



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**LAS DILIGENCIAS
PRELIMINARES EN EL
PROCESO CIVIL**

Autor: Víctor Romero Sánchez
Trabajo de fin de grado
Curso: 4rto del Grado de Derecho
Tutora: Doctora Consuelo Ruiz de la Fuente
Fecha de entrega: 22 de mayo de 2020

Expreso mi agradecimiento en estas líneas, a mi tutora, la Dra. Consuelo Ruíz de la Fuente, por haberme transmitido la pasión por el derecho procesal civil durante estos años.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| 1. Introducción | 1 |
| 2. Las diligencias preliminares. Concepto y naturaleza | 3 |
| 3. Distinción con otras instituciones procesales..... | 4 |
| 3.1. La prueba anticipada..... | 5 |
| 3.2. El aseguramiento de la prueba..... | 7 |
| 3.3. Las medidas cautelares | 8 |
| 3.4. El Discovery | 9 |
| 4. Interpretación del carácter de las diligencias preliminares | 10 |
| 4.1. Interpretación restrictiva. La postura del <i>numerus clausus</i> | 11 |
| 4.2. Interpretación flexible. La postura del <i>numerus apertus</i> | 13 |
| 5. Requisitos para la admisibilidad de la solicitud..... | 15 |
| 5.1. Adecuación a la finalidad que el solicitante persigue | 16 |
| 5.2. La concurrencia de justa causa e interés legítimo | 17 |
| 5.3. Caución..... | 18 |
| 5.3.1. La caución como indemnización por gastos, daños y perjuicios | 19 |
| 5.3.2. La prestación efectiva de la caución y su pérdida | 21 |
| 5.3.3. La prestación de caución por el solicitante beneficiario de asistencia jurídica gratuita..... | 24 |
| 6. Clases de diligencias preliminares..... | 26 |
| 6.1. Declaración o exhibición documental sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación de la persona contra la que se dirigirá la demanda (art.256.1.1 LEC)..... | 26 |
| 6.2. Exhibición y entrega de historia clínica (art.256.1.5 bis LEC) | 29 |
| 7. Procedimiento de solicitud y adopción de diligencias preliminares..... | 32 |
| 7.1. Competencia | 32 |
| 7.1.1. Competencia objetiva por razón de materia | 33 |
| 7.1.2. Competencia territorial | 34 |
| 7.2. Postulación procesal para la solicitud de diligencias preliminares | 36 |
| 7.3. Oposición a las diligencias solicitadas | 37 |
| 7.3.1. Costas del incidente de oposición..... | 39 |
| 7.4. Negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares..... | 40 |
| 7.4.1. La <i>ficta confessio</i> sobre los hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación..... | 42 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 7.4.2. | La entrada y registro para la obtención de documentos | 44 |
| 7.4.2.1. | Cuestiones constitucionales sobre la entrada y registro | 46 |
| 8. | CONCLUSIONES | 50 |
| 9. | BIBLIOGRAFÍA | 52 |
| 10. | RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS | 55 |

ABREVIATURAS

| | |
|----------|--|
| AAP | Auto de la Audiencia Provincial |
| AP | Audiencia Provincial |
| Art. | Artículo |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| Cit. | Citado |
| Ed. | Editado |
| JPI | Juzgado de Primera Instancia |
| JM | Juzgados de lo Mercantil |
| LAP | Ley de Autonomía del Paciente |
| LAJG | Ley sobre Asistencia Jurídica Gratuita |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| Op. cit. | “opere citato” es decir, obra citada |
| P[p]. | Página[s] |
| S[s]. | Siguiente [s] |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| Vol. | volumen |

RESUMEN

Uno de los temores con los que se encuentra una parte al afrontar un proceso judicial es su correcto planteamiento, en tanto que los actos preparatorios del mismo le corresponden a ésta; ya se constituya como parte demandante o demandada.

Las diligencias preliminares suponen una institución procesal que, a diferencia de sus figuras afines, tiene como objeto la preparación de un ulterior proceso con el auxilio de los jueces y tribunales. Éstas, se encuentran reguladas en los artículos 25 y ss. de la LEC y tienen como objeto, solicitar a un tercero, la práctica de una serie de diligencias acordadas por la autoridad judicial a las que debe dar cumplimiento, con la finalidad de que el solicitante prepare un ulterior proceso contra él.

