzosa en los términos establecidos en el artículo 261 de la LEC ⁵²³.

⁵²² MONTÓN GARCÍA, califica los requerimientos como <<actos conminatorios>> (<<Líneas maestras de los actos de comunicación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil>>), Tribunales de Justicia, 2000-8/9, pp. 927 y ss. Como dice CUBILLO (LÓPEZ, Ignacio, *La comunicación procesal en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Edersa, 2007), “si a través de citaciones y emplazamientos se ponía en conocimiento de las partes el surgimiento de cargas, los requerimientos suelen ser no solo de cargas -que también-, sino además de los deberes y obligaciones”..

⁵²³ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley....*, V-I, ob. cit., p. 964.

B) Lugar, plazo y modo de realización

a) Lugar

El artículo 259.1 LEC dispone como lugar en el que debe practicarse la diligencia preliminar la sede de la Oficina judicial o el lugar que se considere oportuno. De la norma se desprende que la regla general será la de que las diligencias se llevarán a cabo en la sede de la Oficina judicial y que, por excepción, el tribunal puede acordar la práctica en otro lugar que considere conveniente.

Ciertamente, el lugar de las actuaciones judiciales se regula tanto en el art. 129 LEC como en los artículos 268 y 269 LOPJ. El artículo 268 LOPJ dispone que las actuaciones judiciales deberán de practicarse en la sede del órgano jurisdiccional. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los juzgados y tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción. Por su parte, el artículo 129 LEC señala que las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede de la Oficina Judicial. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su circunscripción.

La Oficina judicial es la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales (art. 435.1 LOPJ), siendo la unidad el elemento organizativo básico de la estructura de la Oficina judicial y existiendo dos tipos de unidades en atención a sus funciones, unidad procesal de apoyo directo y servicios comunes procesales (art. 436 LOPJ). La primera es aquella unidad de la Oficina judicial que directamente asiste a jueces y magistrados en el

ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten (art. 436 LOPJ).

Por tanto y como dispone el artículo 437.1 LOPJ en lo que aquí interesa, referido a las funciones de la unidad procesal de apoyo directo, la Oficina judicial será la encargada de asistir directamente a jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten. A ello se está refiriendo, a su vez, el artículo 259.1 LEC. De ahí que sigue siendo competencia del tribunal el dictado de las resoluciones, y de la Oficina judicial, y concretamente del Secretario judicial, realizar las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de aquellas. De ahí que el lugar unas veces será la sede del tribunal, el Juzgado, y otras la citada unidad procesal de apoyo directo de la Oficina judicial, cuyo secretario judicial ejercerá las competencias y funciones que le son propias, como dispone el artículo 437.3 LOPJ. Por lo demás, así lo recoge en sus resoluciones la jurisprudencia menor cuando de la aportación de documentación se trata ⁵²⁴.

⁵²⁴ La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), Auto núm. 200/2011 de 6 octubre, JUR 2011\394341 pone de manifiesto que la práctica de las diligencias acordadas se produjo del siguiente modo: <<El Juzgador de instancia en la primitiva resolución de 4 de mayo de 2010 y conforme a lo dispuesto en el artº. 258.1 de la LEC, accede a la práctica de la mencionada diligencia preliminar en los términos señalados, citando y requiriendo a los representantes legales de ambas sociedades, como así lo exige el artº. 259.1 de la LEC, para que lleven a cabo tal diligencia. En la sede de la Oficina Judicial del Juzgado Civil nº 1 compareció a tales efectos, únicamente el legal representante de "Industria Fumistera Murciana" S.L., aportando los siguientes documentos: de un lado, la factura de 10 de marzo de 2008, expedida por el Sr. Ernesto por importe de 15.306,75 €, relativa a las comisiones del ejercicio de 2007, y los efectos girados para su pago, la renovación de los mismos, la transferencia de 27 de agosto de 2008, por importe de 7.142,84 € y el endoso del pagaré librado a favor de INFUMUR S.L., por D. Ricardo por importe de 5.793,62 €. De otro lado, se aporta fotocopia del Libro Mayor en relación con la subcuenta del Sr. Ernesto comprensiva de los períodos, 1/1/08 a 31/12/08 y 1/1/09 a 31/12/09, que refieren los movimientos de los efectos y renovaciones de pagarés antes mencionados. Finalmente se aporta también la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 5 de Murcia en el Juicio Cambiario nº 1.563/09, instado por el Sr. Ernesto contra "Industria Fumistera Murciana" S.L., que estima la oposición formulada por dicha mercantil ejecutada>>.

b) Plazo

En principio el artículo 259.1 LEC, al referirse a la citación y requerimiento ⁵²⁵ a los interesados, no establece más que un plazo “y dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia que haya sido solicitada y acordada”. Evidentemente la Ley de Enjuiciamiento Civil sustrae a la decisión de los jueces la fijación de los plazos, estos vienen fijados por ella misma, pero a su vez sí permite que dentro de esos plazos, e incluso fuera de ellos, previa su correspondiente justificación por el Juzgado de la causa motivadora, fije el lugar, día y hora para la práctica de la diligencia preliminar, es decir, su señalamiento.

No obstante, no será necesario el señalamiento, sino mero requerimiento para cumplimiento dentro del plazo que se comunique, cuando el objeto de la diligencia consista en la aportación de un documento por parte del solicitado ⁵²⁶.

La doctrina, al menos parte de ella, considera breve el plazo para la práctica de las diligencias preliminares acordadas, dado que dentro de los diez días siguientes a la recepción de la citación para llevarla a cabo por los interesados, se comprende el de cinco días para que por el solicitado pueda llevarse a cabo oposición a la misma. El artículo 260.1 de la LEC establece que en caso de oposición de la persona requerida a la

⁵²⁵ Cuando en el contenido del acto notificado se señala lugar, día y hora para la comparecencia del destinatario ante el órgano jurisdiccional, se estará en presencia de una citación. Si el acto notificado conmina o intima formalmente a una persona para que realice o se abstenga de realizar una determinada conducta, se denominará requerimiento. Considero precisa y oportuna la observación en orden a que en la práctica forense suelen estar ya establecidas las formas que deben adoptar los distintos actos de comunicación que se practican durante el proceso. *Derecho Procesal Práctico*, (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José M^a), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, T-I, p. 546.

⁵²⁶ GARNICA MARTÍN, Juan Fco., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* ..., ob. cit. pp.1177-1172.

práctica de la diligencia preliminar se citará a las partes para una vista –que no a una comparecencia- que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales.

No obstante el plazo no es tan breve si se tiene en cuenta que la formulación de la oposición a la práctica de las diligencias suspende el plazo para la realización de éstas, práctica que no llegará a producirse si la oposición es estimada.

El artículo 259.1 LEC entiendo que lo que dispone, al referirse a citación y requerimiento, es primero lo que aquel acto de comunicación significa, determinación de lugar, fecha y hora para comparecer y actuar (art. 149.3º LEC), es decir, el acto de acudir ante el órgano jurisdiccional para realizar la actividad procesal consistente en la constitución en parte o personación en el juicio, exigiéndose capacidad procesal, y, por lo general representación técnica y dirección Letrada, cumpliendo lo ordenado con lo segundo, el objeto del requerimiento. En el caso de dicho artículo 259.1 LEC, ambos actos de comunicación son necesarios y complementarios, por así disponerlo la Ley.

Llegados a este punto, y en relación con los citados actos de comunicación “citación y requerimiento”, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 161, regula la notificación personal en un sentido amplio, pues incluye a las notificaciones propiamente dichas, los emplazamientos, las citaciones y los requerimientos, por medio de entrega de la copia de la resolución a notificar o de la correspondiente cédula. En sus artículos 152.3 y 160.3 prevén que este tipo de comunicación, la citación y requerimiento, puedan llevarse a efecto, tanto en la sede del tribunal, como en el domicilio del interesado. La práctica del requerimiento de forma distinta a la personal privaría al requerido de la posibilidad, que, a su vez, prevé el art. 152.4 LEC, de responder al requerimiento, se admitirá la respuesta que dé

el requerido, dice, consignándola sucintamente en la diligencia, y sin perjuicio de que aquel deba someterse al requerimiento, a diferencia de los demás actos de comunicación, en que la respuesta sólo se admite si la resolución lo ordena.

C) Modo de realización

Así pues de no efectuarse oposición por el requerido, éste deberá cumplir con el requerimiento colaborando con el tribunal. Y la forma o el modo de realización estará en función de la diligencia preliminar de que se trate, siendo muchos los aspectos que pueden afectar a la celebración de cada una de ellas ⁵²⁷, tantos como vicisitudes procesales se puedan dar en dicho acto, que no se regulan con precisión en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que solo pueden realizarse parcialmente mediante la aplicación por analogía de las disposiciones previstas en la ley procesal civil para los correlativos medios de prueba, en la medida en que no se oponga a la naturaleza o a la regulación especial de las diligencias preliminares.

Por una parte, la doctrina se refiere al sujeto procesal ante el que deben practicarse las diligencias, y a su indudable importancia. Es, efectivamente, la sede de la Oficina judicial tras la reforma por Ley 13/2009 el lugar ordinario para la práctica de las diligencias, de lo que se parece inferir que, con carácter general, las diligencias ya no deberán practicarse ante el juez o magistrado que integra el órgano jurisdiccional,

⁵²⁷ “La forma y el lugar para la práctica de la diligencia dependerán de la misma naturaleza de la medida, por lo que conviene examinar separadamente cada una de ellas”. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-I, Aranzadi, Ed. 2001, p. 964. “Ante el silencio legal, habrá de estarse a las particularidades de cada uno de los casos”. GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva ...*, ob. cit. p. 1172.

sino ante el Secretario judicial ⁵²⁸. Respecto de esto no se puede olvidar que, conforme al artículo 437.1. LOPJ, “a los efectos de esta Ley Orgánica se entiende por unidad procesal de apoyo directo aquella unidad de la Oficina judicial que directamente asiste a jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, *realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten*”.

Si bien, se añade que “en cuanto sigue siendo competencia del juez determinar por auto el lugar y modo de práctica de la diligencia, el juez podrá fijar como lugar y práctica de las diligencias la sede del tribunal y ante él, en vez de la sede de la oficina, si lo estima oportuno”, oportunidad que puede venir determinada por la clase de diligencia a practicar ⁵²⁹.

Así, en principio, pudiera resultar admisible que la declaración jurada pueda practicarse sin la presencia del juez porque no se trata de un medio de prueba, supuesto en el que sí que se daría ese requisito, ni de una comparecencia que tenga “por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución” (art. 137. 2 LEC)⁵³⁰. El objeto de esta diligencia es constatar unos hechos que son necesarios para que la parte pueda preparar su demanda y no convencer al Juez sobre los mismos, por lo que su no presencia en la práctica sería irrelevante.

No obstante, algunos autores matizan que si con carácter general la declaración no debe realizarse necesariamente en presencia judicial, excepcionalmente sí deberá efectuarse en dicha presencia, cuando el confesante se niegue a contestar o lo haga en términos equívocos. En estos supuestos la presencia del Juez puede ser esencial para que se haga uso

⁵²⁸ BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias preliminares ...*, op cit. p. 136

⁵²⁹ BELLIDO PENADÉS, R., *Las diligencias preliminares. ...*, op cit. p. 136

⁵³⁰ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 210. En el mismo sentido, GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. p. 1172.

adecuadamente de las consecuencias que para el caso se establecen en el art. 261.1ª. Por esta razón consideran que la declaración jurada debe hacerse siempre ante el Juez ⁵³¹.

Sin embargo, a mi juicio, por las razones antes expuestas –que estas diligencias no son un medio de prueba- ni siquiera la declaración del requerido debe efectuarse obligatoriamente en presencia judicial, debiendo tener en cuenta, como se verá al analizar las consecuencias de la negativa a la práctica de esta diligencia del art. 261. 1. 1º LEC, que el juez que debe extraer las consecuencias previstas en este precepto para el caso de negativa no es el que conoce del procedimiento preliminar y ante el que en su caso se practicarían las diligencias, sino el juez competente para conocer del posterior proceso principal.

Una vez comparecido el requerido, en primer lugar, se le tomará juramento o promesa de decir la verdad (art. 256. 1. 1º LEC), actuación que encuentra su razón de ser en ofrecer mayores garantías de que el requerido responda de forma veraz ⁵³² a fin de que el solicitante pueda valorar mejor la conveniencia de iniciar el proceso que mediante las diligencias preliminares se persigue preparar; y con posterioridad se le interrogará sobre los extremos relativos a su personalidad que haya determinado el solicitante.

Por otra parte, tampoco parece que exista inconveniente en que a la práctica de la diligencia de declaración acuda el solicitante de la diligencia, pues la ley prevé en el art. 259. 1 LEC que para la práctica de las

⁵³¹ GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. pp. 1172-1173.

⁵³² BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 210. En el mismo sentido, GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. p. 1172.

diligencias se requiera a los “interesados”, condición que sin duda tiene el solicitante de las diligencias ⁵³³.

A estos efectos parece que debe ser el solicitante quien formule por escrito a acompañar a la solicitud de las diligencias las preguntas que deben ser formuladas al requerido, pues en otro caso difícilmente podrían tenerse por formuladas en determinado sentido en caso de negativa del requerido a contestarlas (art. 265. 1. 1º LEC) ⁵³⁴. Y posteriormente el requerido debe responder oralmente a las preguntas formuladas por escrito por el solicitante, o a las que éste le formule oralmente en el acto si guardan relación con las preguntas anteriores ⁵³⁵, o para pedir aclaraciones sobre aspectos de sus respuestas ⁵³⁶.

Tratándose de la diligencia de exhibición de documentos y cosas, tampoco parece que sea necesaria la presencia judicial, porque tampoco estamos en este caso ante la práctica de un medio de prueba, ni de una vista o comparecencia que tenga por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución (art. 137. 2 LEC), por lo que basta que se practique ante el Secretario judicial ⁵³⁷, el cual deberá constatar la existencia, contenido y/o estado de un documento o cosa ⁵³⁸.

La exhibición deberá realizarse ante el Secretario judicial en la sede de la Oficina Judicial, o en el lugar en que se encuentren el documento o la cosa si existen dificultades para ser trasladados. En efecto, habrá que atender a las dificultades que el traslado de la cosa a la sede de la Oficina judicial pudiera plantear, dificultades que podrían ser de carácter físico, y

⁵³³ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 210.

⁵³⁴ GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. p. 1150.

⁵³⁵ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 212.

⁵³⁶ GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. p. 1150.

⁵³⁷ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 212.

⁵³⁸ GARNICA MARTÍN, JF, *Comentarios a la Nueva Ley ...*, ob. cit. p. 1150.

también jurídico que puedan ser consideradas suficientes para justificar aquella decisión ⁵³⁹.

En el caso de inmuebles y en cuanto a su exhibición, ésta es evidente que no puede consistir en el traslado del mismo a la sede de la Oficina judicial. Será el Secretario judicial y los interesados los que se trasladen al lugar donde se halle a fin de efectuar su reconocimiento, en virtud de lo dispuesto por el artículo 268.2 LOPJ y 129.3 LEC, como por otra parte reconoce la jurisprudencia menor⁵⁴⁰.

Por otra parte, el solicitante podrá acudir a la sede de la Oficina judicial, o al lugar donde se practique la exhibición, asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a costa del solicitante. Este perito que pueda auxiliar al solicitante, no ha de ser necesariamente un titulado, puede ser un simple práctico. Pese al tenor literal del precepto, no parece que se haya querido limitar a uno el número de auxiliares que podrían asistir al solicitante, sino que ese número es indeterminado y puede ser superior ⁵⁴¹.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en ocasiones la diligencia de exhibición de cosas y de documentos, especialmente si la documentación es amplia o compleja, puede requerir de suficiente tiempo ⁵⁴² a fin de que la práctica de la diligencia permita alcanzar la finalidad perseguida.

En este sentido, resulta de interés el AAP Madrid de 2 de julio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: << (...) cuando se habla de la exhibición de títulos o documentos en la LECv, ello no significa sin

⁵³⁹ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, ob. cit. p. 1172.

⁵⁴⁰ Auto de la AP Toledo (Sección 2ª), núm. 37/2008 de 10 abril. JUR 2008\296368,

⁵⁴¹ GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-I, ob. cit., p. 964.

⁵⁴² BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 218.

más que se muestren a la parte que interesó su exhibición, ya que ello tan solo conllevaría la constatación de su existencia al ser sin más "vistos" los documentos a que se refieran, sino que realmente con dicha exhibición lo que se pretende es la presentación de tales documentos y que se pongan a disposición del solicitante de las Diligencias Preliminares para su examen en el propio Juzgado, como además parece desprenderse de las propias previsiones de nuestra Ley Procesal al regular en el art 261 las consecuencias a la negativa de la exhibición de documentos en la regla segunda de las que contiene.

Es precisamente en base a lo expuesto por lo que considerando que la mera muestra de los documentos a que se refería la parte solicitante en su solicitud de práctica de determinadas Diligencias Preliminares, ya que en un tiempo de apenas tres minutos que en sí duró la exhibición de documentos respecto del total del acto en sí, difícilmente pudo la representación de Construcciones Riotorto S.L ni tan siquiera leer el contenido de cualquiera de ellos, ha generado a la misma una situación de indefensión al no haber podido examinar los documentos a que se había referido en su solicitud de forma efectiva, impidiéndole el cierto conocimiento de los datos que le pudieran interesar para la presentación de un posterior demanda, entendemos que (...) no procede sino declarar la nulidad de lo actuado retrotrayendo las actuaciones al acto de la vista en que se produjo la mera muestra de los documentos, debiendo celebrarse nuevamente la misma con tiempo suficiente para que la entidad Construcciones Riotorto S.L pueda examinar los documentos cuya exhibición solicitó en el propio Juzgado>>⁵⁴³.

⁵⁴³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Auto núm. 218/2008 de 2 julio, JUR 2008\292787.

Por otra parte, si bien se observa, la ley contempla la asistencia del solicitante a la práctica de la diligencia preliminar acordada, asesorado por un experto en la materia, a fin de proceder al examen de los documentos y títulos cuya exhibición se haya solicitado. Sin embargo, no prevé la ley esa asistencia para el requerido. Por tanto no está prevista, ni la asistencia letrada, ni la del citado experto para el sujeto pasivo de la diligencia, en esta primera fase procesal. Será en la siguiente, tratándose de la oposición⁵⁴⁴ en la que el sujeto pasivo podrá contar con asistencia técnica.

No obstante, el distinto tratamiento establecido respecto del solicitante y respecto del requerido no carece de justificación, encontrándose en que el sujeto requerido, al estar en posesión de la cosa o documento puede pedir en cualquier momento el consejo o asesoramiento de un técnico, mientras que el solicitante, al no estar en posesión de la misma, solo puede solicitar ese asesoramiento en el momento en el que a través de la práctica de la diligencia preliminar la cosa o documento se ponga a su disposición⁵⁴⁵.

D) Especialidades

La Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, al referirse a las diligencias preliminares a practicar para preparar proceso sobre infracción de derechos sobre propiedad intelectual e industrial, entre sus objetivos persigue conciliar la efectividad de la tutela

⁵⁴⁴ ARMENGOT VILAPALANA, A., *Las nuevas diligencias preliminares ...*, ob. cit. p.10.

⁵⁴⁵ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., pp. 217-218.

judicial a dispensar a los titulares, cesionarios y gestores de dichos derechos con la garantía de la confidencialidad de la información requerida, a fin de impedir su utilización fraudulenta, ya que las referidas diligencias preliminares pueden acceder a información muy sensible, como puedan ser los secretos empresariales o la documentación, incluso contable, del sujeto requerido.

Con dicha finalidad establece dos disposiciones especiales en dos nuevos apartados, el 3 y el 4, del artículo 259 para proteger la confidencialidad de la información obtenida. En el segundo se dispone, desde una perspectiva más general, que la información obtenida mediante las diligencias de los números 7º y 8º del apartado 1 del artículo 256 se utilizará exclusivamente para la tutela judicial de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las diligencias, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. Incluso se admite que, a instancia de cualquier interesado, el tribunal pueda atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

Esta norma es muestra de la prudencia que debe presidir la práctica de estas diligencias preliminares especiales, como además se tiene en cuenta en la práctica forense. En este sentido, cuando se acuerdan diligencias preliminares para preparar un proceso por infracción de derechos sobre propiedad industrial el secreto de la contabilidad del sujeto pasivo de la medida puede quedar en entredicho, por lo que resulta preciso reforzar el deber de confidencialidad.

Así lo recuerda el AAP Madrid de 25 de septiembre de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: <<El juicio de adecuación a la finalidad perseguida que también exige el artículo 258 de la LEC queda asimismo satisfecho, pues la previsión del artículo 32 del Código de

Comercio sobre el secreto de la contabilidad no resulta incompatible con la comprobación que la demandante exige, pues el propio nº 1 del mencionado precepto legal advierte que la regla general tiene como excepción lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes. Precisamente lo que se exige en este caso es el cumplimiento de una obligación legal, la del nº 22 del artículo 25 del TRLPI, que impone al sujeto al pago del canon (o compensación equitativa) por copia privada el tener que facilitar a las entidades de gestión los datos y documentación necesarios para que éstas puedan comprobar el cumplimiento (o, en su caso, lógicamente, el incumplimiento) de su obligación de satisfacer la remuneración por copia privada. La entidad demandante no sólo ha detallado en su demanda qué documentación pretende examinar sino que también ha motivado qué finalidad persigue al analizar cada uno de ellos. Por lo que, pese a tratarse de una comprobación de significada entidad sobre la documentación mercantil de la parte demandada, no se trata de un reconocimiento general de la misma, sino de aquello que está directamente relacionado con la obligación de pago de la compensación equitativa por copia privada.

Como contrapartida a su derecho la entidad de gestión está obligada a respetar el principio de confidencialidad en relación con las informaciones que conozca en el ejercicio de sus atribuciones, según establecen el nº 23 del artículo 25 del TRLPI y el artículo 259.4 de la LEC>>⁵⁴⁶.

Igualmente, la práctica de las diligencias preliminares en materia de infracción de derechos de propiedad industrial puede afectar a los secretos empresariales del sujeto pasivo de las diligencias. De hecho, ya la Ley de

⁵⁴⁶ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 200/2008 de 25 septiembre, JUR 2009\3740. En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 252/2008 de 12 diciembre, JUR 2009\71723. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 107/2009 de 19 junio, JUR 2009\472793. Y Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), Auto núm. 47/2012 de 16 marzo, AC 2012\773.

Patentes se pronunciaba también al respecto, al decir en su artículo 130.4 que "en todo caso cuidará el Juez de que la diligencia de comprobación no sirva como medio para violar secretos industriales o para realizar actos que constituyan competencia desleal". Y así se ha recogido y explicado a su vez, en la práctica forense.

De esta forma se ha señalado que *<<la tensión de derechos que subyace en la situación que motiva la petición de diligencias de comprobación de hechos da lugar a una realidad que debe ser abordada con sumo cuidado por los órganos judiciales. En efecto, mientras que la entidad Merck, Sharp & Dohme de España, S.A. es titular del derecho de exclusiva derivado de las patentes núms. ES 2.063.744 y ES 2.117.463, que reivindicán procedimientos de síntesis del principio activo Losartán y compuestos relacionados, y acude a los Tribunales para hacer valer el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) como instrumental para la protección de aquel, las entidades demandadas tienen derecho a los secretos empresariales de los que sean titulares para el mejor desenvolvimiento de su actividad sin que en el desarrollo ajustado a Derecho de la misma puedan verse perturbadas (artículo 38 CE). No es menester poner de relieve la protección que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los secretos empresariales que refleja la importancia que para el adecuado desarrollo de la actividad empresarial pueden alcanzar. Un uso espurio de las diligencias de comprobación de hechos previstas en el artículo 129 de la Ley 11/1986, de 20 marzo, sobre el Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (en adelante LP) puede permitir al solicitante acceder a conocimientos calificables como de secretos empresariales de las entidades demandadas obteniendo evidentes ventajas en el mercado sobre sus concurrentes. Por el contrario, los obstáculos a la práctica de diligencias finales por insuficiencia de información sobre la realidad de la infracción pueden coadyuvar a*

actuaciones infractoras de derechos de exclusiva obtenidos según lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico y merecedores de tutela. Por esta razón el artículo 130.4 LP establece que "en todo caso cuidará el Juez de que la diligencia de comprobación no sirva como medio para violar secretos industriales o para realizar actos que constituyan competencia desleal >>⁵⁴⁷.

En segundo lugar, se contempla otra disposición especial para una diligencia preliminar específica en este ámbito especial en el que se persigue preparar un proceso sobre infracción de derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual. La diligencia consiste en un interrogatorio de la persona a la que el solicitante considera que es el autor de la infracción, o bien de la persona que, a escala comercial, haya prestado o utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad intelectual o industrial, o bien de la persona a la que los anteriores hubieren atribuido intervención en los procesos de producción, fabricación, distribución o prestación de aquellas mercancías y servicios.

El artículo 259.3 LEC establece como especialidad la posibilidad de que el interrogatorio se celebre a puerta cerrada, pudiendo el tribunal ordenarlo a solicitud de cualquiera que acredite interés legítimo. La decisión se adoptará en la forma establecida en el artículo 138.3 LEC, es decir, antes de acordar la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación, el tribunal oír a las partes que estuvieren presentes en el acto. La resolución adoptará la forma de auto y contra ella no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva.

⁵⁴⁷ Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, Auto de 20 septiembre 2006, AC 2009\303. La cursiva es nuestra.

Es una norma coherente con lo dispuesto en el artículo 8.3.e) de la Directiva 2004/ 48/CE, de conformidad con las disposiciones legales que rigen la protección de la confidencialidad de las fuentes de información o el tratamiento de los datos personales ⁵⁴⁸.

2. Ejecución forzosa.

A) Presupuesto: la negativa al cumplimiento

La ejecución forzosa de las diligencias preliminares judicialmente acordadas tiene como presupuesto la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares por parte del requerido, bien sea porque citado para ello no atiende el requerimiento, bien porque tampoco formula oposición, o en el caso de que sea rechazada la oposición formulada al respecto. Ello ha conllevado, tras la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una novedosa regulación que la diferencia de la LEC/1881, con unas consecuencias igualmente bien distintas a las que esta última preveía, es decir, cómo su Exposición de Motivos dice, “ *sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios*” ⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ “Es criticable, sin embargo, que, en esta línea de protección de los intereses del sujeto pasivo de las diligencias, no se haya incluido alguna disposición relativa a la posibilidad del sujeto requerido de negarse a facilitar datos que obliguen a esa persona a admitir su propia participación o la de sus parientes cercanos en una infracción de un derecho de propiedad intelectual (art. 8.3 d Directiva 2004/48/CE)”. ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *Las Nuevas Diligencias Preliminares ...*, ob. cit. p. 11.

⁵⁴⁹ LEC 1/2000, de 7 de enero, Exposición de Motivos, Apartado X.

En efecto, esa responsabilidad patrimonial era la única consecuencia jurídica de la negativa del sujeto pasivo a practicar las diligencias preliminares acordadas. Buen botón de muestra de la situación en la ley anterior es la SAP Jaén de 15 de octubre de 1999, que se expresaba en los siguientes términos: «si el requerido se negase a la exhibición sin justa causa, responderá de los daños y perjuicios que originen al actor, el cual podrá reclamarlos juntamente con la demanda principal, art. 501.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no obsta para que, si por falta de los documentos no pudiera iniciar el proceso, reclame los daños y perjuicios en demanda independiente. Este régimen resulta lógicamente de aplicación tanto si la negativa se produce de forma tácita, por incomparecencia del requerido sin justa causa, como de forma expresa, compareciendo y haciendo esta manifestación. En efecto, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-9-1984 (RJ 1984\4357), respecto de la regulación anterior, pero aplicable también con la regulación actual, «a pesar del estrecho cauce en que esta Resolución recae, no es ocioso recordar que según se infiere de lo dispuesto en el art. 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo entiende sin discrepancia la doctrina, se haya seguido o no el proceso incidental por haber surgido oposición del requerido, no cabe coacción directa o medida de ejecución material para que la exhibición o presentación se realice, por lo mismo que la diligencia preliminar no cambia su naturaleza aun en la segunda hipótesis, y por tratarse de un hecho personal, se opera la sustitución por vía indemnizatoria de los posibles daños y perjuicios, lo que en consecuencia determina que ni cabe el cumplimiento coactivo ni es posible medio alguno de apremio o coercitivo distinto del indirecto representado por esa posible condena al resarcimiento del quebranto ocasionado»⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), Sentencia núm. 406/1999 de 15 octubre,

Por el contrario, otro es el nuevo espíritu con el que la LEC 1/2000 apuesta por su utilidad y consiguiente mantenimiento. La doctrina así lo recoge ⁵⁵¹. La jurisprudencia también. Buena síntesis de la situación anterior a la LEC 1/2000, así como de la posterior a ella se ofrece en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, de 30 de enero de 2005, conforme al cual: << Si comparamos la legislación de 1881 con la actual Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, el defecto más importante que se había imputado a aquella en la regulación de las diligencias preliminares es que la única sanción que el legislador había dispuesto en el art. 501, para el caso de negativa del solicitado a cumplir lo requerido, era la obligación de responder de los daños y perjuicios que se originaran al actor como consecuencia de esa negativa, lo que constituía una sanción tan inútil como absurda; sin embargo, en la nueva LEC, la situación cambia y el legislador ha dispuesto una serie de medidas que están dirigidas a disuadir al solicitado de que se resista a la práctica de la diligencia, y a asegurar que el solicitante pueda conseguir el propósito perseguido; y entre la que se

AC 1999\2313.

⁵⁵¹ Entre otros, y a título de ejemplo podemos citar a GARNICA MARTÍN, JF., “Si algún precepto del Capítulo II << de las diligencias preliminares >> debe ser considerado como norma básica o << clave >> es este artículo”. *“Comentarios a la Nueva Ley”*, ob. cit. p. 1180. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., “ Dentro de la regulación de las diligencias preliminares en la LECiv destaca por su novedad, el contenido del art. 261 relativo a las consecuencias atribuidas a la negativa a llevar a cabo estas medidas preparatorias del proceso”. *“Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...”* ob. cit. p. 969. BELLIDO PENADÉS, R., “El régimen de efectos anudados a la negativa a practicar las diligencias preliminares acordadas judicialmente es uno de los aspectos en los que se produce una mayor reforma en la nueva ley. En la regulación anterior, ante la negativa del sujeto pasivo cuya intervención se solicitaba, la consecuencia jurídica establecida en la mayor parte de los casos era el surgimiento de responsabilidad de dicho sujeto por los daños y perjuicios que se originaren al futuro actor”. *Proceso Civil Práctico*, T. -III-2, Mayo 2010, p.5-154. GARBERÍ LLOBREGAT, J., “la innovadora introducción de medidas que aseguren la práctica de las diligencias preliminares acordadas judicialmente”, *“Las Diligencias Preliminares”*, ob. cit., p. 79, quien añade que “en los casos en que el sujeto requerido para cumplimentar la diligencia preliminar adoptada judicialmente no atendiese el requerimiento, o habiendo formulado previamente oposición ésta se le haya desestimado, el antes citado art. 261 LEC autoriza al tribunal a acordar, mediante auto, medidas coercitivas y restrictivas de derechos a fin de que pueda ser obtenido el mismo resultado, o un resultado alternativo pero igualmente provechoso, que hubiera podido cosecharse si la diligencia preliminar se hubiese practicado regularmente, con el concurso voluntario del sujeto requerido al efecto”. .

encuentra la del art. 261, inobservado por el Juzgado, y en el que incluso se llegan a disponer el empleo de medios de fuerza para conseguir la finalidad perseguida (desde luego transitoria y necesaria, sin perjuicio de que la negativa pueda también integrar una desobediencia punible), que en el caso contemplado como es la autorización de entrada y registro en el lugar en el que se encuentre la cosa o los papeles que hubieran de ser objeto de la exhibición. Por ello, y al contrario de lo que ocurría en la legislación de 1881, hoy puede hablarse de que existe una obligación de exhibir los documentos, porque el legislador pone los medios a través de los cuales se podrá asegurar su cumplimiento⁵⁵².

No obstante, se ha señalado en la doctrina que los logros obtenidos en el régimen de la eficacia de las diligencias acordadas tienen su contrapunto en el riesgo de lesión de algún derecho fundamental que presenta la concreta regulación legal. Consideración de índole constitucional que se complementa con otras de naturaleza ordinaria. Refiriéndose entre estas últimas a cierta imprecisión de la delimitación del ámbito de aplicación del art. 261⁵⁵³.

Respecto de dicha cuestión, entiendo que tal imprecisión no es tal, pues el artículo 261 LEC se está refiriendo efectivamente a que *si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición*, circunstancia esta última para la que prevé el art. 260.1 LEC se tiene un plazo de *los cinco días siguientes a aquél en el que se reciba la citación, la persona requerida para la práctica de las diligencias preliminares podrá oponerse a ellas*, conlleva que tal oportunidad procesal, como bien refiere y se desprende del art. 260.2 LEC puede considerarse y resultar injustificada o bien, por el contrario justificada,

⁵⁵² Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), Auto núm. 22/2005 de 30 marzo, JUR 2005\89137.

⁵⁵³ BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil Práctico*, ob. cit. p. 5-154.

resolviéndose ambas por medio de auto, por así ordenarlo dicho precepto. Con lo que, en definitiva, de resultar injustificada la oposición y de ser necesario la aplicación del art. 261.1, nos encontraríamos con que formulado el requerimiento, que ya lo fue en su momento procesal oportuno, no ha sido atendido, que es una de las posibilidades que el mismo prevé. Entiendo pues que tal imprecisión no existe.

B) Forma de la resolución que acuerda la ejecución forzosa

Como se ha adelantado, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 contiene en el art. 261 diversas medidas coercitivas dirigidas a doblegar la negativa del sujeto requerido a la práctica de una diligencia preliminar judicialmente acordada y tras el necesario contradictorio.

Además, algunas de esas medidas coercitivas son de notable entidad, teniendo algunas de ellas –como la entrada y registro de domicilio– entidad para afectar a derechos fundamentales del sujeto pasivo de las diligencias, como puedan ser el derecho a la inviolabilidad de domicilio, o el derecho a la intimidad. Pese a ello, la redacción inicial de este precepto disponía que las referidas medidas coercitivas serían acordadas por el juez mediante providencia.

Ello hizo que, tras la aprobación de la ley procesal civil de 2000, se alzarán algunas voces que reclamaban la inadecuación de dicha forma de resolución judicial habida cuenta de las exigencias constitucionales para la afectación a derechos fundamentales.

No obstante, tampoco han faltado resoluciones judiciales que consideran suficientemente garantizados los derechos del sujeto pasivo de

las diligencias preliminares, aun cuando las medidas coercitivas se acuerden mediante providencia.

En este sentido, resulta de indudable interés la SAP Las Palmas de 29 de mayo de 2012, tanto con relación a la constitucionalidad de la adopción de medidas coercitivas que afecten a derechos fundamentales en el proceso civil, como en relación a la adopción de esta clase de medidas mediante providencia.

Por lo que respecta a lo primero, dicha resolución razona que <<(…) debe salirse al paso de una posible denuncia de inconstitucionalidad de la norma por suponer una importante restricción de los derechos fundamentales, en la medida en que pudiera serlo en el proceso penal, y con ello que el legislador haya incurrido en inconstitucionalidad; porque aquí no se trata de un medio de investigación; y no se puede poner en duda que el juez tiene facultades para allanar la resistencia de un ciudadano condenado a abandonar una vivienda en la que tiene su domicilio y que se niega a abandonarla, tampoco se le puede negar esa misma facultad cuando lo que se pretende es vencer su resistencia a exhibir un documento u objeto, pues en ambos casos nos encontramos ante la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, que forma parte esencial de la potestad jurisdiccional>>.

Por lo que respecta a la adopción de las medidas coercitivas mediante providencia, la citada resolución argumenta que <<cabe significar que no puede confundirse esta medida de entrada y registro con la diligencia de entrada y registro que puede acordarse en el proceso penal, pues entre una y otra existen escasas cosas en común, pues de lo que se trata aquí es de dar efectividad a una diligencia judicial que sí que ha sido acordada en forma fundada y exigiendo una caución al solicitante, de forma que es el auto de admisión a trámite de la diligencia, e incluso el auto

resolviendo el incidente de oposición el que resuelve el eventual conflicto que puede surgir entre el derecho del solicitante a la tutela efectiva, que incluye el acudir a las diligencias preliminares, y los derechos fundamentales del solicitado, entre ellos el derecho a la inviolabilidad de su domicilio y el derecho a su intimidad; y la defensa de esos derechos no queda atropellada, ni siquiera en los casos en que- sin oposición ulterior- se acuerda una entrada y registro por medio de una simple providencia en la que no se pondera la proporcionalidad de la medida, porque_sobre la proporcionalidad debe juzgarse únicamente al admitir la diligencia a trámite y luego en el incidente de oposición; en definitiva, lo que desconoció el Juzgado es que el objeto de la diligencia era el de dar efectividad a una resolución judicial, o más propiamente, del respeto a la efectividad de los instrumentos procesales que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos>>⁵⁵⁴.

En la misma línea se habían emitido algunos pronunciamiento doctrinales. Así algunos contemplaron la posibilidad de paliar la incorrección de la regulación legal por parte del mismo juez que conoce de la diligencia, diciendo que << en caso de que se considere incorrecta la previsión legal que establece que la entrada y registro se ordene por providencia, más que sostener la inconstitucionalidad de la norma, debe simplemente ser corregida por los propios jueces a base de adoptar sus decisiones sobre entrada y registro en forma de auto >>⁵⁵⁵. Otros autores entendieron que << debe considerarse imprescindible que la providencia está siempre sucintamente motivada>>, de manera que si <<no se motiva suficientemente dicha resolución, sería inconstitucional. Sin embargo, si se

⁵⁵⁴ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª), Sentencia núm. 103/2012 de 29 mayo, JUR 2012\296601. Y en tal sentido, la referida Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), Auto núm. 22/2005 de 30 marzo, JUR 2005\89137.

⁵⁵⁵ MUÑOZ SABATÉ, *Fundamento de prueba judicial civil, LEC 1/2000*, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, p. 63, nota 17).

trata de una resolución motivada no hay motivo alguno para dudar de la constitucionalidad de este precepto >>⁵⁵⁶.

Respecto de las dos cuestiones tratadas en la resolución judicial antes expuesta, a mi juicio, la primera cuestión resulta inequívoca, resultando justificado que en el seno de un proceso civil se pueda afectar a derechos fundamentales del sujeto pasivo de la medida cuando venga requerido por la protección de un derecho fundamental del solicitante.

Más dudoso parece que las exigencias constitucionales resultaran colmadas mediante la adopción de dichas medidas coercitivas a través de una providencia. En este sentido se ha señalado que la Ley 19/2006 ha venido a adecuar o a ajustar más la realidad procesal de este artículo dada su posible relación con temas tan sensibles como singularmente lo es la inviolabilidad de domicilio, derecho fundamental; no en vano en el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al entonces Anteproyecto de Ley en el que se indicaba que las garantías para el derecho a la inviolabilidad de domicilio deben comprender desde luego la necesidad de un expreso razonamiento y de un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida, aunque con una eficacia relativa a efectos pretendidos⁵⁵⁷.

De cualquier modo, lo cierto es que la referida Ley 19/2006 ha establecido la forma de auto, más aún exige expresamente dicha forma. Sin olvidar que tal reforma ha supuesto también la del artículo 206 LEC, entre otros. Y cierto es que, de acuerdo con lo establecido por el

⁵⁵⁶ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios a la LEC*, ob. cit. p. 487. También sostienen esta postura HINOJOSA SEGOVIA: << que se dicte una providencia no será, por sí, inconstitucional, siempre y cuando contenga una sucinta motivación >>. Y PEITEADO MARICAL y DE LA OLIVA SANTOS: << lo determinante no es la forma de providencia o auto de la resolución, puesto que ambas pueden ser motivadas >> (*Ley de Enjuiciamiento Civil: respuesta a cien cuestiones polémicas*, Ed. SEPÍN, Madrid, 2002, Cuestión 19, págs. 197 y 200).

⁵⁵⁷ BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil ...*, ob. cit. T-III-2, p. 5-155.

artículo 208.2 LEC, los autos serán siempre motivados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo. Ello difiere de lo que con anterioridad a la reforma indicada se acordaba mediante providencia que se limitaba solamente a expresar lo que por ellas se mande, incluyendo una sucinta motivación solo cuando así lo disponga la ley o cuando quien haya de dictarlas lo estime conveniente, lo que no bastaría sobre todo para expresar el juicio de proporcionalidad que refiere el artículo 261 LEC⁵⁵⁸.

En definitiva, abundando en lo razonable de la exigencia de proporcionalidad introducida por la modificación realizada por la Ley 19/2006, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de junio de 2011, declara que: <<no puede ponerse en duda que la expresa, y antes implícita, referencia a la "proporcionalidad" de las actuaciones coactivas, de suyo revestidas de extraordinaria gravedad, no solo impone una exquisita prudencia a la hora de acordarlas y una cuidadosa ponderación de los intereses en juego y de los datos disponibles en el momento en que se acuerde una medida que, en definitiva, puede ser restrictiva de derechos fundamentales, así como de los intereses en conflicto, sobre la necesidad de conveniencia e idoneidad de la medida, pues no debemos olvidar que en

⁵⁵⁸ En este sentido, BELLIDO (*Proceso Civil Práctico.....*, ob. cit. p. 5-156) dice al respecto que "estas exigencias se han recogido en la nueva redacción dada al párrafo primero del art. 261 por Ley 19/2006, que establece que las distintas medidas coercitivas previstas en dicho precepto se acordarán mediante auto en el que se expresen las razones que las exigen, cuándo resulte proporcionado, juicio de proporcionalidad que requiere la ponderación de los derechos o intereses constitucionalmente relevantes en conflicto, el derecho a la tutela judicial efectiva, de una parte, y, de otra, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, que pudiera estar amenazado por una entrada y registro, o, incluso quizás en algún caso el derecho a la intimidad, que pudiera resultar afectado por la exhibición de determinados documentos (verbigracia, bancarios o financieros)".

la mayor parte de los casos ni siquiera se trata de proteger un interés social o público sino meramente particular o privado>> ⁵⁵⁹.

C) Mecanismos coercitivos para compeler a la ejecución.

El art. 261 LEC dispone las medidas que se pueden acordar por el tribunal para cada uno de los supuestos en que la persona citada y requerida no atienda el requerimiento ni formule oposición, o, formulada oposición, ésta no sea considerada justificada por el tribunal. Es decir, y en definitiva, cuando el requerido se niegue a llevar a cabo la diligencia preliminar ordenada. Así dichas medidas se corresponderán con el correlativo incumplimiento de la diligencia preliminar de que se trate.

El fundamento de estas medidas coercitivas no es otro que la efectividad de la tutela judicial solicitada y en dicho momento ya acordada, efectividad de la tutela judicial que debe articularse con el respeto de los derechos fundamentales precisamente mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

Como se explica con claridad en el AAP Cádiz 14 de junio de 2011, << frente a la insatisfactoria regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo a partir de la reforma operada por la Ley 19/2.006, de 5 de Junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversa normativa comunitaria, prevé, en función de cual sea la diligencia pedida y acordada, para que la pasividad de la persona frente a la que se deduce

⁵⁵⁹ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), Auto núm. 67/2011 de 14 junio. JUR 2011\339793.

la petición no se resuelva, en último término, en una denegación de tutela del solicitante de las diligencias, actuaciones sustitutorias o complementarias dirigidas a persuadir o vencer esa actitud negativa o pasiva y, en su caso, vencer la resistencia de la misma. Ahora bien, no puede ponerse en duda que la expresa, y antes implícita, referencia a la "proporcionalidad" de las actuaciones coactivas, de suyo revestidas de extraordinaria gravedad, no solo impone una exquisita prudencia a la hora de acordarlas y una cuidadosa ponderación de los intereses en juego y de los datos disponibles en el momento en que se acuerde una medida que, en definitiva, puede ser restrictiva de derechos fundamentales, así como de los intereses en conflicto, sobre la necesidad de conveniencia e idoneidad de la medida, pues no debemos olvidar que en la mayor parte de los casos ni siquiera se trata de proteger un interés social o público sino meramente particular o privado>>⁵⁶⁰

a) Preguntas tenidas por respondidas y hechos considerados admitidos (art. 261.1ª LEC).

El art. 261 LEC antes que nada refleja el espíritu de la LEC 1/2000, que en su Exposición de Motivos dice que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, respecto de lo que no es otra cosa efectivamente que la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios. En este sentido pues, el artículo 261.1ª dispone que <<se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos

⁵⁶⁰ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), Auto núm. 67/2011 de 14 junio. JUR 2011\339793.

correspondientes se considerarán admitidos a los efectos del juicio posterior >>.

No obstante ello, como recuerda la doctrina, fue la enmienda núm. 1186, del Grupo Parlamentario Catalán CIU, la que modificó el texto primitivo de este artículo, transformando la necesidad en posibilidad, al considerar que <<el tratamiento obligatorio por parte del Juez de la *ficta confessio* resultaba excesivo, ya que eliminaba toda capacidad de actuación del órgano jurisdiccional >>⁵⁶¹. La enmienda fue acogida por la Ponencia y la Comisión, cambiándose la imperatividad (tendrán) por una frase (se podrán tener) más flexible. Sin modificarse el tiempo del segundo verbo, que permanece en un futuro que implica necesidad, lo que dificulta la comprensión global del precepto, al no quedar claro el grado de vinculación que existe en el proceso principal respecto de lo no contestado en la diligencia preliminar⁵⁶².

Por lo tanto, la enmienda permite efectivamente abordar con amplitud la cuestión, antes de considerar admitidos a efectos del juicio posterior los referidos hechos. En este sentido, se ha advertido en la doctrina que <<apoyándose en la vieja máxima de que “quien calla otorga” la LEC establece que si el sujeto pasivo no atiende el requerimiento que se le realiza, no compareciendo, no formulando oposición, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle. Eso sí, el efecto no es automático

⁵⁶¹ BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de marzo de 1999, Núm. 147-9, págs. 520-521.

⁵⁶² BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias Preliminares*, ob. cit. p. 197; BELLIDO PENADÉS, R., cree poder superar la contradicción de la siguiente manera: << esa distorsión producto de las reformas introducidas en el *iter* legislativo, puede obviarse mediante el entendimiento de que la segunda consecuencia (consideración como admitidos de los hechos en el juicio posterior) queda supeditada al ejercicio de la primera, es decir, a que el tribunal ejerza su facultad de tener por respondidas afirmativamente las preguntas >> (*Proceso civil ...*, ob. cit. p. 929 y *Proceso Civil ...*, ob. cit. T-III-2, p. 5-156).

dado que es potestativo del juez y, en cuanto a los hechos correspondientes, se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior>>⁵⁶³.

El carácter facultativo para el juez de tener por respondidas afirmativamente las preguntas a los efectos de considerar fijados los hechos se mantiene igualmente en la jurisprudencia menor. Así, entre otras, refiere el AAP Sevilla de 21 de octubre de 2004 que <<el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que si la persona citada y requerida no atendiese al requerimiento ni formulare oposición, el Tribunal acordará lo siguiente: 1.- se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos en juicio posterior.