Sin embargo, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las dos partes, la LEC configura un trámite de oposición en el que el requerido podrá oponerse a su práctica cuando ésta resulte injustificada, debiendo el tribunal resolver sobre la misma. Así, el tercero que viese desestimada su oposición, deberá cumplir con la diligencia preliminar acordada, pudiéndose adoptar una serie de medidas coercitivas, que incidirán en su esfera más íntima y tendrán consecuencias en el futuro proceso, si hubiese una negativa a llevar a cabo la diligencia preliminar.

PALABRAS CLAVES:

Proceso Civil – actos preparatorios – Ley de Enjuiciamiento Civil - Diligencias preliminares – tutela judicial efectiva – carga de la prueba

1. Introducción

En el proceso civil, corresponde a cada una de las partes probar las razones de hecho y derecho que fundamentan sus pretensiones, en virtud de las reglas de la carga de la prueba y del principio dispositivo que debe inspirar todo proceso judicial de carácter privado.

Y, es por ello, que la parte que pretenda iniciar un proceso deberá llevar a cabo una investigación de los hechos y circunstancias del caso concreto que le permitan determinar con exactitud a quién deberá dirigir la demanda, las alegaciones en que se fundamentará y las fuentes de prueba que las constatarán, con la finalidad de obtener una resolución judicial estimatoria y acorde a sus pretensiones.

Tal actividad investigadora, supone una labor compleja y, en algunos casos, imposible, debido a la falta de medios que se encuentran al alcance de la parte, cuestión que implica el inicio de procesos que podrían haberse evitado, en los que eventualmente pueden llegar a resolverse de forma desestimatoria. Sin embargo, el legislador, consciente de tales dificultades, estableció en la Ley de Enjuiciamiento Civil un procedimiento para que, en aquellos casos que resultase inalcanzable para las partes la obtención de datos necesarios para la presentación de la demanda, pudiesen preparar un futuro proceso judicial mediante el auxilio de un tribunal.

Dicho procedimiento es el que da pie a este trabajo pues, se indagará en las diligencias preliminares del proceso civil como una institución procesal encaminada a la preparación de un futuro proceso judicial. Así, abordaremos su naturaleza e interpretación, analizando los requisitos que deben concurrir para ser acordada por la autoridad judicial, centrándonos en las diligencias preliminares de declaración o exhibición de hechos relativos a la capacidad, legitimación o representación y en la prevista para la entrega de la historia clínica. Por último, se analizarán las particularidades del procedimiento para la adopción y práctica de las diligencias preliminares, presentando especial atención a los motivos de oposición que puede alegar la parte contra la que se solicitan y, las consecuencias que deriven de la desatención de éste al requerimiento que efectúe la autoridad judicial.

Lo anterior se elaborará con una metodología especialmente práctica, realizando un análisis y estudio de lo dispuesto por parte de los tribunales de justicia sobre las diligencias preliminares y, observando asimismo lo establecido sobre las mismas por la doctrina.

2. Las diligencias preliminares. Concepto y naturaleza

Las diligencias preliminares pueden definirse como una serie de actuaciones que se realizan antes del inicio de un proceso civil, mediante las cuales, una parte solicita a un órgano jurisdiccional distintas actuaciones que tienen como finalidad la preparación de un futuro proceso. Dichas actuaciones, tienen como propósito la obtención de datos, documentos u objetos que resultan imprescindibles para la preparación de la demanda, que, posteriormente, pretende interponerse.

Así, las diligencias preliminares vienen a dar una solución aquellos casos en que los datos necesarios para la fundamentación de la demanda no pueden ser recabados de forma autónoma por el solicitante, sino que éste requiere auxilio del tribunal para poder obtenerlos, bien porque son de imposible consecución o porque se encuentran en poder de un tercero que se niega a entregarlos.¹

Como puede intuirse, en la práctica de las diligencias preliminares concurrirán, en todos los casos, dos partes. En primer lugar, el solicitante o sujeto activo, el cual será el que dirija al tribunal la petición de diligencias preliminares que tienen como objeto la preparación del futuro proceso, en el que, eventualmente podrá constituirse como demandante. Y, en segundo lugar, el requerido o sujeto pasivo, que será aquel al que le corresponderá exhibir u otorgar los datos, documentos u objetos que el sujeto activo haya solicitado en la diligencia preliminar, pudiéndose constituir en el futuro demandado.