Al no haber comparecido los demandados al llamamiento judicial, a pesar de haber sido citados, y al no haberse opuesto a estas diligencias preliminares, *no* puede declararse por contestadas afirmativamente las preguntas que la parte actora aportó con su escrito inicial a cada uno de los demandados, ya que las preguntas que se han formulado *exceden* sobre la capacidad, representación o legitimación ad procesum que determina el artículo citado, no pudiendo utilizarse estas medidas preliminares como medio para obtener una, “ficta confessio” con anterioridad a la interposición de la demanda >>⁵⁶⁴.

En la misma línea, relativa a la amplitud de las facultades del juez para otorgar un efecto u otro a la ausencia o negativa de respuesta a las

⁵⁶³ CALLEJO CARRIÓN, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 28. En la misma línea, LARENA BALDERRAIN, Javier, *Las diligencias preliminares en materia de propiedad industrial e intelectual*, Revista Vasca de Administración Pública, 2010 Mayo/Diciembre 87-88, p. 694, dice que “si el obligado a llevar a cabo la diligencia no atendiese el requerimiento ni formulase oposición, se prevén diversas medidas para llevar a cabo aquella. Así, dependiendo de su contenido, se podrá, por ejemplo, entender como admitidos determinados hechos a efectos del juicio posterior, u ordenar la entrada y registro de un lugar determinado si se estimare que en él pueden hallarse títulos documentos requeridos para el procedimiento”.

⁵⁶⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), Auto núm. 209/2004 de 21 octubre. JUR 2005\23424.

preguntas formuladas durante el procedimiento preliminar, se pronuncia el AAP Cádiz de 14 de junio de 2011, que, al mismo tiempo destaca que esas potestades interpretativas corresponden al órgano judicial que conozca del proceso principal.

Así, en la indicada resolución se argumenta que «las presentes diligencias preliminares tienen la finalidad de preparar un posterior juicio declarativo, recabando la información necesaria para decidir sobre la procedencia de su interposición y el alcance de las pretensiones a ejercitar. Ahora bien, el carácter imperativo supondría la innecesariedad del juicio posterior ya que será el Juez ante el que se celebre en su caso el juicio el que valorará todas las pruebas que se practiquen en dicho procedimiento, y entre ellas, lo actuado en las diligencias preliminares, conforme con lo previsto en el artículo 261.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "se podrán tener por ciertos" a los efectos del juicio posterior. A diferencia del supuesto de la *fictaconfessio* que se contempla en el aludido precepto legal, la dicción del precepto es inequívoca y su interpretación literal abona que no es el Juez del procedimiento preliminar sino aquél que conozca del procedimiento principal, en el que lo actuado debe desplegar alguna virtualidad, quien podrá valorar el resultado de lo acontecido en aquel. Con independencia de lo que quisiera decir la norma (...) quien conozca del mismo será el llamado a ponderar, atendiendo las circunstancias del caso y a la actividad probatoria que ante él se practique, la eficacia que daba atribuirse a la conducta, omisiva o no de quien fue sujeto pasivo en el procedimiento preliminar, aunque solo sea porque el peticionario no tiene que aportar documentos contables o cuentas de clase alguna sobre cuya certeza haya de pronunciarse el Juez. La doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales es prácticamente unánime al considerar que el procedimiento preliminar ni se oriente ni puede serle reconocida una función que trascienda la meramente declarativa del

proceso posterior y eventual, ajena por ello al aseguramiento o preconstitución y anticipación probatorias respecto a las cuestiones de fondo a dilucidar en el contingente proceso principal.. A lo sumo, del resultado negativo de la diligencia preliminar puede seguirse una *presunción iuris tantum* favorable a las afirmaciones y datos suministrados por el peticionario de aquella y puede integrarse, si se presentara en el proceso principal posterior, como un *elemento más de juicio junto con el resto del acervo probatorio que se practique*, el cual acaso desvirtúe, en mayor o menor medida o revele completamente inexactos los datos, argumentos y documentos presentados por quien fue solicitante en las diligencias preliminares, existiendo dos preceptos específicos (los artículos 328 y 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que regulan dicha solicitud dentro ya del proceso principal>> ⁵⁶⁵.

En realidad, difícilmente podría atribuirse un carácter no potestativo a la facultad judicial de determinar los efectos de la negativa a responder preguntas en el procedimiento preliminar, si presupuesto de estas medidas coercitivas, como dispone el art. 261, I LEC, es la proporcionalidad.

Así lo recuerda la SAP Cantabria de 16 de noviembre de 2012, la cual señala que <<carece de sentido que el Juez tenga la posibilidad de no considerar admitidos los hechos en la "ficta confessio" que consagra el Art 304 de la LEC y devenga obligado a su admisión cuando la actitud renuente procede de alguien que todavía no es parte en el proceso. En todo caso ha de decirse que el Art 261.1 de la LEC se refiere a hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado que no a hechos relevantes para el éxito de la acción. También debe recordarse que el propio precepto señala que el tribunal lo acordará cuando resulte

⁵⁶⁵ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), Auto núm. 67/2011 de 14 junio. JUR 2011\339793.

proporcionado debiendo entenderse que tal tribunal es el del pleito principal donde la declaración ha de surtir efecto >>⁵⁶⁶.

Cuestión discutida con relación a las medidas coercitivas que estamos analizando, en alguna medida adelantada, es la de si las facultades interpretativas que confiere el art. 261, I, 1ª LEC deben ser ejercidas por el órgano judicial que acordó las diligencias preliminares, o por el órgano judicial que con posterioridad conozca del proceso principal.

Al respecto el AAP Barcelona de 27 noviembre de 2003 precisa que <<la doctrina se ha expresado ya sobre el hecho de que la negativa a declarar sobre hechos relativos a la capacidad, representación o podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle" y a renglón seguido (unido por conjunción copulativa) que "los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior". Además de recordar todos los autores la necesidad de que la actuación judicial se someta al principio de proporcionalidad ya enunciado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional (STC 126/95, 59/1995, etc.) respecto de actuaciones del juez civil que puedan incidir directamente en las libertades ciudadanas, traen algunos a colación la aparente contradicción que incorpora el mencionado apartado primero del art. 261.

Así, interpretado de modo lógico-sistemático, el efecto del precepto legal no puede referirse al momento en que pretenden practicarse las diligencias preliminares, sino al juicio posterior en el que éstas se utilicen. En dicho juicio, la valoración de la prueba debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las practicadas, de modo que pueda (o no) llegar a tenerse por confeso a quien se negó a la práctica

⁵⁶⁶ Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), Sentencia núm. 636/2012 de 16 noviembre. JUR 2013\25306.

de las diligencias. De tal modo, la presunción "iuris tantum" que operaba en su contra desde las diligencias, puede quedar destruida por prueba en contrario, pero incluso también podría determinarse la absolución del sujeto en cuestión en la sentencia>> ⁵⁶⁷.

A mi entender se recogen y sintetizan en esta resolución, las dos posturas o criterios que se dan en la doctrina. Así, una interpretación doctrinal entiende que la referencia al *juicio posterior*, permite sostener que quien ha de tener por respondidas las preguntas es el tribunal que está conociendo del procedimiento de la diligencia preliminar, y así lo debe de hacer constar en la resolución que dicte poniendo fin al procedimiento. La resolución del tribunal declarando determinadas preguntas como respondidas, lógicamente, se aportará al proceso posterior y puede servir para acreditar alguno de los hechos constitutivos que fundan la demanda. Lo que la ley obliga al tribunal del proceso principal es a tener por admitidos tales hechos con independencia de la actitud concreta que, en relación con ellos, adopte el demandado (por ejemplo que los niegue en su contestación), de forma que no se puede admitir en ningún caso prueba alguna sobre ellos, y ello de conformidad con el artículo 281.3 LEC. A ello es, entiende, se refiere el artículo 261.1ª LEC ⁵⁶⁸.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria es del criterio contrario, es decir, considerando que el efecto del precepto legal no puede referirse al momento en que pretenden practicarse las diligencias preliminares, sino al juicio posterior en el que éstas se utilicen ⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), Sentencia núm. 828/2003 de 27 noviembre, JUR 2004\5532 .En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), Sentencia núm. 323/2011 de 2 junio, JUR 2012\ 45400.

⁵⁶⁸ BANACLOCHE PALAO, *Las Diligencias preliminares ...*, ob. cit. pp. 197,198, 199, 200.

⁵⁶⁹ Así, ÁLVAREZ ALARCÓN, << No se puede hablar de fracaso de la preliminar primera cuando se den los presupuestos del efecto de ficta confessio y después, en el proceso

Verdaderamente la interpretación de este precepto no resulta sencilla a la vista de los términos contradictorios en que se presenta en este punto ⁵⁷⁰. Quizás no conviene perder de vista lo que son estas diligencias. <<Las Diligencias preliminares en los términos que vienen configuradas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se refieren a aquellos hechos, elementos o datos que son necesarios e indispensables conocer o tener para iniciar correctamente un proceso, facilitar su desarrollo o asegurar la

principal, sea rebatida la ficción; algo parecido ocurriría cuando se hubiera llegado a producir la confesión preliminar, si a lo largo del ulterior proceso principal la misma también fuera rebatida. En uno y otro caso se habría generado la consecuencia de que el demandado tendrá que soportar la carga de soportar lo que el declaro falsamente (por error o por dolo), así como responder de los daños y perjuicios causados. Tanto en supuesto como en otro, la eficacia de esta actuación preliminar se aprecia en que el demandado debe soportar la carga de contradecir la confesión ficticia o la que produjo –falsamente o no- además de su trascendencia para valorar la buena o mala fe con que se condujo>> (*Las Diligencias Preliminares*, ob. cit. p. 163). LORCA NAVARRETE, se pregunta: << ¿Cómo es posible que sin que exista *ficta confessio* se puedan considerar admitidos los hechos correspondientes (a la capacidad, representación o legitimación) a los efectos del juicio (proceso declarativo) posterior? Ciertamente la Ley de Enjuiciamiento Civil merece el suspenso más rotundo en cuanto a la técnica procesal que adopta >>. (*La regulación de las diligencias preliminares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional*), *Diario La Ley*, nº 5146, de 22 de septiembre de 2000, p. 1929. BELLIDO PENADÉS, a su juicio en relación con el supuesto 1º del art. 261, en el que no se aclara que tribunal debe tener por respondidas afirmativamente las preguntas, si el que ordena la práctica de la diligencia o el que conoce el proceso posterior, postulándose, correctamente a su juicio, que dicho tribunal debe ser el que conoce del juicio posterior, ya que el efecto se produce en ese proceso>>. (*Proceso Civil* ..., ob. cit. T-III-2, p. 5-156). MONTERO AROCA, afirma que <<no queda claro que tribunal es el que puede tener por respondidas afirmativamente las preguntas, si el que practica la diligencia preliminar o el que conoce del proceso posterior>>, se decanta por este segundo, pues el efecto ha de producirse en este proceso>> (*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 11ª edición .Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2002). GARBERÍ LLOBREGAT, << Se trata pues, de corresponder a la negativa a declarar por parte del sujeto requerido para ello mediante la imposición de una sanción procesal, a saber una ficta confessio de la que se beneficiará el peticionario de la diligencia, y frente a la que, como no podría ser de otra manera, el sujeto pasivo de la misma podrá articular prueba en contrario en el proceso posterior>> (*Las Diligencias Preliminares* ob. cit. p. 81). SAMANES ARA considera que cabe probar en el proceso posterior la falta de capacidad, representación o legitimación del demandado, aunque en tal caso no debería condenarse en costas al actor por entender que existen << serias dudas de hecho>> (art. 394.1 LEC), derivadas del resultado de la diligencia preliminar (*Las partes en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, p. 103). GARNICA MARTÍN (coord. por FERNÁNDEZ BALLESTEROS y otros), sostiene a este respecto otra teoría: a su juicio, << la eficacia de la sanción legal se resuelve en crear una presunción de veracidad de los hechos por los que se ha preguntado al solicitado, presunción que debe considerarse que tiene un carácter iuris tantum y podrá ser destruída en el juicio ulterior por el demandado>> (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 1185, Ed. Iurgium, Barcelona, 2000).

⁵⁷⁰ CALLEJO CARRIÓN, *Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000*, ob. cit. p. 28.

eficacia de la sentencia que en su día se dicte. Como su nombre indica son anteriores al juicio y aun cuando pueda intervenir el futuro demandado, no implica contienda, sino mera comprobación de un hecho, dado que el juicio solo principia por demanda>>⁵⁷¹.

Por otra parte, la declaración de confeso se puede hacer en este trámite preliminar al proceso, si bien de manera limitada y provisional, porque solo así se cumple el objetivo de esta diligencia preliminar primera, consistente en que se pueda entrar en el proceso principal con probabilidad de que se pueda obtener una sentencia sobre el fondo⁵⁷².

Y en relación con ello, se ha señalado con acierto que <<no se debe olvidar que cuando la LEC habla de hechos sin cuyo conocimiento *no pueda entrarse en el juicio* quiere decir entrar en un juicio con probabilidades de un resultado que no sea la declaración de inadmisibilidad del mismo en un incidente previo o en la sentencia final, es decir de llegar en lo posible a una sentencia sobre el fondo, que parta, naturalmente, de la legitimación pasiva del sujeto interrogado. Por eso se puede hacer la declaración de confeso con la limitación y la provisionalidad del caso. Una medida de ejecución sustitutiva (art. 1098 del Cod. Civil) sería impensable, por el carácter personalísimo del acto (declaración sobre hechos), y las medidas coercitivas serían muy difíciles y costosas >>⁵⁷³.

En base a ello, a mi juicio, el tribunal que conoce del juicio posterior no está vinculado al resultado derivado de la negativa a la declaración prevista en el núm. 1 del art. 256, dado que del conjunto de la

⁵⁷¹ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Auto núm. 182/2008, de 8 de octubre.AC 2009\2173.

⁵⁷² ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las Diligencias Preliminares* ob. cit. p. 162.

⁵⁷³ PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T-I, p. 338, n. 56.

prueba que se practique en aquel puede llegarse a la conclusión que no sean ciertos los hechos sobre los que preguntó el solicitante⁵⁷⁴.

Otro problema que se suscita respecto de la ejecución forzosa prevista en el art. 261. 1º LEC es el relativo al momento o fase procesal en el que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso posterior debe de ejercitar la potestad conferida al efecto por el artículo 261. Existen dos posibilidades. Una en la audiencia previa, si de un juicio ordinario se tratare, o en la vista, si es un juicio verbal. Otra, reservándose para el momento de dictar sentencia.

A mi juicio, la primera posibilidad es la más apropiada, en primer lugar porque favorece la economía procesal, dado que, considerado como cierto o admitido un hecho o un dato, resulta inútil la prueba para tratar de esclarecerlo. Y principalmente porque la segunda solución desvirtuaría la eficacia práctica de esta diligencia, tanto cuando la prueba practicada en el proceso posterior arrojará un resultado contrario, supuesto en el que debería prevalecer este último, como cuando en dicho proceso, se siguiese adoptando una posición pasiva, en cuyo caso la eventual decisión judicial favorable al demandante, en su día solicitante de la diligencia preliminar, no se fundaría tanto en el artículo 261 LEC, como en los artículos 304, 307 y 329 de la misma⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ En este sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, “Las Diligencias Preliminares”, en *Instituciones del nuevo proceso civil*, II (Coord. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), Economist & Jurist, 2000, pp. 65-66, advierte que son dos las razones para que los efectos del art. 261. 1 LEC no obliguen al juez del proceso principal: que los hechos considerados como ciertos en el procedimiento preliminar fueran desvirtuados por el conjunto de la prueba practicada en el proceso principal, así como que el sujeto pasivo del procedimiento preliminar puede que no coincida con el demandado en el posterior proceso principal, sin que éste deba quedar vinculado por la declaración de aquél.

⁵⁷⁵ BELLIDO PENADÉS, *Proceso Civil Práctico*, ob. cit., T-III-2, p. 5-156., 157. CALLEJO CARRIÓN, *Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000*, ob. cit. pp. 29 y 30.

También se ha cuestionado si la potestad interpretativa prevista en el art. 261. 1º LEC resulta de aplicación en caso de incomparecencia del sujeto pasivo de la diligencia. Lo cierto es que la jurisprudencia menor con carácter mayoritario se pronuncia en sentido negativo.

En este sentido, con relación a la clase de pronunciamiento sobre costas que debe dictarse en caso de incomparecencia del requerido, el AAP Madrid de 29 de abril de 2005 razona que:« la falta de atención al requerimiento del solicitante, entre cuya conducta cabe incardinar la incomparecencia, suponía el efecto inmediato, de haber dictado providencia, teniendo por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos presentados, en su caso, por el solicitante, de acuerdo con el apartado 4º del artículo 261, antes citado. A ello se suma, como modo ordinario de finalización de las actuaciones, dictar el Auto previsto en el artículo 262 para dar a la caución prestada el destino que se considere conveniente.

En consecuencia, aunque esa conducta procesal de incomparecencia, haciendo caso omiso al requerimiento judicial, podría considerarse que no puede ser de mejor condición que el vencimiento en juicio incidental de la oposición formulada, pues ello vaciaría de contenido, precisamente, la oposición formal, o dicho de otra forma, cualquier requerido para la práctica de tales diligencias de exhibición de libros podría dejar simplemente de comparecer, sin necesidad de correr el riesgo de una futura imposición de costas por su oposición y negativa, en definitiva, a la práctica de tales diligencias, no puede olvidarse el rigor sustantivo del efecto de esa incomparecencia que el legislador anuda a un efecto concreto y determinado, esto es, tener *por ciertos*, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos presentados, en su caso, por el solicitante, de acuerdo con el apartado 4º del artículo 261, dejando a salvo las facultades de

defensa y contradicción que pueden esgrimir las partes en el juicio correspondiente, en cuanto a hechos objeto de prueba, sobre todo cuando tienen esa naturaleza técnica atinente a datos contables. Todo ello conecta ineludiblemente con el necesario ejercicio de defensa, cuya tutela efectiva constituye un valor constitucional básico para la defensa de esos derechos del justiciable, pues como pone de manifiesto el Auto de la AP de Baleares de 17 diciembre 2002, <<...para la doctrina, las diligencias preliminares tienen como finalidad el tratar de proporcionar a la que pretende ser parte demandante los medios para que pueda obtener la efectividad de la tutela judicial, respecto del derecho subjetivo que considere perjudicado, efectividad que no podrá alcanzar de resultarle insalvables los obstáculos provocados por la actitud del que va a ser demandado o de un tercero, ...>> de ahí que se prevean los mencionados efectos de *ficta confessio* en cuanto a las cuentas y datos cuya exhibición se pretendía, independientemente de ese pronunciamiento judicial adicional que supone imponer las costas por dicha incomparecencia, cuando la ley nada dice al respecto >>⁵⁷⁶.

En la misma línea se pronuncia el AAP A Coruña de 21 febrero de 2008 cuando razona que: <<el legislador "a quo" se limita a aplicar un efecto legal previsto en el art. 261.1ª de la LECiv para el caso de que la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición. El precepto encuentra su razón de ser en la búsqueda de una medida que favorezca al solicitante frente al destinatario omitente, buscando una mayor efectividad de las Diligencias Preliminares. Con todo, es menester precisar que el efecto consistente en la atribución de eficacia en el ulterior proceso a los hechos afirmados y los datos presentados

⁵⁷⁶ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), Auto núm. 71/2005 de 29 abril. JUR 2005\157415.

por el solicitantes está prevista para los casos en que el destinatario de la Diligencia se niegue a declarar sobre su capacidad, representación o legitimación, pudiendo tener por respondidas afirmativamente las preguntas formuladas por el solicitante, pero sin que éste sea un efecto necesariamente vinculado a la incomparecencia, como resulta de una interpretación sistemática de los arts. 261.1ª y 261.4ª de la LECiv y sin que puedan referirse a cuestiones de fondo del procedimiento que serán resueltas en el ulterior procedimiento que pretende prepararse (v.gr. Auto de la AP de Asturias, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2003) >> ⁵⁷⁷.

Sin embargo, a mi juicio, no es ésta la interpretación más acertada, considerando que la potestad contemplada en el art. 261. 1º LEC también resulta de aplicación en caso de incomparecencia del sujeto requerido, pues supedita la ley el ejercicio de esa potestad al hecho de que ni se atiende el requerimiento ni se formule oposición, y la incomparecencia del requerido ni supone atención de aquél ni formulación de ésta. En definitiva, realmente se trata de que la persona citada y requerida no atiende el requerimiento, no más ⁵⁷⁸. En cualquier caso, la aplicabilidad al supuesto de incomparecencia de los efectos previstos en el art. 261. 1º LEC no desvirtúa el carácter facultativo de su ejercicio según se indicó *supra*.

Distinto es lógicamente cuando aun atendiendo el requerimiento, la diligencia no puede practicarse. Es el caso que refiere el AAP Barcelona de 20 diciembre de 2011, en el que para preparar un proceso que no era de incapacitación en la solicitud de diligencias preliminares interesó el solicitante que se citara a una Sra. para que, bajo juramento o promesa de

⁵⁷⁷ Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), Auto núm. 25/2008 de 21 febrero, JUR 2008\144940.

⁵⁷⁸ Sin fundamentarlo, la mayoría de la doctrina también considera la incomparecencia del requerido como un caso de negativa a la práctica de la diligencia de declaración acordada. En este sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, "Las Diligencias Preliminares", en *Instituciones ...*, II, ob. cit., p. 65 y BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p 196.

decir verdad, expusiera al Tribunal si estaba en plenas facultades mentales y volitivas, y exhibiera certificado médico acreditativo de su aptitud de autogobierno respecto de su persona y patrimonio.

El Juzgado de instancia acordó la práctica de la diligencia preliminar solicitada, acordándose la citación de la Sra., acudiendo en representación de la citada un sr. que compareció en autos alegando que se hallaba impedida físicamente, necesitando para su movilidad de una ambulancia.

Así mismo, en la causa había diversa documentación médica de la referida, como un informe del Institut Català de la Salut, de 11/11/2010, en el que se refería a la existencia de demencia (“Que tiene demencia tipo alzheimer con componente bascular GDS 5, con insomnio y desorientación nocturna. Si bien a nivel cognitivo ha sufrido un leve empeoramiento y su capacidad funcional ha empeorado claramente, no pudiendo caminar”).

En dichas circunstancias, <<el Juzgado de instancia a la vista de la documentación aportada tuvo por cumplimentada la diligencia preliminar solicitada, no procediendo ninguna otra actuación>>, y el tribunal de apelación consideró que <<se hace innecesaria su declaración, suponiendo conclusión más fiable sobre su estado los citados informes médicos que la propia declaración de la aludida al respecto>>, estimando igualmente que <<tampoco procede la pretensión alternativa, relativa al dictado de resolución de conformidad con el contenido del art. 261.1 de la L.E.C., dejando explicitado si dispone de capacidad para ser parte en un proceso, pues, no corresponde al presente procedimiento declaración alguna alusiva a su capacidad o incapacidad, lo que debería debatirse en el correspondiente procedimiento de incapacidad, no viniendo la pretendida declaración prevista en el precepto citado, que alude a que se consideraran admitidos los hechos correspondientes a efectos del juicio posterior, para el

supuesto de no haberse atendido al requerimiento o no haber formulado oposición, incomparecencia voluntaria >> ⁵⁷⁹.

En definitiva, una interpretación bastante razonable del supuesto comentado sería considerar que, en caso de una actitud negativa del sujeto pasivo del interrogatorio solicitado, se produjese una especie de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del sujeto pasivo luego demandado, que otorgarse una suerte de valor de presunción *iris tantum* a lo declarado por el solicitante⁵⁸⁰, teniendo el demandado la carga de probar lo contrario en el proceso posterior que se persigue preparar.

En este sentido, resulta de indudable interés la SAP Málaga de 2 de junio de 2011, que dice: <<se resolvió por el juzgador "a quo" manteniendo el carácter no vinculante de la decisión que se adoptara en dichas actuaciones procesales, (...) considerando que la incomparecencia de la demandada al llamamiento judicial efectuado en sede de dichas diligencias preliminares no podía quedar anudado taxativamente y de forma automática, a modo de fatal e inexorable presunción "iuris et de iure" de veracidad de lo alegado por la parte demandante, limitándose a producir una inversión de la carga de la prueba, por lo que se traducían tan solo en la necesidad que recaía sobre la demandada de tener que probar ... la doctrina se ha expresado ya sobre el hecho de que la negativa a declarar sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación no provoca la "ficta confessio" (...), interpretando de modo lógico- sistemático, el efecto del precepto legal no puede referirse al momento en que pretenden practicarse las diligencias preliminares, sino al juicio posterior en el que éstas se utilicen, de manera que en dicho juicio ulterior, la valoración de la prueba debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el

⁵⁷⁹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), Auto núm. 255/2011 de 20 diciembre. JUR 2012\47851.

⁵⁸⁰ Cfr. GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1185.

conjunto de las practicadas, de modo que pueda (o no) llegar a tenerse por confeso a quien se negó a la práctica de las diligencias, determinando de tal modo que la presunción "iuris tantum" que operaba en su contra desde las diligencias, puede quedar destruida por prueba en contrario, conclusión que el tribunal colegiado de alzada procede a compartir íntegramente, habida cuenta que la interpretación del artículo 261.4 de la comentada Ley Procesal no puede ser otra diferente>>.

(...) Concluyendo al respecto que, como tiene <<declarado la doctrina científica sobre esta particular cuestión (...) el procedimiento preliminar ni se orienta ni puede serle reconocida una función que trascienda la meramente preparatoria del proceso, ajena por ende al aseguramiento o preconstitución y anticipación probatorias respecto de la cuestiones de fondo a dilucidar en el proceso principal, de manera que, a lo sumo, del resultado negativo de las diligencia preliminar pretendida puede seguirse una presunción "iuris tantum" favorable a las afirmaciones y datos suministrados por el peticionario de aquélla, pudiendo integrarse, si se presenta en el proceso principal ulterior, como un elemento más del juicio, pero desprovisto de privilegio alguno, junto con el resto del acervo probatorio que se practique>> ⁵⁸¹.

b) Entrada y registro en lugar cerrado y ocupación de documentos (art. 260.2 LEC).

Para el caso de que se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos, si la persona citada y requerida no atendiese al requerimiento ni formulase oposición, el tribunal ordenará la entrada y registro, si

⁵⁸¹ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), Sentencia núm. 323/2011 de 2 junio. JUR 2012\45400.

apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, procediéndose, si se encontraren, a ocupar dichos documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal (art. 261. 2º LEC).

Obviamente por solicitud de exhibición de documentos debe entenderse la solicitud de cualesquiera de los documentos cuya exhibición contempla el art. 256. 1 LEC, lo que comprende la exhibición de documentos relativos a la capacidad, representación o legitimación, la de los documentos de última voluntad, los solicitados por los integrantes de una sociedad o comunidad, el contrato de seguro⁵⁸² y la historia clínica.

Fue en un supuesto en el que se había solicitado la exhibición de títulos y documentos, en el que se planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la redacción inicial del art. 261, I LEC, que autorizaba que medidas coercitivas como las reseñadas –entrada y registro de un lugar cerrado y ocupación de los documentos que en él se encontraren- pudieran ser acordadas mediante providencia⁵⁸³.

Sin embargo, el intérprete supremo de la Constitución no despejó las dudas que se suscitaban al inadmitir en sentencia la cuestión de inconstitucionalidad, tras apreciar defectos procesales en el planteamiento de la misma⁵⁸⁴.

⁵⁸² GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1186.

⁵⁸³ El art. 261 LEC, bajo la rúbrica “Negativa a llevar a cabo las diligencias”, en su redacción inicial dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, disponía: “Si la persona citada y requerida no atendiese al requerimiento ni formulase oposición, el tribunal, mediante providencia, acordará las siguientes medidas”. La norma, sin embargo, ha sido modificada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, siendo éste su tenor vigente: “Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, *por medio de un auto*, en el que expresará las razones que las exigen”.

⁵⁸⁴ Pleno. Sentencia 222/2012, de 27 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012), en la que se argumenta en los términos siguientes: << Dos son las objeciones que se erigen frente a la cuestión planteada. *Una primera* con respecto del preceptivo

Entrando ya en el fondo de la cuestión, la medida de entrada y registro de lugar cerrado trata de restablecer el cumplimiento de una medida judicial firme, adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Como señala el AAP Toledo de 30 de marzo de 2005, <<la negativa a la exhibición de documentos produce en la Ley, como consecuencia, que se pueda de adoptar una medida tan importante como la entrada y con ocupación de documentos; lo que se condiciona solo (cuando no exista oposición, o de existir se sustancie el oportuno incidente en el que se resuelva la probidad de la medida), "...a que el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que puedan hallarse en un lugar determinado"; y esto determinado la medida debe llevarse a cabo>>.

Sin embargo, el objetivo de la medida no es tanto la entrega de la documentación existente en poder del requerido⁵⁸⁵, como que ésta sea puesta a disposición del solicitante, a fin de que éste pueda observarla a los efectos de preparar el posterior proceso principal. Como razona la resolución ahora transcrita, <<el alcance de la medida pasa por su completa efectividad. La misma acuerda la entrada en el lugar -en general- donde se entienden "guardados" los documentos, que debe concretar la resolución, hasta el punto de que cabe la posibilidad de que sea adoptada incluso en

trámite de audiencia a las partes previo al planteamiento de la impugnación, prevenido por el art. 35.2 LOTC, reprochándose al órgano promotor que en las sucesivas providencias por las cuales se confirió el referido trámite al Ministerio Fiscal, y posteriormente a la parte requirente, no se expresara precepto constitucional alguno que pudiera haber sido vulnerado por la disposición cuestionada. *Una segunda* tiene que ver con la deficiente exteriorización del *juicio de relevancia* realizada por el promotor de la cuestión, que no ha justificado la adecuación de la práctica de la diligencia preliminar al supuesto concreto ni ha cumplido siquiera con los presupuestos exigidos para acordarla, entre los que figura que se acredite la existencia de indicios suficientes de que en un determinado lugar puedan encontrarse los documentos objeto de la diligencia preliminar de entrada y registro.

No obstante, la concurrencia de todos los defectos procesales anteriormente expuestos ha contribuido a que el trámite de alegaciones recogido en el art. 35.2 LOTC no se haya sustanciado correctamente lo que ha de conducir a la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad >>.

⁵⁸⁵ En el mismo sentido, GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1188. En sentido contrario, ALVAREZ ALARCÓN, L., "Las diligencias...", en *Instituciones*, ob. cit., p. 67.

lugares que no sean domicilio o sede de actividad comercial del solicitado, sino de terceros (piénsese en la caja de una entidad bancaria -tercero-donde estuvieren depositados los documentos), y donde también cabe dicha exhibición documental; y de encontrarse (aprehenderse) el documento debe ser puesto a disposición del solicitante en la sede del Juzgado, sin que sea posible la entrega material, siendo lo procedente su unión a las propias actuaciones preliminares, por el plazo que se establece en el art. 256.3, pues de no accionarse en ese plazo, se produciría la devolución al solicitado de exhibición>> ⁵⁸⁶.

Ahora bien, mediante esta medida no puede pretenderse hacer una investigación genérica e indiscriminada de documentación del sujeto pasivo, toda vez que ello infringiría el requisito de proporcionalidad que afecta a toda medida restrictiva de derechos fundamentales.

En sentido análogo, el AAP Barcelona de 4 de octubre de 2006 resuelve el recurso de apelación presentado contra el auto del Juzgado de Primera Instancia que rechazó la petición de la parte ejecutante consistente en acordar la entrada y registro en el domicilio particular del ejecutado en el que se hallan sus viviendas, trastero y parking para proceder a la ocupación de cuanta documentación, en soporte papel, ordenadores o equipos informáticos análogos, pudieran ser ilustrativos sobre los bienes del ejecutado o sobre el lugar donde podrían estar ocultos.

Sin embargo, se confirmó la resolución recurrida en el entendido de que <<la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias Rinzi v. Italia, de 21 de diciembre de 2000) y del Tribunal Constitucional (STC 49/1999) han señalado, con claridad, que el control necesario y preventivo no consiste en la mera ajenidad e independencia

⁵⁸⁶ Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), Auto núm. 22/2005 de 30 marzo. JUR 2005\89137.

del Juez respecto a la autoridad administrativa que quiere hacer un registro sino que también se hace preciso que dicho juez solo podrá dar la autorización en exclusiva aplicación *de una norma legal que lo habilite*.

Se hace preciso advertir que en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no existe ninguna habilitación legal específica al Juez de Primera Instancia para la entrada indagatoria en un domicilio particular como la que pretende el ejecutante. No puede sostenerse que lo establecido en los artículos 261.2º, 589, 590 y 591 de la LECiv puedan dar amparo a la medida indagatoria que plantea la parte apelante. El primero de los preceptos citados solo permite la entrada y registro de los títulos y documentos a que se refiere el artículo 256 de la LECiv pero no habilita para una entrada y registro de mera investigación para la búsqueda y aprehensión de documentos. Tampoco dicha petición indagatoria puede tener acogida en ninguno de los preceptos citados en sede de ejecución de títulos, no se advierte vulneración alguna del artículo 24 de la CE >> ⁵⁸⁷.

Dicho esto, no faltan opiniones doctrinales que se muestran partidarias de la regulación que se viene comentando y llegan a su elogio. Así, se ha afirmado que no existe ningún obstáculo que impida a un juez civil acordar una entrada y registro de domicilio, ya que el artículo 18.2 CE únicamente exige para adoptarlos una resolución judicial, que puede provenir no solo de los tribunales penales, sino de cualesquiera otros de distinta jurisdicción. De forma que aunque el artículo 85 de la LOPJ no enumera, entre las atribuciones de los Juzgados de Primera Instancia, la de ordenar las entradas y registros en los procesos civiles, ello se debe a que se da por sentado que ésa es una función que, existiendo habilitación legal expresa forma una indisoluble unión con la competencia

⁵⁸⁷ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 291/2006 de 4 octubre. JUR 2007\184056.

general que, para todos los trámites de los juicios civiles confiere el núm. 1 del citado artículo 85; sin que tampoco el artículo 87 LOPJ atribuya expresamente a los Juzgados de Instrucción la competencia para ordenar entradas y registros en los procesos penales, lo que se justifica en que se considera que dicha actuación forma parte de las competencias naturales de aquéllos en materia de instrucción ⁵⁸⁸.

En la actualidad, tras la reforma operada en el régimen general de diligencias preliminares de la LEC mediante Ley 19/2006, se introduce el principio de proporcionalidad y la exigencia de auto, de resolución motivada. Esta regulación autoriza que si el órgano jurisdiccional no estimara adecuada según un juicio de proporcionalidad la medida de entrada y registro para obtener la exhibición de documentos y títulos, en el eventual proceso posterior la solución de dar por buena la documentación presentada por el solicitante, si el entonces demandado persistiera en la negativa a la exhibición, encontraría amparo en el artículo 329.1 LEC ⁵⁸⁹.

Pero, incluso en caso de negativa a la exhibición de los documentos acordada por el órgano judicial, podría apercibirse al sujeto pasivo de la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal en el supuesto de que el sujeto pasivo persista en la negativa a la exhibición. Es cierto que la ley no lo establece expresamente en los supuestos 2º y 3º del art. 261 LEC, a diferencia de lo que sucede en el caso del supuesto 5º del mismo precepto. Sin embargo, lo relevante a estos efectos no es tanto la expresa previsión legal como la concurrencia en el caso de los elementos del tipo del delito de desobediencia a la autoridad judicial ⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias.....*, ob. cit. pp. 202, 203, 204 y 205. En sentido también favorable ALVAREZ ALARCÓN, L., "Las diligencias...", en *Instituciones*, ob. cit., pp. 67-68 y GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1186.

⁵⁸⁹ BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil*, ob. cit. T-III-2, p. 5-158.

⁵⁹⁰ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias.....*, ob. cit. pp. 202, 203, 204 y 205.

En este sentido, es de destacar la SAP Las Palmas de 29 de mayo de 2012, que confirma en apelación la sentencia de condena por delito de desobediencia precisamente en un supuesto de negativa reiterada a la exhibición de documentos acordada en un proceso civil en sede de diligencias preliminares, pese a que no sea este delito frecuentemente apreciado en la práctica forense.

Así, la citada resolución razona que <<se ha de tener presente que ni la circunstancia de que el requerimiento haya emanado del órgano competente en el seno de un procedimiento civil, ni que ante la negativa a la exhibición de los documentos objeto del mismo quepa posibilidad de acordar una diligencia de entrada y registro, *obstan a la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal* como autor de un *delito de desobediencia*, y ello por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil al regular las diligencias preliminares instaura la obligación de exhibir los documentos, precisamente porque el legislador pone los medios a través de los cuales se podrá asegurar su cumplimiento y lo hace sin excluir de forma expresa la responsabilidad en el ámbito penal (...), y, finalmente, por cuanto lo que el tipo que nos ocupa sanciona es la voluntad contraria al cumplimiento de dichas resoluciones judiciales, independientemente de los medios de que los Jueces y Tribunales puedan servirse para lograr su ejecución definitiva, conforme al mandato constitucional el art 117.3 de la Constitución , y que alcanza a todos los ciudadanos y poderes públicos, conforme al art 118 del mismo Texto constitucional, sin que, por lo demás y como acertadamente razona la Juez a quo, quepa en el seno del procedimiento penal valorar la corrección o no de la resolución judicial dictada en un procedimiento civil por el órgano judicial competente que, además, alcanzaron firmeza al no ser siquiera objeto de recurso y a pesar de lo cual el recurrente incumplió frontalmente sin acudir a mecanismo jurídico de clase alguna, tras ser formal y debidamente

requerido para ello con el apercibimiento expreso correspondiente y, por tanto, con concurrencia de todos los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo para la comisión de un ilícito como éste, atentatorio contra el ejercicio de la Autoridad y el debido respeto a sus mandatos, no habiéndose personado el hoy recurrente en momento alguno en el procedimiento civil para formular oposición en forma contra la diligencia acordada, para recurrir las resoluciones dictadas en su curso o, simplemente, para alegar lo que estimase oportuno en orden al requerimiento efectuado>>⁵⁹¹.

⁵⁹¹ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª), Sentencia núm. 103/2012 de 29 mayo. JUR 2012\296601. Previamente esta resolución había relatado los hechos probados y justificado la concurrencia de los elementos del tipo en los siguientes términos: <<el factum de la sentencia es el siguiente: El Juzgado dictó *auto en el que acordaba* la práctica de la diligencia consistente en la exhibición del Libro del Edificio por el administrador. Mediante *Providencia* se acordó requerir a Luis María para su exhibición ante el Juzgado *advirtiéndole de las medidas que para hallar la documentación podían adoptarse en caso de no presentarla*, resolución que fue notificada personalmente a Luis María. A pesar de conocer la citación y requerimiento del Juzgado no compareció ante el mismo.

Por *auto* el Juzgado acuerda reiterar la práctica de la diligencia de exhibición con expreso requerimiento y apercibimiento de la adopción de medidas limitativas de sus derechos si en plazo de cinco días no aporta la documentación. Esta resolución fue notificada y requerido el acusado, y nuevamente haciendo caso omiso a la resolución no compareció ante el Juzgado.

Se dicta *Providencia* en la que se acuerda la inmediata citación con apercibimiento de que su incomparecencia dará lugar a un posible delito de obstrucción a la justicia. Intentada la citación en el domicilio del acusado ésta resulta negativa y tras la aportación por la Guardia Civil de un nuevo domicilio se le entrega citación con apercibimiento a su padre Eutimio a fin de que el acusado comparezca ante el Juzgado.

El acusado siendo consciente de los diversos emplazamientos no compareció ante la autoridad judicial".

Por tanto, concurren todos los elementos de dicha infracción tales como *la existencia de la orden, la competencia del órgano del que emanó, su carácter expreso, terminante y claro y la manifiesta oposición al cumplimiento de su destinatario* quien, como pone de manifiesto la sentencia impugnada, era perfecto conocedor de las sucesivas resoluciones judiciales dictadas en el mentado procedimiento civil, de su alcance y de su contenido, e, hizo caso omiso de las mismas, no habiendo comparecido siquiera al Juzgado de Primera Instancia para alegar lo que estimase oportuno, la parte recurrente no combate en el recurso de apelación el relato fáctico de la sentencia impugnada y, por ende, el hecho acreditado de que el recurrente tenía perfecto conocimiento de las sucesivas resoluciones judiciales que fueron dictadas, incluida aquella que fue notificada en la persona de su padre, al respecto de lo cual, como con acierto razona la juez a quo y se acaba de significar en la presente resolución, ha de reiterarse que no resultará exigible que siempre y en todo caso dicho requerimiento se haga personalmente de modo tal que él no efectuado en dicha forma deba tenerse por no hecho a los efectos del delito que nos ocupa, sino que por el contrario, resultará admisible cualquier forma

Con todo, la posibilidad de adoptar estas otras medidas coercitivas si la entrada y registro de lugar cerrado resulta desproporcionada, no impide la aplicación de las medidas coercitivas expresamente previstas – entrada y registro y ocupación de documentación hallada- cuando la entrada y registro resulte proporcionada y la efectividad de la tutela judicial lo requiera.

Ahora bien, la regulación de la medida de entrada y registro, dada la entidad del derecho fundamental al que podría afectar, requeriría de mayor precisión. Así se autoriza la entrada y registro de lugar cerrado, si existen indicios suficientes de que los títulos y documentos cuya exhibición se pide se encuentran en determinado lugar, pero no se matiza ni si ese lugar puede ser no sólo el domicilio profesional del requerido o su domicilio social, si es una sociedad, sino también su domicilio personal, o, incluso, si puede tratarse de domicilios o establecimientos de terceros ⁵⁹². La doctrina se inclina por admitir lo primero –la entrada en lugares que pertenezcan al dominio de las actividades del requerido, sean o no su domicilio legal- pero no lo segundo⁵⁹³, opinión que comparto, toda vez que en el segundo caso, a mi juicio, lo impediría el principio de proporcionalidad.

Por ello, deben reputarse adecuadas resoluciones que, como el AAP Sevilla de 24 de octubre, aunque sea en apelación, acuerdan la entrada y registro del domicilio del requerido. Así, esta resolución pone de

de notificación que permita concluir sin lugar a dudas que el sujeto agente tuvo conocimiento del contenido del mandato, y así, las SS.T.S 29-04-83 y STC 18-09-88 han venido a significar que aunque la notificación no se haya realizado personalmente, el requerimiento se cumple si tuvo conocimiento del mismo y consta la actuación pasiva ante las órdenes dadas, sin que además sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento, no pudiendo obviarse que en el caso que nos ocupa, en la resolución de fecha 9 de octubre de 2008 ya se hace expreso apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal (un delito de obstrucción a la justicia) en caso de no comparecer ante el órgano judicial>>.

⁵⁹² Sobre este particular, GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1187.

⁵⁹³ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1187.

manifiesto que <<el objeto de la controversia vino suscitado por la solicitud de adopción de ciertas diligencias preliminares que el juez a quo entendió que se había dado cumplimiento a las mismas por lo que procedió al archivo de las actuaciones, lo que ha dado lugar el presente recurso. En efecto, habida cuenta lo que había sido peticionado y lo que se ha respondido, no puede decirse que se haya dado cumplimiento a la solicitud, por lo que ello equivale a la negativa que ha de desplegar los efectos previstos y contemplados en el art. 261.2ª de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, porque la solicitud abarcaba la exhibición del libro de actas social diligenciado y se testimoniase del mismo la junta general del 20-07-2004, así como aquellas otras actas en las que comparecía la parte solicitante con idéntico poder para asistencia a Juntas Generales; frente a ello la respuesta de la parte requerida fue aportar un acta de la citada Junta General por no estar aún transcrita al libro. Parece obvio que no se dio cumplimiento íntegro a lo solicitado, lo que comporta la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida>> . Como consecuencia de dicha argumentación, previa estimación del recurso de apelación y de la solicitud de diligencias preliminares, en el fallo se acuerda “la entrada y registro judicial de la sede social de la demandada, donde se procederá a intervenir los documentos solicitados y su puesta a disposición del demandante en la sede del Tribunal”⁵⁹⁴ .

⁵⁹⁴ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), Auto núm. 176/2006 de 24 octubre. JUR 2007\183288.

c) Entrada y registro en lugar cerrado y ocupación de cosa o medida de garantía (261.3º LEC).

Dispone el art. 261. 3º LEC que cuando se hubiera solicitado la exhibición de una cosa, ante la negativa del requerido al cumplimiento de la diligencia judicialmente acordada se procederá de modo semejante a lo dispuesto en el art. 261. 2º LEC.

Eso significa que en caso de negativa del sujeto pasivo de la diligencia a la exhibición de la cosa, se procederá a la entrada y registro del lugar en que supuestamente se encuentre, y, en el caso de que efectivamente se encuentre, se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o la medida de garantía más adecuada a su conservación.

La adopción de estas medidas coercitivas –entrada y registro de un lugar y consiguiente aprehensión- se supedita a que “se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra” la cosa cuya exhibición se pide, en términos similares a lo establecido en el art. 261. 2º LEC respecto de la ejecución de la diligencia de exhibición de títulos y documentos (“indicios suficientes de que pueden hallarse (los títulos o documentos) en un lugar determinado”); requisito sin el cual no podría considerarse cumplido el requisito de proporcionalidad preciso para la afectación a derechos fundamentales.

La entrada y registro del lugar en que pueda encontrarse la cosa plantea los mismo problemas ya referidos al tratar de la entrada y registro en el apartado anterior al que, por consiguiente nos remitimos. No obstante, se plantea en este supuesto un problema adicional derivado de lo que ya se expuso que podía ser objeto de la diligencia de exhibición de cosa prevista en el art. 256. 1. 2º LEC.

Al tratar de esa diligencia preliminar se expuso como había división doctrinal y jurisprudencial en torno a si esta diligencia de exhibición debía ceñirse a las cosas muebles, o podía extenderse también a las inmuebles. Ya expusimos *supra* los argumentos por los que nos inclinamos por la segunda interpretación, remitiéndonos a lo antes expuesto.

No obstante, sí hay que subrayar que nuestra postura repercute sobre lo que tratamos en este momento, conduciendo al entendimiento de que también puede acordarse la entrada y registro de un lugar cerrado para la inspección de un inmueble. Si la ley prevé estas medidas coercitivas – incluida la entrada y registro- para la efectividad de la diligencia preliminar de la exhibición de cosa, dichas medidas serán de aplicación respecto de los distintos bienes a los que pueda atribuirse la consideración de cosa, sea ésta mueble o inmueble.

Buena síntesis de las consideraciones anteriores se hace en el AAP Islas Baleares de 30 de junio de 2009, en el que se argumenta que <<tradicionalmente, la *actio ad exhibendum*, viene referida a cosas muebles. Desde su nacimiento en época romana hasta la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 así había sido. Recordemos que el antiguo artículo 497.2º decía que todo juicio podría prepararse "pidiendo la exhibición de la cosa mueble, que en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder". Bajo tal regulación no había cuestión alguna que dilucidar: la referencia expresa a muebles evitaba cualquier problema de interpretación.