Sin embargo, aunque la naturaleza de las diligencias preliminares es la preparación de un futuro proceso, debe advertirse que la presentación de la solicitud no implica la incoación de éste, pues será una vez practicada la diligencia y aportados los datos objeto de la misma cuando el solicitante tendrá que decidir si interpone o no la demanda. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que la naturaleza de las diligencias preliminares no es únicamente preparar el futuro proceso, sino que también es evitar la apertura del mismo, pues dependerá de las actuaciones y datos obtenidos durante el

¹ Ruíz de la Fuente, C. (2011) *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*. (pp. 307-308) Barcelona: Ed. Atelier

transcurso del procedimiento de diligencias preliminares cuando el solicitante decida sobre la posible presentación de la demanda. ²

En conclusión, las diligencias preliminares se configuran como unos actos preprocesales realizados por un sujeto activo que tienen como finalidad preparar o evitar un futuro proceso judicial, constituyéndose una institución procesal autónoma que encuentra su regulación en los artículos 256 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)

3. Distinción con otras instituciones procesales

Es común en nuestra doctrina y jurisprudencia la delimitación de las diligencias preliminares como una institución procesal independiente dentro de nuestro derecho procesal civil. No obstante, la confusión de las diligencias preliminares con otras figuras afines de nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de controversia en reiteradas ocasiones, constituyéndose como objeto de estudio ineludible al abordar las diligencias preliminares. Las figuras afines a las que nos referimos son las medidas cautelares, la anticipación de la prueba, el aseguramiento de la prueba y el *discovery*.

Es aceptado por la doctrina que el origen de dicha confusión viene dado por la anterior regulación que daba nuestra LEC a las diligencias preliminares, pues ésta era considerada una regulación heterogénea e insuficiente dada la falta de rigor sistemático de la misma³. De tal forma, la antigua configuración de las diligencias preliminares y su alusión en ella a elementos más propios de otras figuras procesales, suponían una falta de regulación normativa expresa e independiente, pudiéndose observar en este sentido que el artículo 497 de la antigua LEC hacía referencia a otras instituciones procesales, como por ejemplo a la anticipación de la prueba. ⁴

² Corbal Fernández J.(2014). Diligencias preliminares (arts. 256 a 263). En: Corbal J, Brocá G, Majada A, ed. (23), *Práctica procesal Civil*. (p. 3496) Barcelona: Ed. Bosch

³ De la Oliva, A., Díez-Picazo, I., Vegas, J. (2016). *Curso de derecho procesal civil II, parte especial*. (pp. 39-40) Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

⁴En este sentido, la SAP Zaragoza 473/2001, de 27 de febrero de 2001, estableció que el art. 497 de la ALEC suponía una serie de medidas que se referían al anticipo de la prueba antes del juicio oral.

No obstante, las diligencias preliminares, así como sus figuras afines, presentan una nota en común; su fundamentación en el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, responden a finalidades distintas, pues las diligencias preliminares tienen como objeto la preparación de un ulterior proceso, mientras que sus figuras afines pretenden garantizar su consecución.⁵

En consecuencia, y atendiendo a la práctica de la doctrina mayoritaria, resulta necesario hacer una distinción entre las diligencias preliminares y sus figuras afines; la anticipación y el aseguramiento de la prueba, las medidas cautelares y el *discovery*.

3.1. La prueba anticipada

La anticipación de la prueba, como figura afin a las diligencias preliminares, se encuentra regulada en los artículos 293 y ss. de la LEC como un acto procesal previo al inicio del proceso o al acto del juicio o vista, mediante el cual se practica la celebración de una diligencia de prueba por existir un temor fundado de que no podrá celebrarse en el momento procesal oportuno.