Resulta, sin embargo, que el texto actual no hace mención alguna a la naturaleza del bien a exhibir. "Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio". A partir de aquí podría mantenerse una concepción tradicional de la diligencia basada esencialmente en el

argumento histórico o bien defender una interpretación adaptada al vigente texto legal y a los principios que inspiran la institución.

Efectivamente, lo que nos parece esencial -siempre que no se viole el aludido principio de tipicidad- es indagar en la utilidad de la medida cara a la preparación del litigio. Lo relevante no es su naturaleza, lo decisivo será determinar si la vista de la cosa mueble o la visita del inmueble son útiles a quien ostente un interés legítimo sobre tal cosa, mueble o inmueble, para decidir con fundamento sobre la acción a ejercitar. Tal es la interpretación que sugiere la lectura de la citada Exposición de Motivos y la aparente finalidad última de la institución de ser útil para la preparación del proceso. Se ha dicho que un bien inmueble no necesita ser conocido o descubierto, pero se olvida que existen casos, como el de autos, en los que un tercero puede tener interés en conocer las obras que se han realizado en el inmueble y que han podido incidir negativamente en elementos comunes y estructura del edificio como se señala en el dictamen pericial aportado>>.

Justificada por dicha resolución la procedencia de que la diligencia de exhibición de cosas se extienda a las cosas inmuebles, extrae la correspondiente consecuencia en caso de negativa al cumplimiento de la misma. En este sentido, razona que << Nos parece también relevante destacar que las consecuencias que el artículo 261.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil anuda a la falta de exhibición de la cosa -de nuevo sin calificación alguna en el texto legal- son susceptibles de acomodación al caso de exhibición de cosa inmueble. La falta de exhibición voluntaria se habrá de resolver al modo en que aparece previsto en el núm. 2 del citado precepto, esto es, con la entrada y registro en el inmueble que haya de ser exhibido al solicitante.

Algún reparo puede suscitar la entrada en una vivienda, dado el peculiar régimen de protección que la misma recibe desde la perspectiva

constitucional (artículo 18.2 Constitución Española). Pero siempre que la diligencia se limite y constriña a la observación de lo que sea interés para el futuro litigio, no parece que haya problema alguno. Desde luego viene precedida por una decisión judicial motivada, rellenándose así el requisito constitucional. Nuestro ordenamiento conoce además otros supuestos de invasión en la intimidad domiciliaria ajenos a las causas penales que están completamente normalizados y admitidos por la jurisprudencia constitucional. Nótese, por otra parte, que en los casos típicos de cosas muebles, sí aparece expresamente prevista la posibilidad de entrada en domicilio para incautarla, y de la misma manera aparece prevista la posibilidad en el artículo 256.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En este mismo orden de cosas, quizás convenga decir que las medidas de aseguramiento genéricas previstas para los muebles exhibidos (depósito o cualquier otra "medida de garantía más adecuada") pueden ser convenientemente adaptadas a los inmuebles. También ha destacado la doctrina que la flexibilidad en la práctica de estas diligencias, cifrada en la ausencia de normas específicas en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es también proclive a que se lleve a efecto con inmuebles>> ⁵⁹⁵ .

Mención especial requiere la referencia legal a que si se encontrare la cosa buscada durante la entrada y registro se acordará su depósito o la medida de garantía más adecuada a su conservación.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que el depósito es en realidad una medida cautelar, por lo que para que pueda acordarse será preciso que concurren los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares: *fumus*

⁵⁹⁵ Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Auto núm. 116/2009 de 30 junio. JUR 2009\352169. En sentido idéntico, Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), Auto núm. 26/2012 de 29 febrero. JUR 2012\141640.

boni iuris, periculum in mora y caución ⁵⁹⁶; si bien, el hecho de que se hayan estimado concurrentes los presupuestos de las diligencias preliminares (entre ellos, el interés legítimo del solicitante) y de que el requerido se haya negado a su cumplimiento pueden constituir sólidos indicios a favor de su adopción ⁵⁹⁷.

Por lo demás, el depósito es una medida cautelar adecuada para asegurar la efectividad de la sentencia dictada en un proceso en el que se solicite la entrega de una cosa mueble. Sin embargo, la referencia a legal a aquellas otras garantías que puedan resultar necesarias para la conservación permite que se puedan acordar medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia que se pudiera dictar en el proceso principal con relación a bienes inmuebles, pero siempre que concurran también los presupuestos de las medidas cautelares.

d) Tener por ciertas las cuentas y datos que presente el solicitante (art. 261.4 LEC)

Este apartado tiene un tratamiento similar al de la ejecución forzosa de la diligencia de declaración del art. 261. 1º LEC. En concreto, el art. 261. 4º LEC dispone que si la persona requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, “si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del proceso posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante”.

Pese a la semejanza con la regulación efectuada en el art. 261. 1º LEC respecto de la ejecución forzosa de la diligencia de declaración, con

⁵⁹⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, “Las diligencias...”, en Instituciones..., ob. cit., p. 67 y GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1188.

⁵⁹⁷ En este sentido, GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1188.

relación a la ejecución forzosa de la diligencia de exhibición de documentos contables resulta pacífico tanto en la doctrina ⁵⁹⁸ como en la jurisprudencia menor que los efectos previstos en esta disposición, tener por ciertos los datos y cuentas que presente el solicitante de las diligencias, es una facultad que corresponde ejercer al juzgado que conozca del posterior proceso principal.

Por lo que respecta a la jurisprudencia menor, así lo declara expresamente. En este sentido, la SAP Málaga de 2 de junio de 2011 razona que <<la literalidad de la norma contenida en el artículo 261 en su apartado 4º, se presenta como inequívoca en el sentido de no poder ser el juez del procedimiento preliminar de las diligencias preparatorias el que determine la virtualidad y efectos que deriven de tal comportamiento, sino que *dicha actuación le corresponde, en todo caso, al juez que conozca posteriormente del procedimiento principal*, dado que *la no muy afortunada locución legislativa utilizada de "a los del juicio posterior" debe entenderse como equivalente a "en el seno del proceso posterior"*, siendo, en su consecuencia, quien conozca de él el llamado a ponderar, atendiendo a las circunstancias del caso y a la actividad probatoria desplegada en el curso del proceso, la eficacia que deba atribuirse a la conducta omisiva del sujeto pasivo del procedimiento preliminar>> ⁵⁹⁹.

En términos muy parecidos se pronuncia el AAP Cádiz de 14 de junio de 2011 cuando argumenta que <<a diferencia del supuesto de la ficta confessio que se contempla en el aludido precepto legal, la dicción del precepto es inequívoca y su interpretación literal abona que no es el Juez

⁵⁹⁸ ÁLVAREZ ALARCÓN, "Las diligencias...", en Instituciones..., ob. cit., p. 66; GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1190 y BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 207.

⁵⁹⁹ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), Sentencia núm. 323/2011 de 2 junio. JUR 2012\45400.

del procedimiento preliminar sino aquel que conozca del procedimiento principal, en el que lo actuado debe desplegar alguna virtualidad, quien podrá valorar el resultado de lo acontecido en aquel. Con independencia de lo que quisiera decir la norma, la locución "a los efectos del juicio posterior" vale tanto como en el seno del procedimiento posterior, y, en consecuencia, quien conozca del mismo será el llamado a ponderar, atendiendo las circunstancias del caso y a la actividad probatoria que ante él se practique, la eficacia que daba atribuirse a la conducta, omisiva o no de quien fue sujeto pasivo en el procedimiento preliminar, aunque solo sea porque el peticionario no tiene que aportar documentos contables o cuentas de clase alguna sobre cuya certeza haya de pronunciarse el Juez>>> ⁶⁰⁰.

No existe sin embargo unanimidad en torno al momento en el que, en caso de negativa a la exhibición del requerido durante el procedimiento preliminar, debe el solicitante presentar sus cuentas y datos a fin de que puedan ser tenidos éstos por ciertos. Una postura considera que el solicitante de las diligencias debe presentar esos datos y cuentas en el procedimiento preliminar ⁶⁰¹. Por el contrario, otra postura, que compartimos, entiende que dichas cuentas y datos deben presentarlas el solicitante en el proceso principal, tanto porque la ley no prevé un trámite específico para ello durante el procedimiento preliminar, como, lo que es más importante, porque es el juez que conoce del proceso principal el que tiene que aplicar la sanción legal ⁶⁰².

También existe disparidad de criterios en orden a si las medidas coercitivas contempladas en el art. 261. 2º LEC para el supuesto de

⁶⁰⁰ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), Auto núm. 67/2011 de 14 junio. JUR 2011\339793.

⁶⁰¹ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., pp. 206-207.

⁶⁰² GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1189.

negativa a exhibición de títulos y documentos son aplicables también para la ejecución forzosa en caso de negativa a exhibición de documentos contables. En este sentido, la medida coercitiva expresamente prevista para el caso de negativa a la exhibición de documentos contables es la posibilidad de tener por ciertos los datos y cuentas que presente el solicitante. En cambio, en caso de negativa a la exhibición de títulos y documentos en general se contemplan como medidas coercitivas para compeler al cumplimiento forzoso la entrada y registro y la ocupación de los títulos y documentación.

Un sector de la doctrina considera que en el caso de negativa a la exhibición de documentos contables no resulta procedente acordar la entrada y registro ⁶⁰³. En cambio, otro sector doctrinal considera que en el caso de negativa a la exhibición de documentos contables las medidas coercitivas previstas en el art. 261. 2º LEC son compatibles con las expresamente establecidas en el art. 261. 4º LEC. De modo que en caso de negativa a la exhibición por el requerido puede acordarse primero la entrada y registro de un domicilio o local del requerido y, en su caso, la ocupación de los documentos; y solo en el caso de que no se pudiese acordar la entrada y registro, por desconocer el lugar en el que puedan hallarse los documentos, o en el caso de que la entrada y registro fuera infructuosa, podría acordarse la medida específica prevista en el art. 261. 4º LEC ⁶⁰⁴.

Desde la perspectiva de la lógica tan razonable resultaría la primera interpretación como la contraria. En este sentido, podría mantenerse que las medidas coercitivas del art. 261. 2º LEC, entrada y registro incluida, se contemplan para todos los supuestos de negativa a exhibición de títulos y

⁶⁰³ ÁLVAREZ ALARCÓN, "Las diligencias...", en *Instituciones...*, ob. cit., p. 66.

⁶⁰⁴ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 205-206.

documentos, sin restricciones y, por lo tanto, también para los supuestos de negativa a exhibición de documentos contables⁶⁰⁵.

Sin embargo, en sentido contrario, estimo que sería igualmente razonable interpretar que si en el caso de negativa a la exhibición de documentos contables el legislador hubiera querido que en este caso resultaran de aplicación tanto las medidas coercitivas establecidas en el art. 261. 2º LEC como las previstas expresamente para este supuesto en el art. 261. 4º LEC, bastaba que en este apartado así lo hubiera indicado, mediante una fórmula similar a “en el caso de negativa a la exhibición de documentos contables, además de (o sin perjuicio de) los efectos previstos en el apartado 2º, se podrán tener por ciertos las cuentas y datos que presente el solicitante”.

Siendo igualmente válidas desde la perspectiva de la lógica ambas interpretaciones, a mi juicio, resulta más acertada la primera, ya que debe recordarse el requisito de la necesaria habilitación legal para toda medida limitativa de derechos fundamentales, requisito que comporta la suficiente previsibilidad sobre los supuestos y condiciones en que puede acordarse la medida restrictiva y que el actual tenor legal del art. 261. 4º LEC impediría considerar cumplido en lo que a la medida de entrada y registro respecta.

En cambio, entiendo que lo anterior no impide que en caso de reiterada negativa del requerido a la exhibición de documentos contables pudiera ser condenado en un proceso penal por delito de desobediencia a la autoridad, si en las circunstancias del caso resultan apreciables los correspondientes elementos del tipo penal, siempre que la previsibilidad de la sanción derive de la norma penal⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 205.

⁶⁰⁶ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 205.

Por el contrario, vuelve a aparecer la unanimidad en lo que se refiere a los efectos que comporta la negativa a la exhibición de los documentos contables, disponiendo la dicción literal del precepto "se podrán tener por ciertos" las cuentas y datos que presente el solicitante.

En este sentido se ha interpretado que esta medida supone una inversión de la carga de la prueba, de modo que una vez presentados los cuentas y datos del solicitante (ahora demandante) en el proceso principal, se presume su veracidad salvo que el demandado demuestre lo contrario, correspondiendo al demandado demostrar su falsedad ⁶⁰⁷; o una presunción legal *iuris tantum* de la veracidad de los datos presentados por el solicitante

En este segundo sentido, la SAP Málaga de 2 de junio de 2011 señala que << a lo sumo, del resultado negativo de las diligencia preliminar pretendida puede seguirse una presunción "iuris tantum" favorable a las afirmaciones y datos suministrados por el peticionario de aquella, pudiendo integrarse, si se presenta en el proceso principal ulterior, como un elemento más del juicio, pero desprovisto de privilegio alguno, junto con el resto del acervo probatorio que se practique>> ⁶⁰⁸.

En parecidos términos, el AAP Cádiz de 14 de junio de 2011 dice que << A lo sumo, del resultado negativo de la diligencia preliminar puede seguirse una presunción *iuris tantum* favorable a las afirmaciones y datos suministrados por el peticionario de aquella y puede integrarse, si se presentara en el proceso principal posterior, como un elemento más de juicio junto con el resto del acervo probatorio que se practique, el cual acaso desvirtúe, en mayor o menor medida o revele completamente inexactos los datos, argumentos y documentos presentados por quien fue

⁶⁰⁷ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 205.

⁶⁰⁸ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), Sentencia núm. 323/2011 de 2 junio. JUR 2012\45400.

solicitante en las diligencias preliminares, existiendo dos preceptos específicos (los artículos 328 y 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que regulan dicha solicitud dentro ya del proceso principal>> ⁶⁰⁹.

De hecho, esa inversión de la carga de la prueba se ha aplicado sin vacilación en la jurisprudencia menor en algunos casos de negativa de exhibición de documentos contables en aras a la efectividad judicial de la tutela pretendida.

Así, en el caso resuelto por la antes referida SAP Málaga de 2 de junio de 2011 señala que <<c) Sucede que todas esas cargas, a la fecha de interposición de la demanda rectora del procedimiento que nos ocupa habían sido canceladas (folios 280 a 316), pero sin poder precisarse a favor de la demandante- vendedora la forma en que se liquidara por la adversa compradora la cantidad que le fuera entregada en su día, *cuestión que, como se ha dicho, no quedó resuelta en las diligencias preliminares tramitadas y que imponen en el curso del procedimiento ordinario la carga de probar a la demandada el destino de la cantidad que retuviera para la cancelación de las cargas que pesaban sobre la finca transmitida por compraventa*, cual expresamente reconociera en el inciso último del hecho segundo del escrito de contestación a la demanda. Así las cosas, es de destacar al respecto que *el tribunal colegiado de alzada se hace partícipe de la tesis defendida por la demandante-apelante* en relación que las cargas de que debía de responder en el proceso liquidatorio a practicar por la compradora quedaban referenciadas, única y exclusivamente, a aquéllas que las partes contratantes había relatado expresamente en su contrato de compraventa, no a otras, cual pretende la demandada-apelada, pues de no ser así carecería por completo de sentido alguno el detallar una a una las

⁶⁰⁹ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), Auto núm. 67/2011 de 14 junio. JUR 2011\339793.

cargas que pesaban sobre el inmueble transmitido y que, como se viene diciendo, eran las que aparecían anotadas en el Registro de la Propiedad>>⁶¹⁰

En sentido similar se procedió por la SAP Huesca de 10 de diciembre de 2004, cuando razona que <<la sociedad demandada no atendió al requerimiento pretendido, sino que se limitó a expresar, en la comparecencia, que " los documentos que se solicitan se hallan a disposición de los particulares en el registro mercantil ". Así, con arreglo a esta especie de ficta confessio, la oposición injustificada de la demandada a presentar la documentación requerida conlleva tener por ciertos, según el artículo 261-4.^a, los datos contables defendidos de contrario, esto es, que las cuentas sociales de 2000 reflejan la pendencia de la deuda mantenida con el actor, de donde resulta la realidad de los hechos constitutivos de la demanda >>⁶¹¹.

e) Entrada y registro y apercibimiento de responsabilidad penal (261.5º LEC)

Finalmente, el art. 261. 5º LEC, previsto en la redacción inicial para la ejecución de las diligencias preliminares acordadas para determinar los miembros integrantes del grupo de consumidores afectados por una conducta ilícita, contempla dos medidas coercitivas concretas, la entrada y registro de lugar cerrado y el apercibimiento de responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad, así como una cláusula abierta de cierre del

⁶¹⁰ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), Sentencia núm. 323/2011 de 2 junio. JUR 2012\45400.

⁶¹¹ Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1ª), Sentencia núm. 249/2004 de 10 diciembre. JUR 2005\5549.

sistema, mediante la que se autoriza la adopción de “las medidas de intervención necesarias ... para encontrar los documentos o datos precisos”.

La apertura de esta disposición sobre medidas coercitivas para la ejecución forzosa trae causa de la apertura con la que el legislador autoriza las diligencias preliminares dirigidas a la determinación de los consumidores afectados por una eventual conducta ilícita en el art 256. 1. 6º LEC, “las medidas oportunas para la determinación de los integrantes del grupo del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación” ⁶¹².

Ya indicamos en su momento que esta regulación atribuía gran margen de actuación al juez competente para acordar las concretas diligencias preliminares y, previamente, al letrado del solicitante de dichas diligencias, para cuya concreción, como pone de manifiesto el precepto, serán especialmente relevantes las circunstancias del caso. En este sentido, resultan de interés las resoluciones judiciales dictadas al amparo del art. 256. 1. 6º LEC, algunas de las cuales podemos recordar.

Sería el caso, por ejemplo, del AAP Zaragoza de 12 de mayo de 2009, que revocó el auto que había denegado la diligencia preliminar consistente en la identificación de los clientes de Telefónica de España, S.A.U. que, teniendo contratado un terminal que no tenía pantalla de identificación de llamadas, pagaban la nueva cuota de abono del servicio de identificación de llamada ⁶¹³; o del AAP Madrid de 23 de abril de 2004, que revocó el auto denegatorio, acordando en apelación la diligencia

⁶¹² En este sentido, GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1190 y BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 208.

⁶¹³ Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 12 de mayo de 2009, en JUR 2009/269330.

solicitada por una asociación de consumidores, consistente en que por la futura demandada se pusieran a disposición de la futura asociación actora los nombres de los compradores de viviendas a quienes se había repercutido el crédito hipotecario concertado por la constructora demandada, decisión revocatoria que se fundó en la imposibilidad o dificultad grave cuando menos para el demandante potencial de obtener los datos que solicita ⁶¹⁴.

La apertura a la hora del establecimiento de las medidas coercitivas que pueden acordarse en este supuesto llega al punto de que se señala que estas medidas pueden acordarse no sólo ante la negativa del requerido, sino también ante la negativa “de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo”. Aunque esto pudiese causar en una primera lectura extrañeza ⁶¹⁵, puede explicarse, mediante una interpretación conjunta de los arts. 256. 1. 6º y 261. 5º LEC, en el sentido de que el segundo precepto utiliza el término requerido como equivalente a futuro demandado, de modo que como el art. 256. 1. 6º autoriza que los requerimientos para la determinación de los consumidores afectados se dirijan tanto al futuro demandado como a terceros que puedan colaborar en esa determinación, las medidas coercitivas previstas en el art. 265. 5º LEC podrán acordarse contra todos esos sujetos.

Por otra parte, si en la redacción inicial estas medidas coercitivas podían acordarse en el supuesto de que se hubieran solicitado diligencias para la determinación de los consumidores afectados previstas en el art. 256. 1. 6º LEC, con la Ley 19/2006, de de junio estas medidas coercitivas resultan también de aplicación cuando se hubiera solicitado la exhibición de la historia clínica, o cuando se hubiera solicitado la exhibición de

⁶¹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) de 23 de abril de 2004, en JUR 2004/247420.

⁶¹⁵ ÁLVAREZ ALARCÓN, “Las diligencias...”, en Instituciones..., ob. cit., p. 67.

documentos al amparo de lo previsto en los apartados 7º y 8º del art. 256. 1 LEC, a fin de preparar un proceso en el que se ejerciten acciones basadas en la infracción de derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual.

En el último sentido, tan solo convendría precisar que aunque los apartados 7º y 8º del art. 256. 1 LEC contemplan dos clases de diligencias, el interrogatorio (art. 256. 1. 7º, II LEC) y la entrega de documentos (art. 256. 1. 7º, III y 257.1.8º LEC), las medidas coercitivas del art. 261.5º LEC solo se establecen ante la negativa a la exhibición de los segundos.

Por lo demás, para finalizar convendría apuntar que la doctrina ha puesto de manifiesto que la expresa previsión en el art. 261. 5º LEC de la posibilidad de acordar el apercibimiento de responsabilidad penal por delito de desobediencia a la autoridad en caso de negativa a la práctica de las diligencias acordadas, aunque pudiera inducir a sugerir que en caso de negativa al cumplimiento del resto de diligencias preliminares no puede acordarse este apercibimiento, sería incorrecto llegar a esa conclusión, pues el apercibimiento podrá acordarse siempre que dadas las circunstancias del caso pueden apreciarse los diversos elementos del tipo penal, que es el relevante a estos efectos ⁶¹⁶.

V. El destino de la caución

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, a diferencia de su precedente, establece la necesidad de que el solicitante de diligencias

⁶¹⁶ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 207 y ÁLVAREZ ALARCÓN, “Las diligencias...”, en *Instituciones...*, ob. cit., p. 66.

preliminares preste una caución como presupuesto de la realización de las diligencias preliminares solicitadas.

Su finalidad principal, como es sabido, es garantizar la responsabilidad del solicitante de las diligencias preliminares por los gastos, daños y perjuicios que las diligencias preliminares puedan ocasionar a las personas frente a las que se solicitaron las diligencias (art. 256.3 LEC).

En consecuencia, la caución se ofrece por el solicitante al pedir las diligencias preliminares (art. 256.3 LEC); se fija por el juez en el auto en el que accede a la solicitud (art. 258.1 LEC) y debe constituirse dentro del plazo de tres días a contar desde el siguiente a la notificación de ese auto (art. 258.3 LEC). Con posterioridad, una vez practicadas las diligencias preliminares, o tras estimar justificada la oposición del sujeto pasivo de las diligencias, la ley prevé que la caución pueda aplicarse para cubrir los gastos, daños y perjuicios que el procedimiento preliminar haya podido generar al sujeto pasivo de las diligencias preliminares (art.262.1 LEC). Si tras la aplicación de la caución quedare remanente, este se entregará al solicitante que cumpla con las cargas que establece la ley.

De las tres primeras cuestiones ya nos ocupamos en lugares anteriores de esta obra, por lo que en este momento solo resta ocuparnos de las dos últimas cuestiones: la aplicación de la caución para responder de los gastos, daños y perjuicios ocasionados al sujeto pasivo de las diligencias preliminares y la devolución al solicitante de las diligencias de la caución o del remanente que quedare tras la actuación anterior.

1. La responsabilidad por los gastos, daños y perjuicios

El establecimiento de la necesidad de prestar caución como presupuesto para la práctica de diligencias preliminares conduce, como no podía ser de otra manera, a la regulación de un incidente específico en la nueva ley para reclamar y resolver sobre los gastos, daños y perjuicios ocasionados a las personas cuya intervención se haya solicitado a través de estas diligencias. No obstante, la brevedad de la regulación legal plantea no pocas dudas, especialmente, aunque no solo, en cuestiones de procedimiento.

A) Supuestos de responsabilidad.

El inciso inicial del art. 262.1 LEC contempla los supuestos en los que debe aplicarse la caución, lo que sucede, según el tenor legal, tanto «cuando se hayan practicado las diligencias acordadas», como cuando «el tribunal las deniegue por considerar justificada la oposición».

En el caso de denegación la aplicación de la caución se circunscribe a que la denegación tenga su causa en la estimación de la oposición, quedando por tanto excluido el supuesto de denegación inicial contemplado en el art. 258.2 LEC. Esta exclusión es lógica, pues en el art. 258.1 sólo se ordena la constitución de caución en el caso de que se acceda inicialmente a la práctica de las diligencias, no si se deniega. Esta solución es razonable ya que en caso de denegación inicial no se ocasionan daños y perjuicios ni gastos al sujeto pasivo, porque las diligencias no se practican, además de

que tampoco se requiere por el juez la intervención de los sujetos pasivos⁶¹⁷.

Por otra parte, aunque las diligencias se hubieran acordado, tampoco debiera aplicarse la caución si no se hubiere practicado, bien por la resistencia del sujeto pasivo, bien por imposibilidad material, como porque no hubiera sido posible averiguar su domicilio⁶¹⁸. Tampoco parece que en caso de ejecución forzosa debieran abonarse los gastos ocasionados por la resistencia del sujeto pasivo a practicar la diligencia, ya que esos gastos se deberían a su propia conducta obstruccionista⁶¹⁹. Del mismo modo, tampoco debe responder dicha caución de los gastos derivados del incidente de oposición si ésta es desestimada, en cuyo caso el sujeto pasivo debe responder tanto de sus gastos como de las costas del solicitante (art. 260. 3 LEC)⁶²⁰.

Así mismo, en los supuestos mencionados la caución se destinará a cubrir los gastos, así como los daños y perjuicios que el procedimiento preliminar haya causado al sujeto pasivo de las diligencias preliminares.

Por lo que respecta a los gastos, debe partirse de que la noción de gastos procesales es más amplia que la de costas, comprendiendo aquellos todos “los desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la

⁶¹⁷ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p. 5-168.

⁶¹⁸ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1192.

⁶¹⁹ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 232. En el mismo sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, “*Las diligencias...*”, en *Instituciones...*, ob. cit., p. 69.

⁶²⁰ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p. 5-168; GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1160 y BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 232

existencia de dicho proceso” (art. 241 LEC); por el contrario, las costas solo se integran por una parte de aquellos que determina dicho precepto ⁶²¹.

La indemnización de daños y perjuicios puede comprender los distintos aspectos que suelen ir unidos a la misma, abarcando por ello tanto el daño emergente como el lucro cesante ⁶²².

Sin embargo, aunque el legislador indique que la caución debe aplicarse en cualquiera de los dos supuestos ya indicados, es decir, tanto cuando se hayan practicado las diligencias como cuando se haya estimado la oposición del sujeto pasivo, a nuestro juicio, las consecuencias pueden no ser idénticas en ambos casos. Si las diligencias se han practicado, sería admisible que deban indemnizarse los daños y perjuicios que su realización haya irrogado al sujeto pasivo de las diligencias, así como sufragarse todos los gastos ocasionados al mismo (art. 256.3), deducidas las costas del incidente de oposición, si ésta fue rechazada (art. 260.2).

Por el contrario, en el caso de que se denegase la práctica de las diligencias como consecuencia de considerar justificada la oposición, aunque el solicitante también debiera asumir los gastos ocasionados a las personas frente a las que solicitó las diligencias (art. 256.3), no parece que aquél debiera responder de unos daños y perjuicios que, al no practicarse las diligencias solicitadas, no parece que se hayan podido producir ⁶²³.

⁶²¹ GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., p. 1160 y BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 231.

⁶²² BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 231.

⁶²³ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p. 5-169.

B) Procedimiento

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula de forma muy escueta el incidente que debe seguirse para aplicar la caución a la finalidad esencial a la que está preordenada, garantizar la responsabilidad del solicitante por los gastos, daños y perjuicios que en el procedimiento de diligencias preliminares puedan ocasionarse al sujeto pasivo de las diligencias. La brevedad de la regulación genera, como en breve se apuntará, dudas de diferente calado.

a) Inicio

Como reconoce de modo pacífico la doctrina, el procedimiento para aplicar la caución a los gastos, daños y perjuicios ocasionados durante el procedimiento preliminar comienza previa solicitud de parte, sin que pueda incoarse su inicio de oficio por el órgano jurisdiccional ⁶²⁴, como claramente establece la ley en el art. 262.1 LEC al disponer que la resolución judicial sea «a la vista de la petición de indemnización y de la justificación de los gastos».

No concreta la ley a instancia de qué parte debe iniciarse este incidente. Sin embargo, si el solicitante debe ser oído tras la petición de indemnización y gastos (art. 262.1 LEC) y si es él quien debe responder de los gastos, daños y perjuicios que el procedimiento preliminar puede ocasionar a las personas que hayan de intervenir en el mismo (art. 256. 3

⁶²⁴ DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la Ley ...*, ob. cit., pág. 1701; LORCA NAVARRETE, *La regulación de las diligencias ...*, ob. cit., pág. 8; BELLIDO PENADÉS, R., “*Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p..

LEC), lo razonable que sean los sujetos pasivos frente a los que se solicitan quienes soliciten la aplicación de la caución a esas responsabilidades ⁶²⁵.

Ahora, la ley tampoco precisa el plazo del que dispone el sujeto pasivo para iniciar este incidente con el fin de ser resarcido de los gastos, daños y perjuicios producidos en el procedimiento de diligencias preliminares. El art. 262.1 LEC se limita a disponer que el tribunal, practicadas las diligencias o denegadas por estimarse la oposición, resolverá en el plazo de cinco días.

El establecimiento de dicho plazo para el dictado de la resolución judicial que decida el incidente fue fruto de la enmienda núm. 299 presentada en el Congreso por el Grupo Socialista, en la que se propugnaba la introducción de este plazo ⁶²⁶. Sin embargo, siendo positiva la introducción de ese plazo impropio, la propuesta de mejora efectuada durante la tramitación parlamentaria no solucionó la mayor deficiencia del precepto, pues tras ella se siguió sin fijar el plazo para el inicio del incidente .

Dicha situación lógicamente ha provocado un debate doctrinal nada desdeñable. Así algunos autores han estimado que todo el procedimiento, inclusive la presentación del escrito inicial del sujeto pasivo y la audiencia al solicitante de las diligencias, debe realizarse en el plazo máximo de cinco días, que es el plazo que otorga la ley al juez para resolver ⁶²⁷.

⁶²⁵ BELLIDO PENADÉS, R., “ *Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p. 5-169.

⁶²⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de marzo de 1999, Núm. 147-9, pág. 254.

⁶²⁷ DAMIÁN MORENO, *Comentarios a la Ley ...*, ob. cit., pág. 170 y GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva ...*, ob. cit., pp. 1192-1193.

Otros autores refieren el tiempo de cinco días al tiempo del que dispone el sujeto pasivo para solicitar el inicio del incidente del que tratamos, en el entendimiento de que éste era la voluntad del legislador⁶²⁸

Otros autores señalan que el sujeto pasivo debe presentar la solicitud de gastos y de indemnización antes de que transcurra el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, ya que una vez presentada la demanda o justificada su no presentación, se le devolverá al solicitante la caución o el remanente de ésta que quede (art. 262.1 LEC)⁶²⁹.

Por último, otros autores proponen que una vez transcurrido un tiempo razonable para presentar la solicitud de indemnización (un mes), el tribunal, a instancia del solicitante de las diligencias preliminares, debe requerir a los posibles perjudicados para que, dentro de otro razonable plazo, presenten la solicitud de aplicación de la caución conforme a lo dispuesto en los arts. 712 y ss. (aplicables por analogía), previniéndoles de que, de no hacerlo, procederá a cancelar la caución⁶³⁰.

En la práctica forense no parece que haya preocupado esta cuestión ante la ausencia de pronunciamientos en la jurisprudencia menor sobre el particular. Con todo, ante esta situación legal, a nuestro juicio, lo que parece esencial es que no puede considerarse caducado el derecho a reclamar del sujeto pasivo de las diligencias preliminares, si éste no ha sido previamente apercebido por el órgano judicial del plazo en el que puede realizar la reclamación.

⁶²⁸ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 231.

⁶²⁹ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, pp. 169-170.

⁶³⁰ DE LA OLIVA SANTOS y GASCÓN INCHAUSTI, *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, SEPIN, Madrid, 2002, p. 206.

b) Desarrollo, decisión y recursos

Como ya se ha indicado, la regulación del incidente de aplicación de la caución a los gastos, daños y perjuicios producidos en el procedimiento de diligencias preliminares es escueta e incompleta. El art. 262.1 se limita a disponer que el juez resolverá en el plazo de cinco días «a la vista de la petición de indemnización y de la justificación de gastos que se le presente, oído el solicitante».

Esa regulación comporta numerosas carencias, dejando distintas cuestiones sin resolver: ¿cómo llega al solicitante el conocimiento de la petición de indemnización?, ¿cómo y en qué plazo debe oírse al solicitante sobre ese particular?, ¿puede articularse prueba por cualquiera de los sujetos, cuándo debe proponerse y practicarse?.

Ante las notables lagunas normativas resultaría necesario integrarlas mediante la aplicación de otras disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una posible solución sería llevar a cabo la labor de integración a través del procedimiento incidental establecido en los arts. 387 y ss. LEC, al establecerse la fuerza atractiva de las normas procedimentales contenidas en dichos preceptos a otras cuestiones incidentales que no tengan señalada otra tramitación en dicha ley (art. 388 LEC)⁶³¹.

No obstante, otra posible solución sería integrar las lagunas mediante la aplicación supletoria del procedimiento de liquidación de daños y perjuicios regulado en los arts. 712 y ss.⁶³², alternativa que me

⁶³¹ En este sentido BAYO DELGADO, «Procesos declarativos ordinarios y procesos especiales», en *Jornadas nacionales...*, ob. cit., pág. 167 y BELLIDO PENADÉS, R., “*Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p. 5-170.

⁶³² DE LA OLIVA SANTOS y GASCÓN INCHAUSTI, *Ley de Enjuiciamiento Civil...*, ob. cit., p. 206.

parece preferible en cuanto que reporta algunas ventajas. Por un lado, porque también sería de gran interés utilizar este procedimiento para el cobro de la indemnización por daños y perjuicios en la parte no cubierta por la caución en el caso de que ésta fuera insuficiente. Por otro lado, porque este procedimiento resulta más simplificado en los casos de conformidad expresa o tácita del deudor (art. 714 LEC)⁶³³.

En cualquier caso, el incidente terminará mediante resolución judicial a dictar en el plazo de cinco días establecido en el art. 262 LEC, resolución judicial que debe revestir la forma de auto (art. 262.1), y, por ende, motivado, explicando la razón y motivos de la decisión adoptada.

Contra el auto que resuelve sobre la aplicación de la caución cabe recurso de apelación sin efectos suspensivos, es decir, que si fija la cantidad a pagar `por el solicitante de las diligencias preliminares en concepto de gastos y de daños y perjuicios, se podrá proceder a su ejecución provisional durante la sustanciación del recurso de apelación.

2. La devolución de la caución o de su remanente

La ley procesal civil también se ocupa de la devolución de la caución prestada por el solicitante para responder de los gastos, daños y perjuicios ocasionados a las personas frente a las que se solicitaron las diligencias, cuestión regulada en los arts. 256.3 y 262.2 LEC.

En el segundo precepto se establece que una vez aplicada la caución a la finalidad esencial que le es propia -responder de los gastos, daños y perjuicios causados al sujeto pasivo de las diligencias-, si en el transcurso

⁶³³ BELLIDO PENADÉS, R., “ *Las diligencias preliminares*”, ob. cit. T- III-2, p. 5-170.

de un mes desde la terminación de las diligencias se presenta la demanda, se devolverá el remanente al solicitante ⁶³⁴.

Por el contrario, en el primer precepto aludido se dispone que la caución prestada por el solicitante de las diligencias preliminares se perderá a favor del sujeto pasivo de las mismas si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, no se interpone la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal (art. 256. 3 LEC).

En consecuencia, si el solicitante de las diligencias preliminares quiere evitar la pérdida de la caución que prestó tras la solicitud de las diligencias, deberá presentar la demanda y comunicar dicha presentación ante el Juzgado que acordó las diligencias, que puede ser distinto del Juzgado competente para conocer del proceso principal ante el que se presente la demanda, y lo debe hacer en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias.

Ese plazo de un mes, al fijarse el plazo por meses, debe computarse de fecha a fecha (art. 133. 3 LEC)⁶³⁵, como por otra parte reconoce la jurisprudencia menor, que además, con buen criterio, considera de aplicación la prórroga hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento del plazo (art. 135. 1 LEC).

En el primer sentido, la SAP Madrid de 29 de marzo de 2012 señala que «a tenor de este precepto, si tenemos en cuenta que la diligencia solicitada se llevó a efecto el 5 de diciembre de 2006, al establecerse el plazo de un mes para interponer la demanda, de conformidad al artículo 133.3 Ley de Enjuiciamiento Civil y, de igual modo, el artículo 5 Código Civil, *al computarse de fecha a fecha el plazo para interponer la de-*

⁶³⁴ Cfr. RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., «Las diligencias ...», en *Los procesos ...*, ob. cit., pág. 194.

⁶³⁵ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, ob. cit., p. 231.

manda, éste vencería el 5 de enero, y de ser inhábil al siguiente día hábil (artículo 133.4 LEC); y la presentación del escrito el siguiente día hábil al del vencimiento (135.1 LEC) >>⁶³⁶.

En el doble sentido antes referido, el AAP Asturias de 23 de septiembre de 2003 pone de manifiesto que <<el plazo de un mes del n° 3 del Art. 256 de la LECivil es un plazo procesal en cuanto que vinculado a actos y actuaciones procesales cuales son la solicitud de incoación de diligencias preliminares y la prestación de caución. El Art. 133.3 de la LECivil dispone que los plazos señalados por meses se computaran de fecha a fecha y el 44 decreta que los plazos que concluyan en domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogadas hasta el siguiente hábil.

A su vez, el Art. 135 que cuando la presentación de un escrito está sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo así como que cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos podrá hacerse uso de los mismos >>⁶³⁷.

Por supuesto, como se ha indicado, la segunda posibilidad que tiene el solicitante de las diligencias a fin de evitar la pérdida de la caución prestada es justificar dentro del ese plazo del mes desde la terminación de las diligencias las razones de que no se vaya a presentar la demanda.

El legislador establece, como regla general, la carga procesal del solicitante de presentar la demanda una vez practicadas las diligencias preliminares solicitadas porque supone que con ello el solicitante de las diligencias habrá obtenido la información que necesitaba para preparar el posterior proceso y, por tanto, se encontrará en condiciones de presentar la

⁶³⁶ A.P. Madrid. (Sección 8.ª). Sentencia 29 marzo 2012, LA LEY 53724/2012.

⁶³⁷ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), Auto núm. 122/2003 de 23 septiembre. JUR 2004\47732.

demanda. Y el incumplimiento de la anterior carga procesal llevará aparejada normalmente la pérdida de la caución cuando sea imputable al solicitante de las diligencias la falta de presentación de la demanda.

Sin embargo, la ley es consciente de que en determinados supuestos la falta de presentación de la demanda puede tener una causa razonable, y, por tanto, con carácter excepcional exime de aquella carga y de su consecuencia al solicitante que ofrezca dentro de plazo una justificación suficiente, a juicio del tribunal, de la ausencia de interposición de la demanda.

Por lo tanto, para evitar la pérdida de la caución en el caso de que no se vaya a presentar la demanda será necesario ofrecer la justificación de su no presentación dentro del plazo establecido para presentarla, sin que pueda efectuarse con posterioridad. Así se reconoce de forma reiterada en la jurisprudencia menor.

En este sentido, el AAP Madrid de 31 de marzo de 2009 advierte que <<en consecuencia, con base a las consideraciones efectuadas en el presente y anterior fundamento, y conforme a la tesis acogida por esta Sección en la interpretación del artículo 256.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haberse presentado la correspondiente demanda, el instante de las diligencias perderá, como sanción civil, el importe de la caución a favor de la persona respecto a la que se refería la diligencia acordada, lo que en definitiva acuerda el *auto* objeto del presente recurso, máxime cuando, se ha de reiterar, no se justificó en su momento la no presentación de la demanda, ni la justificación se hizo en plazo. En definitiva, el recurso ha de ser desestimado >>⁶³⁸.

⁶³⁸ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), Auto núm. 138/2009 de 31 marzo. JUR 2009\247267.

Igualmente, el AAP Las Palmas de 6 de octubre de 2010 declara que <<Y en el caso de autos practicadas las diligencias preliminares el 5 de febrero de 2009 la iudex a quo el 5 de junio de 2009 , esto es una vez transcurrido en exceso el plazo de un mes previsto en el art. 256.3 LEC sin que la recurrente presentara la demanda ni justificara su demora, dictó el auto recurrido aplicando correctamente la sanción civil prevista en el mismo de pérdida de la caución dada, *sin que pueda ahora dar razones o tratar de justificar ex novo en esta alzada la causa del retraso* pues debió hacerlo en el plazo de un mes previsto ora para presentar la demanda ora justificar suficientemente, a juicio del tribunal, su demora o imposibilidad de hacerlo>>⁶³⁹.

Por último, más recientemente, la SAP Madrid de 29 de marzo de 2012 razona que << y como consta en los hechos reseñados en el anterior fundamento, la demanda no se presentó y, de igual modo, no se presentó en el plazo establecido en el artículo 256.3 LEC, la justificación de la no presentación de la misma en el plazo establecido, por cuanto el escrito en el que se manifiesta que no se va a presentar la demanda es de fecha 23 de enero de 2007. Y se ha de entender que el artículo 256.3 en cuanto al plazo de un mes desde la práctica de la diligencia preliminar, se ha de referir tanto a la presentación de la demanda, como a la justificación para no presentarla, pues de lo contrario estaríamos dejando a la parte la elección del momento para efectuar la justificación oportuna>>⁶⁴⁰.

Por otra parte, según hemos indicado, la falta de presentación de la demanda puede obedecer a una causa razonable. En este sentido, se ha interpretado que la no interposición de la demanda estará justificada en el caso de que, como consecuencia del acogimiento de la oposición, las

⁶³⁹ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), Auto núm. 213/2010 de 6 octubre, JUR 2011\253485.

⁶⁴⁰ A.P. Madrid. (Sección 8.ª). Sentencia 29 marzo 2012, LA LEY 53724/2012.

diligencias pedidas no se hayan practicado; o, incluso también puede estar fundada en aquellos casos en los que, pese a su práctica, no se haya obtenido la información solicitada debido a la resistencia del sujeto pasivo⁶⁴¹.

En sentido análogo, se ha interpretado en la jurisprudencia menor en los supuestos de “fracaso” de la información obtenida, a pesar de la práctica de la diligencia preliminar. Así, el AAP Islas Baleares de 13 de noviembre de 2007 revoca la resolución impugnada en el entendimiento de que <<siendo, por otra parte, plenamente justificada la no interposición de la demanda ante el fracaso de la diligencia de identificación de los bienes muebles relacionados en la solicitud al ser dicha identificación el primer requisito exigido por la jurisprudencia para el éxito de cualquier acción reivindicatoria, por lo que no parece razonable exigir a la parte solicitante de una medida preliminar adecuada la interposición de la demanda destinada al fracaso a fin de denegarle la devolución de la caución>>⁶⁴².

En sentido similar se pronuncia el AAP Valencia de 6 de febrero de 2008 cuando afirma que <<el artículo 256.3 de la LEC establece como regla general que la caución se perderá cuando transcurrido un mes desde la terminación de la diligencia, dejare de interponerse la demanda, a esta regla general se le establece una excepción, que se aporte justificación suficiente a juicio del Tribunal. A estos efectos la manifestación del actor debe calificársele con este carácter, atendiendo a la diligencia preliminar solicitada en su día, pues si acudimos al escrito inicial constatamos que aquella se sustentaba, fácticamente hablando, en que doña Rebeca fue asistida en el proceso de gestación por don Luis María sufriendo el nacido

⁶⁴¹ BELLIDO PENADÉS, R., “*Las Diligencias preliminares*”, *Proceso Civil Práctico*, ob. cit. T-III-2 p. 5-171.

⁶⁴² Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), Auto núm. 148/2007 de 13 noviembre. JUR 2008\56688.

parálisis cerebral infantil, y el motivo de la petición del informe era el conocimiento de los hechos y datos que constan en aquel, a fin de poder fijar la causa de esa parálisis infantil. Estos antecedentes, si los ponemos en relación con el motivo alegado en el escrito de 3 de septiembre de 2007, *en cuanto que una vez aportado este expediente no han encontrado ni los datos personales ni los medios para interponer la demanda que pretendían, obligan a concluir que lo manifestado debe calificarse de justificación suficiente, si no olvidamos que la finalidad de las diligencias preliminares es la de preparar un juicio posterior y por lo mismo aquella justifica la no interposición de esa demanda si no se han encontrado los datos necesarios para ello>>* ⁶⁴³.

Por último, una cuestión que ha generado una controvertida polémica en el seno de la jurisprudencia menor es la relativa a si, en el caso de que no se presente la demanda o la justificación de su no presentación en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, la pérdida de la caución puede acordarla de oficio el Juzgado que acordó las diligencias preliminares o, por el contrario, para que el juez pueda acordar esa pérdida de la caución para el solicitante es preciso que el sujeto pasivo de las diligencias haya solicitado el pago de los gastos y de los daños y perjuicios.

Una primera postura jurisprudencial considera que la pérdida de la caución prestada por el solicitante de diligencias preliminares no se anuda exclusivamente a la falta de presentación de la demanda en el plazo de un mes o a la falta de justificación de su no presentación en plazo, siendo necesario, además, para que proceda este efecto que el sujeto pasivo de las diligencias haya solicitado el pago de los gastos y de los daños y perjuicios con causa en las diligencias.

⁶⁴³ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Auto núm. 26/2008 de 6 febrero. JUR 2008\192496.

En este sentido, el AAP Barcelona de 28 de mayo de 2008 declara que << La Sala no comparte el criterio interpretativo de la resolución adoptada en virtud del artículo 256.3 de la LEC, toda vez que en el mismo no se establece un principio imperativo de devolución de la caución a favor del demandado por el mero hecho de no presentar la demanda dentro de los treinta días siguientes.

Las disposiciones que se establecen en los artículos 256 y 262 son complementarias entre sí, sin que pueda realizarse una interpretación literal del contenido previsto en el párrafo 3.º del art. 256. La interpretación ha de ser restrictiva a favor del instante de las diligencias salvo que se acrediten los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar al demandado, tanto si no se presenta la demanda dentro de los treinta días, como si se han denegado las diligencias al oponerse a la demanda. La literalidad del último párrafo (3.º) no permite al Tribunal determinar si existen causas justas para no interponer la demanda, por lo que son las partes quienes han de instar las oportunas acciones. En otro caso el Tribunal estaría exigiendo la interposición de la demanda, lo que es contrario al principio de la libertad de las partes para el ejercicio de las acciones, sin obviar que del resultado de las diligencias pueden las partes alcanzar acuerdos o desistir de su petición.

Por otra parte, de entender que esta pérdida es automática se alteraría la función y finalidad de toda caución para convertirse en un depósito o una pseudo-sanción para la parte instante, que ya corre con los gastos conforme a la propia disposición.

Al efecto, es de recordar que la finalidad de toda caución es garantizar los eventuales daños y perjuicios de una medida injustificable, de manera que es preciso, además, solicitarlos y acreditar la realidad de los

daños y perjuicios que se hayan ocasionado, por todo lo cual ha de ser estimado el recurso de apelación.»⁶⁴⁴.