En este sentido, establece el apartado primero del citado artículo que *“previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando 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” (293.1 LEC).*

Así, la prueba anticipada responde a aquellas situaciones en las que existe un peligro fundado a perder la fuente probatoria o algunos de los elementos que la constituyen. Cuestión por la que se le solicita al tribunal la práctica de la misma en un momento previo al plenario, o incluso a la interposición de la demanda, en aras de garantizar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.⁶

⁵ Villar, I. (2013). La práctica de las diligencias de comprobación de hechos en la propiedad industrial y competencia desleal. (Una posible consecuencia probatoria). *Revista general de Derecho Procesal*, 30, p.5.

⁶ Picó i Junoy, J. (2001). La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 7, *La Ley Digital*. <https://bit.ly/36eVUvw>

Lo anterior pone de manifiesto las diferencias existentes entre la anticipación de la prueba y las diligencias preliminares, que las podemos sistematizar de la siguiente forma:

- a) Finalidad de la institución
- b) Carácter de acto procesal
- c) Principio de contradicción

En primer lugar, respecto a su finalidad, debe apuntarse que las diligencias preliminares se configuran como una institución procesal que tiene como objeto preparar un futuro proceso mediante la solicitud de diligencias a los Juzgados de Primera Instancia (en adelante, JPI), para recabar datos que, sin el auxilio de éste, no podrían ser obtenidos por la parte que las solicita. Por el contrario, la anticipación de la prueba no tiene como objeto la preparación del proceso, sino la práctica anticipada de un determinado medio de prueba, el cual ya se encuentra en poder de la parte, por el temor de que ésta no se pueda practicar en el acto de juicio o vista.

Por ello, la diferencia fundamental entre las diligencias preliminares y la prueba anticipada radica tanto en su fundamento como en su finalidad, pues las primeras responden a la obtención de una información, sin la cual no sería posible la presentación de la demanda, mientras que las segundas pretenden llevar a cabo la práctica de una prueba en un momento anterior al acto del juicio con la finalidad de que tenga plena validez y eficacia probatoria porque, si se esperase a éste, dicha prueba seguramente no se podría practicar.⁷ De modo que, mientras el fundamento de las diligencias preliminares es la obtención de unos datos imprescindibles para la preparación del futuro proceso, mediante la actuación del tribunal, la fundamentación de la prueba anticipada se basa en asegurar la práctica de la misma debido al riesgo de que pueda ser destruida y resulte imposible practicarla en la correspondiente fase procesal.⁸

⁷ Castrillo, R. (2018). *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*. (pp.56) Barcelona: Bosch editor.

⁸ De la Oliva Santos, A. “*Curso derecho procesal civil II*”, op. cit. (p. 39) *parte especial*. De igual forma, lo ha establecido la jurisprudencia al afirmar que: “ no deben confundirse las diligencias preliminares con prueba anticipada ya que son dos figuras diferentes, las diligencias preliminares 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, y siendo claro el matiz existente entre ambas figuras procesales, es mucho más la diferencia de estas dos figuras con la carga probatoria del artículo 217 de la LEC, que se desenvuelve dentro del proceso; explicación que se hace en cuanto no se puede utilizar el mecanismo de las diligencias preliminares para una finalidad distinta.” (AAP Valencia 6/2006, de 23 de enero de 2006.)

En referencia al carácter procesal de tales instituciones, debe observarse que la solicitud de diligencias preliminares o su práctica, si ésta es acordada por la autoridad judicial, no suponen la existencia de un acto procesal, sino que por el contrario se trata de actuaciones de carácter preprocesal que no se encuentran inmersas ni forman parte de un proceso, pues en este momento no existe proceso alguno. Ni siquiera la solicitud o práctica de las diligencias preliminares implicarán la futura existencia de un proceso judicial. En cambio, la anticipación de la prueba supone la realización de un verdadero acto procesal que se produce durante el transcurso del mismo o despliega sus efectos en él. En este sentido, la prueba anticipada supone la práctica de un acto intraprocesal sin cuya existencia éste no tendría validez ni sentido alguno.