Sin embargo, la corriente jurisprudencial mayoritaria se inclina por apreciar que la pérdida de la caución por falta de presentación de la demanda dentro de plazo o por falta de justificación suficiente durante el mismo se supedita tan sólo a dicho requisito, siendo una consecuencia automática del mismo derivado de la doble finalidad de la caución, reparadora por una parte, pero también sancionadora, asumiendo el segundo carácter en los supuestos de falta de presentación de la demanda, o de justificación de su no presentación, en plazo.

En este sentido, el AAP Córdoba de 15 de mayo de 2008 declara que <<hay quien entiende que esta caución, que supone una novedad en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cumple una doble función, de garantía de abono de los gastos que se ocasionan y de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran derivar de las diligencias (art. 262.1) y una finalidad disuasoria de peticiones poco fundadas. El destino de la caución va en primer lugar ligado a la función de garantía y se contempla en el artículo 262.1, si bien el art. 256.3 contiene una norma particular para el supuesto concreto de que el solicitante dejare de interponer la demanda dentro del mes siguiente a la terminación de las diligencias, habiendo sostenido la doctrina que se trata de una norma sancionadora que tiende a evitar que pueda acudir a las diligencias preliminares con fines distintos a la preparación de un proceso (...).

Ratifica esta tesis el Auto de AP Las Palmas, Sec. 3ª, de 27-1-2006, cuando afirma que la pérdida de la caución a favor de la contraparte en las diligencias preliminares es una sanción civil automática conforme al art. 256-3º, ya que en realidad en esta norma se distinguen dos supuestos: que

⁶⁴⁴ A.P. Barcelona. (Sección 14.ª). Auto 28 mayo 2008, LA LEY 105101/2008.

la demanda preparada se presente en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, en cuyo caso nada se señala sobre el destino de la caución, que por tanto dependerá de las vicisitudes del procedimiento principal y de que en efecto se acredite que se causaron daños o gastos a la parte contra la que se dirigió la diligencia preliminar. Por el contrario, el inciso final señala simplemente que si transcurre un mes sin deducir la demanda, la caución se adjudica a dicha parte, si que se establezca requisito ni acreditación alguna de gastos o de daños y perjuicios, en el caso de que el solicitante de la medida, "de modo injustificado", no presente la demanda dentro de legal término, la adjudicación de la caución se desvincula ya de estas finalidades y de modo automático, como una sanción civil, o presunción "iuris et de iure" de daño, por la demora o la simple falta de ejercicio de la acción preparada. Toda otra interpretación sería absurda, ya que si la pérdida de la caución depende de la justificación del daño, no tendría sentido establecer una distinción entre el caso de que la demanda se presente dentro de plazo o de que no se presente, ya que no existiría un efecto diferente en uno y otro caso. Esta última doctrina es tan contundente y sólida en sus argumentos que es la que asume esta Sala>>

645

En esta corriente se sitúa también el AAP Cádiz de 18 de noviembre de 2008 en el que se proclama que << Creemos que la solución al referido conflicto interpretativo ha de venir de la mano de la interpretación teleológica de los preceptos en cuestión. Bajo nuestro punto de vista la caución, fuera de interpretaciones literalistas en uno u otro sentido, cumple dos distintas funciones, tal y como explica el citado auto de 30/junio/2004, a saber: (1) Asegurar a quien ha sido afectado por la diligencia preliminar la percepción de una cantidad que repare los gastos,

⁶⁴⁵ Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), Auto núm. 169/2008 de 15 mayo, JUR 2009\19781.

molestias o perjuicios que se la hayan podido seguir de su práctica; y (2) Evitar que se acuda injustificadamente a las diligencias preliminares con fines desviados o abusivos que no sean los de la obtención de datos necesarios para la incoación de un ulterior proceso. Así las cosas, la primera de esas funciones se garantiza a través de las normas que disciplinan la resolución de las peticiones de reintegro o indemnizatorias que pueda cursar el demandado. La segunda precisa para su garantía que efectivamente pierda la caución quien solicite y obtenga la práctica de alguna diligencia preliminar y luego, sin dar razón suficiente para ello, dejara de presentar la demanda respecto de la cual aquella era instrumental (...).

Y no se trata con todo ello de obligar coactivamente a la parte solicitante a interponer una demanda cuyo ejercicio no es deseado con eventual vulneración de su derecho al libre ejercicio de sus derechos fundamentales, sino que lo que es exigible a la misma es que dé razones de su comportamiento, cualquiera que sea el sentido de éste, como condición necesaria para obtener la devolución de la caución. Tampoco se trata del establecimiento de una modalidad de sanción, es decir, en el sentido disciplinario del término; de lo que se trata es de una sanción procesal ante el incumplimiento de la carga procesal adquirida tras la presentación de la solicitud de diligencias preliminares. Adviértase por último que en el caso de que se haya reintegrado solo parcialmente al demandado, por ejemplo, por no haberse estimado íntegramente su solicitud, la falta de presentación injustificada de la demanda, le hace acreedor del remanente. Se logra así, y de modo sucesivo, el cumplimiento de las dos funciones atribuidas a la institución. Es en ese sentido en el que debe entenderse lo dispuesto en el art. 262.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : el citado remanente es devuelto al solicitante, pero solo cuando haya transcurrido el mes al que

alude el art. 256.3, esto es, cuando el juzgado haya constatado si aquél ha presentado la demanda o ha dado razones de la falta de presentación>>⁶⁴⁶.

Así mismo, el AAP Lugo de 10 de julio de 2009 dice que << (...) la interpretación conjunta del art. 256 nº 3 y 262 nº 2 conduce a entender que el destino primigenio de la caución es ciertamente la indemnización de daños y perjuicios, así como de gastos justificados, pero el sentido de no devolver el exceso-caso que lo hubiera- al promoverse en el plazo de un mes, no puede ser otro conjugando tal idéntico plazo para presentar la demanda, que de no presentarse la misma, se pierde la caución a favor de los promovidos, siempre que tal falta de presentación no tenga "justificación suficiente" (...).

Puede ocurrir que las diligencias sin pretenderlo cumplen una función evitadora del proceso (el solicitante valora con los datos suministrados la conveniencia o no de su presentación). Pero ello no constituye el Fundamento de las preliminares, siendo la consecuencia la pérdida de la caución cuando no se plantea el litigio>>⁶⁴⁷.

Igualmente se pronuncia en este sentido el AAP Las Palmas de 6 de octubre de 2010, en el que recogiendo las resoluciones judiciales dictadas en uno u otro sentido, asume la posición adoptada por otra Sección de la misma Audiencia, al recordar que <<ratifica esta tesis el Auto de AP Las Palmas, Sección 3a, de 27-1-2006, cuando afirma que la pérdida de la caución a favor de la contraparte en las diligencias preliminares es una sanción civil automática conforme al artículo 256-3o, ya que en realidad en esta norma se distinguen dos supuestos: que la demanda preparada se presente en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, en

⁶⁴⁶ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª), Auto núm. 168/2008 de 18 noviembre, JUR 2009\61138.

⁶⁴⁷ Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), Auto núm. 547/2009 de 10 julio, JUR 2009\328887.

cuyo caso nada se señala sobre el destino de la caución, que por tanto dependerá de las vicisitudes del procedimiento principal y de que en efecto se acredite que se causaron danos o gastos a la parte contra la que se dirigió la diligencia preliminar. Por el contrario, el inciso final señala simplemente que si transcurre un mes sin deducir la demanda, la caución se adjudica a dicha parte, sin que se establezca requisito ni acreditación alguna de gastos o de danos y perjuicios, en el caso de que el solicitante de la medida, "de modo injustificado", no presente la demanda dentro de legal término, la adjudicación de la caución se desvincula ya de estas finalidades y de modo automático, como una sanción civil, o presunción "iuris et de iure" de daño, por la demora o la simple falta de ejercicio de la acción preparada. Toda otra interpretación sería absurda, ya que si la pérdida de la caución depende de la justificación del daño, no tendría sentido establecer una distinción entre el caso de que la demanda se presente dentro de plazo o de que no se presente, ya que no existiría un efecto diferente en uno y otro caso>>>⁶⁴⁸.

A nuestro juicio, esta posición dominante es la mejor fundada por los fundamentos que se acaban de exponer entre los que se podría destacar la interpretación lógica-sistemática de los arts. 256. 3 y 262. 2 LEC, ya que si el segundo precepto establece el deber del órgano judicial de retener el remanente de la caución, una vez ésta ya ha cumplido su finalidad reparadora –al haber sido aplicada a resarcir los gastos, danos y perjuicios del sujeto pasivo- hasta que transcurra el plazo de un mes previsto en el art. 256. 3 LEC, es porque la caución también desempeña la aludida finalidad sancionadora que se desprende de este último precepto.

⁶⁴⁸ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), Auto núm. 213/2010 de 6 octubre, JUR 2011\253485. En esta línea, más recientemente la SAP Madrid (Sección 8ª) 29 marzo 2012, LA LEY 53724/2012.

VI.- CONCLUSIONES

1. Las diligencias preliminares son una institución muy arraigada en derecho procesal español de confusos perfiles, pero a la que, pese a la discusión existente, a mi juicio, cabe atribuir naturaleza jurisdiccional, lo que se refuerza en la LEC de 2000, ante la incompatibilidad con las notas de la jurisdicción voluntaria de las disposiciones de la nueva ley sobre la ejecución forzosa de las diligencias preliminares judicialmente acordadas que resulten incumplidas.

Se trata de unas actuaciones que, pese a realizarse antes del inicio del proceso, son autónomas y diferentes de otras actuaciones previas al proceso.

Las diligencias preliminares se diferencian de la conciliación, tanto por su naturaleza (son actividad jurisdiccional las primeras, mientras que la conciliación es acto de jurisdicción voluntaria) y por su finalidad, pues la de la conciliación es evitar el proceso, mientras que la finalidad de las diligencias preliminares es prepararlo para que se inicie y desarrolle correctamente.

También difieren de la prueba y del aseguramiento de la prueba, claramente respecto de la prueba anticipada, pues las diligencias preliminares no constituyen práctica de prueba; si bien, la distinción entre diligencias preliminares y medidas de aseguramiento de la prueba se difuminan en la legislación más reciente en algunos supuestos, como sucede en los casos previstos en el art. 256.1.7º y 8º LEC, introducidos por la Ley 19/2006.

Por último, también difieren de las medidas cautelares. Ambas pueden realizarse en momentos diferentes, pues las diligencias preliminares

nacen y mueren antes del inicio del proceso, mientras que las medidas cautelares requieren un proceso pendiente (actual o inminente). Sin embargo, su finalidad es diferente, porque las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pueda dictarse al final del proceso principal, garantizar la eficacia del resultado del proceso.

Por el contrario, con las diligencias preliminares no se persigue asegurar la efectividad del resultado de un proceso que ni siquiera se ha iniciado, sino que lo que se pretende es obtener la información necesaria para poder valorar si iniciar y desarrollar, en su caso, correctamente el proceso o juicio posterior.

2. Para la concesión de las diligencias preliminares previstas en el art. 256 de la LEC es preciso acreditar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el art. art. 258. 1 de la LEC: interés legítimo, justa causa y adecuación de la diligencia solicitada a la finalidad perseguida.

En primer lugar, un presupuesto de la adopción de diligencias preliminares es la *adecuación de la diligencia a la finalidad perseguida por el solicitante*, por consiguiente, el solicitante deberá exponer con detalle cuáles son los términos del conflicto sobre el que habría de versar el proceso que se proyecta entablar. Este presupuesto debe ser matizado con el *principio de intervención mínima* o de *mínima lesividad*.

En segundo lugar, es preciso que pueda percibirse un interés legítimo como fundamento de la instancia del solicitante de la diligencia preliminar, debiendo éste convencer al tribunal tanto de lo imprescindible de la información que solicita, como del escaso gravamen que para el afectado supone el sometimiento a la diligencia preliminar.

Por último, resulta necesario que la solicitud de diligencias preliminares responda a una justa causa, la cual puede equipararse a la

relevancia de la información solicitada para la preparación de un juicio posterior, así como a la necesidad del recurso al auxilio judicial para la obtención de la información precisa para preparar un juicio, ante la escasa colaboración del sujeto del que pretende obtenerse la información.

Por lo demás, en orden a las exigencias del acreditamiento de los presupuestos de las diligencias preliminares, a nuestro juicio, debe prevalecer la flexibilidad, pues verdaderamente es deseable acompañar a la solicitud cuantos más elementos probatorios, mejor. Pero su falta tampoco puede constituir un obstáculo infranqueable, porque en gran parte de los casos el solicitante no tendrá más elementos que la apariencia o la atribución que hace a sí mismo de un derecho que luego se ha de discutir ante los Tribunales.

3. Para la determinación de los supuestos en los que resulta procedente la adopción de diligencias preliminares, la LEC de 2000, como su precedente, utiliza un sistema de determinación de diligencias de *numerus clausus*, aunque más amplio que el de su predecesora y que no es incompatible con una interpretación flexible y amplia de los supuestos contemplados legalmente.

La diligencia preliminar referida a hechos relativos al futuro demandado fue mejorada y ampliada con la redacción de la LEC de 2000 (art. 256. 1. 1º LEC), tanto porque delimitó con mayor precisión los extremos referidos al futuro demandado que podían indagarse, así como porque amplió las diligencias que podían acordarse con dicho fin consistentes no solo en la declaración del futuro demandado, sino también en la exhibición de documentos en los que consten los referidos extremos.

Respecto a la diligencia preliminar consistente en la exhibición de cosa, aunque, dado el silencio legal, se ha discutido sobre la naturaleza mueble o inmueble de la cosa cuya exhibición se puede pedir al amparo del

art. 256. 1. 2 LEC, lo que, a mi juicio, efectivamente, parece esencial - siempre que no se viole el aludido principio de tipicidad- es indagar en la utilidad de la medida de cara a la preparación del litigio. No es lo relevante la naturaleza del bien a exhibir, lo decisivo será determinar si la vista de la cosa mueble o la visita del inmueble son útiles a quien ostente un interés legítimo sobre tales cosas, mueble o inmueble, para decidir con fundamento sobre la acción a ejercitar. Que la relación de medidas susceptibles de ser acordadas constituya una enumeración cerrada, no significa que la interpretación a las medidas típicas haya de ser restrictiva.

Con relación a la diligencia de exhibición del documento en el que conste el acto de última voluntad (art. 256. 1. 3º LEC), se debe recordar que el carácter subsidiario de las diligencias preliminares exige en este caso la previa petición y la negativa del notario a la exhibición del documento hereditario solicitado, así como que el régimen de protección y publicidad de los testamentos a través de los Notarios y del Registro de Actos de Última Voluntad conlleva que esta diligencia sea de escasa utilidad en la actualidad habitualmente, no siempre pues la tiene en algunos casos como el de la herencia yacente.

Respecto a la diligencia preliminar de exhibición de documentos y cuentas, la supresión en la LEC de 2000 de la referencia que el artículo 497.5º LECA de 1881 efectuaba a que la petición de información solo era posible <<en los casos en que proceda con arreglo a derecho>> significa que la diligencia preliminar puede instarse siempre que se necesite la información sobre la sociedad o comunidad, y respecto de cualquier documentación con independencia de lo que puedan decir las normas societarias particulares. Otra cosa será la posible oposición que pueda suscitarse, que deberá ser resuelta por el tribunal atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

La utilidad de esta diligencia es significativa, pues en muchos casos no se podría iniciar con garantías una acción civil de responsabilidad, o de reclamación de beneficios no repartidos o plantear cualquier otra pretensión, si previamente no se tiene constancia de la documentación que recoge el estado en que se halla la sociedad o la comunidad.

Por ello considero que la supresión de aquella mención concede un mayor grado de apertura a esta diligencia, apertura necesaria, sin que, en ningún caso pueda ser útil pedirla por el socio o comunero para interferir la marcha de la sociedad o comunidad. La razón es evidente, el Juez debe determinar en cada caso si concurren o no justa causa o interés legítimo en la petición, lo que es suficiente para que pueda evitarse ese uso desviado o abusivo de la misma.

Con relación a la diligencia de exhibición del contrato de seguro, estimo que, aunque la ley haga referencia únicamente a “un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil”, ello no necesariamente debe significar la exclusión de otros contratos de seguro, como, por ejemplo, el seguro de vida. La concurrencia de los requisitos o presupuestos generales de las diligencias preliminares, así como la existencia de una posible analogía con esta diligencia preliminar, y tratarse de un caso claro de exhibición documental serían las condiciones bajo las cuales se deberían admitir otros contratos de seguro diferentes.

Respecto de la diligencia de exhibición de la historia clínica, se trata de una diligencia que venía reclamada por la demanda social y que resulta de indudable utilidad para preparar procesos en los que se persiga reclamar responsabilidad civil derivada de actos médicos.

Las diligencias para la preparación de procesos dirigidos a la defensa de intereses colectivos de consumidores resultan igualmente

necesarias, caracterizándose el régimen legal de las mismas por la atribución de mayores poderes al órgano judicial.

Las diligencias preliminares admisibles para la preparación de procesos en los que persigan ejercitarse acciones por infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual se incrementaron a impulsos del legislador comunitario mediante la Ley 19/2006, que en parte difumina las diferencias entre diligencias preliminares y medidas de aseguramiento de la prueba.

Por lo demás, el sistema de determinación de diligencias preliminares finaliza con una cláusula de remisión a las diligencias previstas en leyes especiales, lo cual, si bien es cierto que debe considerarse positiva en un sistema de determinación de *numerus clausus*, no lo es menos que genera problemas de compatibilidad rechazables.

4. En lo que se refiere a los sujetos que intervienen durante el procedimiento preliminar existen normas aplicables para la determinación de la competencia del tribunal y en distintos aspectos (objetiva, territorial y funcional), así como respecto de su tratamiento procesal, al vedar el planteamiento de declinatoria mediante el procedimiento preliminar.

5. En orden a las partes del procedimiento preliminar, no hay norma general sobre la legitimación para intervenir activa o pasivamente en el mismo, estableciéndose normas singulares con relación a los distintos supuestos de diligencias preliminares, sobre las que pueden destacarse algunas consideraciones.

Respecto a las diligencias preliminares dirigidas a la obtención de datos sobre el futuro demandado mediante una interpretación flexible cabe considerar que la diligencia preliminar puede entenderse tanto con éste como con terceros que aporten información sobre el primero.

Con relación a la diligencia de exhibición del acto de última voluntad, la legitimación activa para solicitar la diligencia se atribuye a quien se considere heredero, coheredero o legatario, a los efectos de confirmar la legitimación activa para iniciar el proceso posterior. Y por lo que respecta a la legitimación pasiva es de subrayar que la diligencia de exhibición del testamento es una prueba palpable de que la legitimación pasiva de la diligencia preliminar y la del futuro proceso no tienen por qué coincidir, dado que pueden ser distintas las personas que tienen el documento (notario) y aquellas otras contra las que se tendría que dirigir la demanda (herederos).

En la clásica diligencia de exhibición de documentos y cuentas de una sociedad o comunidad, la LEC de 2000 regula con mayor amplitud la legitimación pasiva, ya que esta diligencia de exhibición puede dirigirse no solo frente al consocio o comunero que los tenga en su poder, sino también frente a la propia sociedad o comunidad

También debe preconizarse una interpretación amplia de la legitimación activa, de modo que se reconozca no solo a los integrantes de una sociedad o comunidad, sino también a los miembros de asociaciones de carácter cultural o de recreo, o de federaciones deportivas.

En la diligencia de exhibición del contrato de seguro la legitimación activa se confiere a quien se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por el seguro de responsabilidad civil, mientras que la legitimación pasiva se configura con amplitud, al atribuirse a quien tenga el contrato de seguro en su poder, lo que comprende tanto al asegurador como al asegurado.

Con relación a la diligencia de exhibición de la historia clínica, la legitimación activa se confiere principalmente al paciente, si bien, en el caso de que hubiere fallecido, también se concede a las personas vinculadas

al paciente por razones familiares o de hecho. Y en lo que se refiere a la legitimación pasiva, esta debe considerarse atribuida al centro sanitario o profesional que custodie la historia clínica, tanto sea un centro público como privado.

La diligencia de concreción de consumidores afectados por un ilícito tiene por finalidad facilitar a quien persiga formular demanda en defensa de los intereses colectivos de consumidores determinados o fácilmente determinables el cumplimiento de la carga de comunicar previamente a todos los interesados su intención de presentar la demanda (art. 15. 2 LEC).

En consecuencia, la legitimación activa en la presente diligencia preliminar, corresponde a quien pretenda iniciar el posterior proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios. Por el contrario, no se regula con precisión quién puede ser el legitimado pasivo en la misma. Si bien, el hecho de que precisamente se señale que ese requerimiento al futuro demandado puede “incluirse”, inclina a pensar que el legitimado pasivamente no ha de ser obligatoriamente aquél, sino que puede serlo cualquier sujeto (persona física o jurídica) que pueda disponer de datos que permitan conocer quienes integran el grupo de consumidores o usuarios afectados.

6. En orden a la postulación procesal de las partes del procedimiento preliminar, resulta forzoso reconocer que la cuestión relativa al carácter preceptivo o facultativo de la representación procesal mediante procurador y de la defensa a través de letrado en el procedimiento de diligencias preliminares es una cuestión polémica en extremo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia menor.

A mi juicio, de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales debe extraerse como conclusión que la intervención de abogado

y procurador en el procedimiento preliminar resulta preceptiva, salvo que concurran razones de urgencia, que eximirán de la necesaria intervención de estos profesionales a la solicitud de diligencias preliminares, no al resto de actuaciones que integren el procedimiento preliminar, y ello sea preceptiva o no su intervención en el posterior proceso que se persigue preparar.

La necesaria intervención de abogado y procurador durante el procedimiento preliminar puede fundarse en distintas razones. Por una parte, no existe regla especial sobre el carácter de la intervención de estos profesionales durante el procedimiento de diligencias preliminares, por lo que debe resolverse la cuestión aplicando la regulación general establecida en los arts. 23 y 31 LEC, en los que se establece la regla general de la preceptiva intervención de estos profesionales, sin que, al menos de ordinario, las diligencias preliminares resulten incluidas en las excepciones que aquellos preceptos establecen y que, como excepciones, deben interpretarse restrictivamente.

Por otra parte, porque las actuaciones que integran el procedimiento preliminar en muchas ocasiones implican una complejidad técnica que hace conveniente la intervención de abogado y procurador.

Sin embargo, pese a que autorizadas y mayoritarias opiniones doctrinales consideran que el anterior régimen de intervención sólo es aplicable cuando se persiga preparar un posterior proceso en el que resulte preceptiva la intervención de abogado y procurador, pero no cuando se pretenda preparar un posterior proceso en el que la intervención de dichos profesionales sea facultativa, a mi juicio, la preceptividad de la intervención de estos profesionales debe exigirse en ambos casos, es decir, con independencia de la materia y cuantía que pudiera tener, en su caso, el posterior proceso principal. Ello quiere decir que será necesaria la

intervención de esos profesionales aunque el posterior juicio verbal fuere de cuantía inferior a 2000 euros., ya que la presencia de abogado y de procurador en todo incidente preliminar puede justificarse por sí misma, al tratarse de una actividad procesal específica que puede implicar cierta complejidad en cuanto a su desarrollo.

7. El procedimiento preliminar comienza mediante solicitud de persona legitimada, en la que, previa justificación de la concurrencia de los presupuestos procesales, deberá acreditarse la concurrencia de los presupuestos de fondo (interés legítimo, justa causa y adecuación de la diligencia propuesta a la finalidad perseguida -art. 258. 1 LEC-) y acompañando los documentos de utilidad a estos efectos (arts. 264 y 265 LEC).

Así mismo, en la solicitud el solicitante debe realizar el ofrecimiento de caución para responder, tanto de los gastos como de los daños y perjuicios, que la práctica de las diligencias preliminares pudieran producir a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias, que son a cargo del solicitante de las mismas.

Con todo, siendo el ofrecimiento de caución un requisito preceptivo de la solicitud de diligencias preliminares, resulta controvertida la cuestión relativa al carácter subsanable o insubsanable de la omisión de este requisito, cuestión a la que, a mi juicio, debe darse una respuesta favorable, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 231 LEC en relación con el artículo 243. 3 y 4 LOPJ.

8. Presentada la solicitud, la resolución inicial de acuerdo o rechazo se adopta mediante auto y conforme a un régimen de contradicción diferida, a fin de garantizar la eficacia de las diligencias preliminares. En el auto se fijará la clase de caución y su cuantía, y que a su vez respecto al primer extremo podrá ser, de acuerdo con su previo ofrecimiento por el

solicitante, de cualquiera de las clases previstas por el artículo 64.2.º II LEC.

Cuantificada y determinado su tipo, deberá prestarse en tres días, contados desde la notificación al solicitante de la resolución sobre las diligencias preliminares de que se trate. En caso contrario, tal y como dispone el citado artículo 258.3 LEC, se procederá por el Secretario judicial, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones.

Prestada la caución, debe ponerse este hecho en conocimiento del Juzgado que acordó las diligencias preliminares, toda vez que, si no consta que se haya constituido la caución en plazo, se acordará el archivo de las actuaciones por el Secretario judicial. Sin embargo, a los efectos del cumplimiento del plazo de constitución de la caución, debe distinguirse entre el hecho de la constitución de la caución y la acreditación de ese hecho, siendo lo primero lo que debe cumplirse en el plazo de tres días.

9. Por lo demás, contra el auto que acuerde las diligencias preliminares no cabe recurso, sin perjuicio de la posibilidad de contradicción articulada mediante un posterior incidente de oposición (art. 260 LEC).

Por el contrario, contra el auto que deniegue las diligencias preliminares procede recurso de apelación. No se establece qué sucede en los casos de desestimación parcial. A mi juicio, la justicia civil es rogada, por lo que no puede el tribunal acordar una diligencia preliminar más gravosa o distinta de la que ha sido solicitada.

En esta tesitura, nada obsta a que puedan modificarse los términos de la diligencia interesada, haciéndola menos gravosa para el afectado o concediendo lo pedido solo parcialmente. Producida esta situación, no puede sostenerse que no se ha producido gravamen para el solicitante,

porque aunque se ha concedido en parte la diligencia pedida, también existen aspectos de su petición que han sido rechazados por el tribunal.

En consecuencia, habría que aplicarle el régimen previsto para la denegación de lo solicitado, que permite presentar recurso de apelación. Y en su tramitación lo más razonable sería, no habiéndose conformado el solicitante con la resolución recaída, la suspensión del procedimiento de diligencias preliminares a la espera del resultado del recurso de apelación.

El recurso de apelación por disconformidad con la caución fijada por el tribunal, cuando sea superior a la ofrecida por el solicitante, constituye otra de las posibilidades que pueden darse, dado que el ofrecimiento de aquella no le es vinculante. El solicitante, pues, puede aceptarla y prestarla en el plazo de tres días desde la notificación del auto que la fija, o bien recurrirla en apelación, por considerarla excesiva o injustificada.

10. Dictándose el auto que acuerda las diligencias preliminares sin audiencia previa del requerido, resulta necesario ofrecer a éste una posibilidad de contradicción posterior frente a la resolución que le afecta en la esfera de sus intereses, configurándose por el legislador a tal fin un incidente de oposición, posterior al auto que adopta las diligencias preliminares, pero anterior a la práctica de las diligencias acordadas.

En consecuencia, recibidos la citación y el requerimiento para la práctica de las diligencias el requerido dispone de un plazo de diez días para llevarlas a cabo o, dentro de los cinco primeros días de dicho plazo, para formular oposición, si bien, como antes se apuntó respecto del plazo para constituir la caución, el plazo de cinco días debe comenzar el día siguiente a aquel en el que se haya recibido la citación y el requerimiento (art. 133. 1 LEC).

Si la persona requerida formula oposición dentro de plazo, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales.

Sobre la oposición al auto que acuerde la práctica de diligencias preliminares se resuelve mediante resolución judicial con forma de auto, por tanto motivado (art. 208. 2 LEC) cualquiera que sea el sentido de la resolución (art. 260. 2 LEC), estimación de la oposición (art. 260. 4 LEC), o desestimación de la misma (art. 260. 3 LEC); forma que debe adoptar igualmente la resolución que, en su caso, resuelva el recurso de apelación formulado contra el auto que decida sobre la oposición (art. 465. 1 LEC).

11. Una de las cuestiones problemáticas que plantea la resolución sobre la oposición es la relativa al pronunciamiento respecto de las costas. Así tal y como dispone el art. 260.3 LEC, si el tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Por el contrario, tal y como dispone el art. 260.4 LEC, si el tribunal considerase justificada la oposición, lo declarará así, igualmente, mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación. En este último caso, la ley no hace referencia al pronunciamiento sobre costas.

Dicho silencio legal ha generado, en consecuencia, interpretaciones jurisprudenciales contradictorias sobre el posible sentido del pronunciamiento sobre las costas del incidente de oposición en el caso de que ésta sea estimada.

Una primera corriente jurisprudencial considera que el silencio legal sobre una eventual condena en costas en el supuesto de que se aprecie justificada la oposición debe interpretarse en el sentido de que en este caso no procede la condena en costas al solicitante cuya solicitud ha sido finalmente desestimada, debiéndose en estos casos declararse las costas de

oficio, de forma que cada parte asuma las costas causadas a su instancia y las comunes las asuman por mitad.

Por el contrario, una segunda corriente jurisprudencial entiende que, ante la falta de pronunciamiento del art. 260. 4 LEC sobre el régimen de imposición de costas en el caso de que la oposición a las diligencias sea estimada, debe aplicarse la regla general sobre el vencimiento objetivo contenida en el art. 394 LEC, lo que en este supuesto supondría que las costas deberían imponerse al solicitante de las diligencias.

A mi juicio, la interpretación más correcta consistiría en entender que la LEC no prevé que el auto estimatorio de la oposición contenga un pronunciamiento en materia de costas porque ha dispuesto que los gastos ocasionados se determinen posteriormente a través del incidente que prevé en el artículo 262.1 de la misma. Por lo que para ese específico caso no hay condena en costas, porque está previsto el pago de gastos, lo que es más beneficioso para el requerido por la diligencia.

12. Especial interés presentan las normas dedicadas a la ejecución forzosa de las diligencias preliminares. La ejecución forzosa de las diligencias preliminares judicialmente acordadas tiene como presupuesto la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares por parte del requerido, bien sea porque citado para ello no atiende el requerimiento, bien porque tampoco formula oposición, o en el caso de que sea rechazada la oposición formulada al respecto. Ello ha conllevado, tras la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una novedosa regulación que la diferencia de la LEC/1881, con unas consecuencias igualmente bien distintas a las que esta última preveía, es decir, cómo su Exposición de Motivos dice, “sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios”.

Con dicho fin, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 contiene en el art. 261 diversas medidas coercitivas dirigidas a doblegar la negativa del sujeto requerido a la práctica de una diligencia preliminar judicialmente acordada y tras el necesario contradictorio.

Además, algunas de esas medidas coercitivas son de notable entidad, teniendo algunas de ellas –como la entrada y registro de domicilio– entidad para afectar a derechos fundamentales del sujeto pasivo de las diligencias, como puedan ser el derecho a la inviolabilidad de domicilio, o el derecho a la intimidad. Pese a ello, la redacción inicial de este precepto disponía que las referidas medidas coercitivas serían acordadas por el juez mediante providencia, lo que suscitaba dudas de constitucionalidad que se desvanecieron tras la reforma llevada a cabo por la Ley 19/2006, en la que se requiere que la adopción de dichas medidas coercitivas se acuerde por medio de auto.

El fundamento de estas medidas coercitivas no es otro que la efectividad de la tutela judicial solicitada y en dicho momento ya acordada, efectividad de la tutela judicial que debe armonizarse con el respeto de los derechos fundamentales precisamente mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

13. Cuestión discutida con relación a las medidas coercitivas que estamos analizando, en alguna medida adelantada, es la de si las facultades interpretativas que confiere el art. 261, I, 1ª LEC deben ser ejercidas por el órgano judicial que acordó las diligencias preliminares, o por el órgano judicial que con posterioridad conozca del proceso principal. En mi opinión, la segunda es la solución adecuada, debiendo valorarse los efectos probatorios de la negativa a declarar o a exhibir por el tribunal al que compete la práctica y valoración de la prueba, que es el que conoce del proceso posterior. Además, éste no está vinculado al resultado derivado de

la negativa a la declaración prevista en el núm. 1º del art. 261 o de la negativa a la exhibición de los documentos contables prevista en el núm. 4º del art. 261, dado que del conjunto de la prueba que se practique en el juicio posterior puede llegarse a la conclusión de que no son ciertos los hechos sobre los que preguntó el solicitante o los datos aportados por el mismo.

También resulta discutido el momento del juicio posterior en el que el tribunal debe ejercer la potestad conferida en el art. 261 LEC, en el caso del juicio ordinario, si la audiencia previa o en el momento de dictar sentencia. Es cierto al respecto que el Juez no puede aplicar a su libre arbitrio la sanción que prevé el legislador en el artículo 261 LEC, cuando utiliza la expresión <<se podrán tener>> y no <<que se tendrán>>. Así pues, ello quiere decir a mi juicio que cuando tiene que producirse aquella consecuencia no lo será en el procedimiento de las diligencias preliminares sino en el juicio declarativo correspondiente. Y en esa posterior fase de juicio declarativo, sabido es que la valoración de la prueba ha de ser realizada en conjunto, evitándose así crear falsas verdades. El juez pues en el procedimiento de diligencias preliminares, a mi juicio, no debe decidir nada al respecto más que a limitarse a dictar la resolución correspondiente, una providencia, en la que se disponga simplemente que en el posterior proceso se le podrá tener al solicitado como confeso. Y será cuando se dicte o recaiga sentencia en el mismo, cuando la posible sanción se podrá hacer efectiva.

En definitiva, el sentido de la expresión <<se podrán tener>> no es otro que la voluntad del legislador de que los hechos a los que hagan referencia las preguntas formuladas por el solicitante pasen a ser presumidos como verdaderos, pero no con el carácter de inatacables, sino con el simple valor de presunción judicial.

En la diligencia del art. 256.1.4º LEC con la que guarda directa relación la medida establecida en la regla 4ª del art. 261, sobre el alcance de la presunción de certeza es lo mismo que ocurre con la regla 1ª del citado art. 261 LEC.

14. Cuestión también controvertida en este punto es si las medidas coercitivas contempladas en el art. 261. 2º LEC para el supuesto de negativa a exhibición de títulos y documentos son aplicables también para la ejecución forzosa en caso de negativa a exhibición de documentos contables. En este sentido, la medida coercitiva expresamente prevista para el caso de negativa a la exhibición de documentos contables es la posibilidad de tener por ciertos los datos y cuentas que presente el solicitante. En cambio, en caso de negativa a la exhibición de títulos y documentos en general, se contemplan como medidas coercitivas para compeler al cumplimiento forzoso la entrada y registro y la ocupación de los títulos y documentación.

Un sector doctrinal considera que en el caso de negativa a la exhibición de documentos contables las medidas coercitivas previstas en el art. art 261. 2º LEC son compatibles con las expresamente establecidas en el art. 261. 4º LEC. De modo que en caso de negativa a la exhibición por el requerido puede acordarse primero la entrada y registro de un domicilio o local del requerido y, en su caso, la ocupación de los documentos; y solo en el caso de que no se pudiese acordar la entrada y registro, por desconocer el lugar en el que puedan hallarse los documentos, o en el caso de que la entrada y registro fuera infructuosa, podría acordarse la medida específica prevista en el art. 261. 4º LEC.

A mi juicio, no resulta admisible acordar la entrada y registro en caso de negativa a la exhibición de documentos contable, toda vez que el requisito de la necesaria habilitación legal para toda medida limitativa de

derechos fundamentales comporta la suficiente previsibilidad sobre los supuestos y condiciones en que puede acordarse la medida restrictiva y que el actual tenor legal del art. 261. 4º LEC impediría considerar cumplido en lo que a la medida de entrada y registro respecta.

15. Finalmente, respecto del destino que debe darse a la caución prestada por el solicitante de las diligencias preliminares, la ley establece que esta caución debe aplicarse tanto cuando se hayan practicado las diligencias como cuando se haya estimado la oposición del sujeto pasivo. A nuestro juicio, las consecuencias pueden no ser idénticas en ambos casos. Si las diligencias se han practicado, sería admisible que deban indemnizarse los daños y perjuicios que su realización haya irrogado al sujeto pasivo de las diligencias, así como sufragarse todos los gastos ocasionados al mismo (art. 256.3), deducidas las costas del incidente de oposición, si ésta fue rechazada (art. 260.2).

Por el contrario, en el caso de que se denegase la práctica de las diligencias como consecuencia de considerar justificada la oposición, aunque el solicitante también debiera asumir los gastos ocasionados a las personas frente a las que solicitó las diligencias (art. 256.3), no parece que aquél debiera responder de unos daños y perjuicios que, al no practicarse las diligencias solicitadas, no parece que se hayan podido producir.

16. Por lo que respecta al procedimiento a seguir para aplicar la caución a la finalidad a la que está preordenada, la regulación presenta distintas carencias, entre las que destaca la de que no se precisa el plazo del que dispone el sujeto pasivo para iniciar este incidente con el fin de ser resarcido de los gastos, daños y perjuicios producidos en el procedimiento de diligencias preliminares. Ante esta situación legal, a mi juicio, lo que parece esencial es que no puede considerarse caducado el derecho a reclamar del sujeto pasivo de las diligencias preliminares, si éste no ha sido

previamente apercibido por el órgano judicial del plazo en el que puede realizar la reclamación.

17. Una vez aplicada la caución a la finalidad esencial que le es propia -responder de los gastos, daños y perjuicios causados al sujeto pasivo de las diligencias-, si en el transcurso de un mes desde la terminación de las diligencias se presenta la demanda, se devolverá el remanente al solicitante. Por el contrario, la caución prestada por el solicitante de las diligencias preliminares se perderá a favor del sujeto pasivo de las mismas si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, no se interpone la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal (art. 256. 3 LEC).

Ello obedece a que el legislador establece, como regla general, la carga procesal del solicitante de presentar la demanda una vez practicadas las diligencias preliminares solicitadas porque supone que con ello el solicitante de las diligencias habrá obtenido la información que necesitaba para preparar el posterior proceso y, por tanto, se encontrará en condiciones de presentar la demanda. Y el incumplimiento de la anterior carga procesal llevará aparejada normalmente la pérdida de la caución cuando sea imputable al solicitante de las diligencias la falta de presentación de la demanda.

Sin embargo, la ley es consciente de que en determinados supuestos la falta de presentación de la demanda puede tener una causa razonable, y, por tanto, con carácter excepcional exime de aquella carga y de su consecuencia al solicitante que ofrezca dentro de plazo una justificación suficiente, a juicio del tribunal, de la ausencia de interposición de la demanda.

Con todo, una cuestión que ha generado una controvertida polémica en el seno de la jurisprudencia menor es la relativa a si, en el caso de que

no se presente la demanda o la justificación de su no presentación en el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, la pérdida de la caución puede acordarla de oficio el Juzgado que acordó las diligencias preliminares o, por el contrario, para que el juez pueda acordar esa pérdida de la caución para el solicitante es preciso que el sujeto pasivo de las diligencias haya solicitado el pago de los gastos y de los daños y perjuicios. A mi juicio, debe resolverse en el primer sentido expuesto, toda vez que la caución en el actual régimen legal, junto a la esencial función reparadora, también despliega una función sancionadora.

BIBLIOGRAFIA.

- AGUILERA MORALES, Marien <<Las diligencias preliminares>>, Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal N°4, abril de 2001.

- ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal* (con CORTÉS DOMINGUEZ,V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, Victor), Valencia, 1986.

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1997.

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares*, en Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000 (Coord. ALONSO CUEVILLAS SAYROL), V-II, Economist& Iuris, 2000.

- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad*

intelectual e industrial, La Ley. Número 6819 de 13 de noviembre de 2007.

- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

- BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las diligencias preliminares*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 2003.

- BARONA VILAR, Silvia., *El proceso civil*, con ESCRIBANO MORA, Fernando (Coord.), FERNÁNDEZ SEIJO, José María, FLORS MATÍES, José., GUZMÁN FLUIJA, Vicente C., MARIMÓN DURA, María Consuelo, MORENO CATENA, Victor, OLIVER LÓPEZ, Carlos, SALINAS MOLINA, Fernando, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- BARONA VILAR, Silvia, “Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados” en *Tutela de consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.. BARONA VILAR). Tirant lo Blanch, 2003.

- BAYO DELGADO, “Procesos declarativos ordinarios y procesos especiales”, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ponencias, Murcia, 1997.

- BELLIDO PENADÉS, R., << Incidencia del Anteproyecto de la LEC en los procesos especiales sobre propiedad industrial, competencia desleal y materias afines>>, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC*, Comunicaciones, Murcia, 1997.

- BELLIDO PENADÉS, R., *Proceso Civil Práctico*, T-III, La Ley. Madrid, 2002.

- BELLIDO PENADÉS, R., *El Proceso Civil sobre Competencia Desleal*, (Aproximación a la incidencia de la LEC de 2000 y de la Ley de Marcas de 2001), Civitas, 2002.

- BELLIDO PENADÉS, *Las diligencias preliminares*, *Proceso Civil Práctico*, T-III-2, Mayo 2010, (con GIMENO SENDRA y otros).

- BELLIDO PENADÉS, *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, REDC, núm. 89 de 2010.

- BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho Procesal Civil* (Dir. Ortells Ramos), Aranzadi-Thomson Reuters, Año 2012.

- BUENDÍA RUBIO, M^a Carmen, *Tratamiento procesal de la legitimación en la LEC 1/2000*, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 12, Julio-diciembre 2003.

- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil* (trad. SENTIS MELENDO, S.), Vol. II, EJEA, Buenos Aires 1986.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya, *Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas*, Actualidad Civil, Nº 1, La Ley, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco, << Diritto e proceso >> en IDEM, *Tratatto del proceso civile*, Napoli, 1958.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *Anotaciones acerca de la legitimación*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, núm. 2, 1979.
- CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *La comunicación procesal en la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, Edersa, 2007.
- DAMIÁN MORENO, Juan, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-II, (Dir.:LORCA NAVARRETE), Lex Nova, Valladolid, 2000.
- DAMIÁN MORENO, J., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los Procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, (Valentín Cortés Domingo, Victor Manuel Moreno Catena (coords.) , T-II, Tecnos, 2000.

- DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.. LORCA NAVARRETE), T-II, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- DE LA OLIVA SANTOS y GASCÓN INCHAUSTI, *Ley de Enjuiciamiento Civil respuesta a 100 cuestiones polémicas*, SEPÍN, Madrid, 2002.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, II, Barcelona, 1986.

- DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* – dir. ALBADALEJO -, T-XVIII, 2, Madrid, 1984.

- DIEZ-PICAZO, Ignacio, *Comentarios Prácticos a Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, VEGAS TORRES, BANACLOCHE PALAO), Civitas, Madrid 2001.

- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), Editorial Univ. Ramón Areces, 2004.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA, Madrid, 1993.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMABAU, José M^a, *Derecho Procesal Práctico*, T-I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia* (con otros autores), Tomo 2, Editorial Bosch, Barcelona 2001.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, 2009.

- GARCÍA VILA, M., *Diligencias Preliminares y la negativa a su práctica (art. 261 LEC 1/2000)*, Revista Derecho Universidad de Valencia, Nov. 2002, núm. 1.

- GARCÍA VILA, Mónica, *Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (Art. 261 LEC 1/2000)*, Revista Peruana de Derecho Procesal, nº 6, 2003.

- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord., CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., y TAPIA FERNÁNDEZ, I.), V- I, Aranzadi, Pamplona, 2001.

- GARNICA MARTÍN, J.F., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU), Iurgium Editores, 2000, T-I.

- GÓMEZ ORBANEJA, R. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, T-II, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1969.

- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, T-I, Madrid, 1979.

- GÓNZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.

- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Victor (coordinadores), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales*, Ed. Tecnos, 2000.

- GUASP DELGADO, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Volumen Segundo, Primera Parte, Editorial Aguilar, Madrid, 1948.

- GUASP DELGADO, Jaime, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, II, vol.1, 1ª parte, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945.

- GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-II, V. 1º, Editorial Aguilar Madrid, 1945.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Eduardo , “La excepción dilatoria de falta de carácter”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974.

- GUTIERREZ DE CAVIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- GUTIÉRREZ SANZ, Mª Rosa, *Comentarios Prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con ARROYO GARCÍA, S.; cord. CABAÑAS GARCÍA, J. C., Trivium, 2000, Madrid .

- HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Artes Gráficas y Ediciones, 6ª ed., Madrid 1969.

- HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 1979.

- ILLESCAS RUS, A.V., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, coords. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, LOSCERTALES FUERTES, Sepín, Madrid, 2000.

- ILLESCAS RUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, V-I, SEPÍN, Madrid, 2002.

- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, T-IV, Derecho de Familia, Barcelona, 1984.

- LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1983.

- LARRENA BELDARRAIN, Javier, *Las diligencias preliminares en materia de propiedad industrial e intelectual*, Revista Vasca de Administración Pública, Nº 87-88, 2010.

- LOMBARDÍA DEL POZO, Miguel Ángel, *Las diligencias preliminares y las medidas cautelares en la LEC*, Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, I-2001.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado "derecho de información" y la exhibición de*

documentos comerciales, Diario La Ley, núm. 6429, 24 de febrero de 2006.

- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una regulación inconstitucional*, La Ley, Nº 6-2000.

- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional*, Diario La Ley, nº 5146, de 22 de septiembre de 2000.

- MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T-II, Madrid, 1929.

- MONTERO AROCA, Juan, y otros, *Derecho Jurisdiccional II*, 12^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- MONTÓN GARCÍA, << Líneas maestras de los actos de comunicación en la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil >>, Tribunales de Justicia, 2000-8/9.

- MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, (con CORTÉS DOMINGUEZ, V., y GIMENO SENDRA, V.), Colex, Madrid 2012.

- MORENO CATENA,V., *El proceso civil*, I (varios autores), Tirant lo Blanch, 2013.

- MORENO CATENA, Víctor Manuel, *Comentarios Prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, La postulación procesal: Arts. 23 a 30 LEC*. Revista para Análisis del Derecho, nº 305, In Dret 4/2005.

- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990.

- PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana*, Poder Judicial, 1990.

- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, I., *Tratado de Derecho Procesal civil*, T-I, Aranzadi, 1985.

- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, V-I, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975.

- RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Las diligencias preliminares en los procesos declarativos*, (Dir. ORTELLS RAMOS), Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 6, 2000 dedicado a: Los procesos declarativos / Manuel Pascual Ortells Ramos (dir.).

- SACRISTÁN REPRESA, G., “Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, T- II, (Coord. Fernández-Ballesteros, Rifá-Soler, Valls Gombau, ed. Atelier, Barcelona, 2000.

- SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.

- SÁNCHEZ CARO, Javier, *La ley sobre autonomía del paciente y su repercusión sobre las Comunidades Autónomas*, Revista de Administración Sanitaria, 2003, vol. I, núm. 2.

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982.