En último lugar, y atendiendo a la dimensión práctica de las dos figuras contrapuestas, debe apuntarse que las diligencias preliminares pueden ser practicadas en ausencia del requerido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 261 de la LEC, incluso puede que éste no constituya, en el futuro proceso, la parte demandada y deba traerse a un tercero como resultado de la diligencia preliminar.⁹ En cambio, la prueba anticipada, como prueba *per se* de acuerdo con el artículo 289.1 de la LEC, debe practicarse en base al principio de contradicción.¹⁰

3.2. El aseguramiento de la prueba

El aseguramiento de la prueba constituye una institución procesal estrechamente relacionada con la prueba anticipada, expuesta en el apartado anterior. No obstante, la distinción de ésta con las diligencias preliminares se encuentra fundamentalmente en la finalidad de cada una de ellas.

El derecho a la práctica de la prueba, encuentra su origen en el derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, establecido en el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante, CE). Así, resulta lógico que el legislador haya

⁹ Castrillo, “*La preparación del proceso civil*”, op. cit., p. 55.

¹⁰ Así lo establece el artículo 295 de la LEC al disponer que “*cuando la prueba anticipada se solicite y se acuerde practicar antes del inicio del proceso, el que la haya solicitado designará la persona o personas a las que se proponga demandar en su día y serán citadas (...) para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueba de que se trate*”.

introducido en la LEC el aseguramiento de la prueba como un mecanismo encaminado a garantizar la práctica de las diligencias de prueba y a proteger la efectividad de los derechos de las partes. Lo anterior, se infiere del artículo 297.1 de la LEC, el cual dispone que: *“Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla”*. Por ello, la finalidad del aseguramiento de la prueba es proteger o asegurar la fuente de prueba frente a diversas situaciones que pueden suponer un riesgo para la misma.¹¹

En consecuencia, dicha finalidad es sustancialmente distinta a la que persiguen las diligencias preliminares, pues, en primer lugar, el aseguramiento de la prueba protege una fuente de prueba que, de igual forma a la anticipación de la prueba, ya se encuentra en poder de la parte y supone una actividad probatoria y, en segundo lugar, las diligencias preliminares tienen como objeto únicamente preparar un eventual proceso, lo cual supone una actividad meramente preparatoria que no guarda relación alguna con la actividad probatoria en sí misma.

3.3. Las medidas cautelares

Las medidas cautelares encuentran su regulación en los artículos 721 a 747 de la LEC, es decir, se encuentran tras la regulación del proceso de ejecución. No obstante, esta ubicación en la LEC no refleja su realidad práctica, ya que la utilización de esta institución procesal, de igual forma que las diligencias preliminares, se da antes del inicio del proceso o con el inicio del mismo, esto es, en el momento de la presentación de la demanda.

El objeto de las medidas cautelares consiste en la petición de alguna de las partes, bien previamente al inicio del proceso, en su inicio o durante el transcurso del mismo, de adoptar medidas necesarias para *“asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera*

¹¹ Gimeno Sendra, V. (2012) *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General* (pp 365). Madrid: Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.

*otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare” (721.1 LEC), convirtiéndose así en una medida limitadora de los derechos del demandado.*¹²

Así, podemos observar que la finalidad de las medidas cautelares radica en el aseguramiento de la efectividad de una sentencia estimatoria (art. 726 LEC), la cual no puede ser confundida con la de las diligencias preliminares, pues en estas no se protege la ejecutoriedad de una eventual sentencia, sino la necesidad de que las partes preparen, con auxilio del juez, la celebración o no, de un eventual proceso.

Por último, debe apuntarse que tanto en las diligencias preliminares como en las medidas cautelares se prevé la obligación de prestar caución para que éstas sean admitidas. Pero en las segundas, a diferencia de en las diligencias preliminares, el demandado puede prestar caución sustitutoria para que éstas no sean acordadas (art. 746 y 747 LEC)¹³.

3.4. El Discovery

Habida cuenta de que nos encontramos en un mundo globalizado en que confluyen y se relacionan distintos ordenamientos jurídicos con características y particularidades propias y, dado que a los tribunales españoles no les resulta extraña la recepción de peticiones internacionales de *discovery*, ya sea por la práctica cada vez más frecuente de métodos de resolución de conflictos alternativos, y en particular el arbitraje internacional, o por la simple existencia de relaciones jurídicas internacionales sujetas a controversia. Resulta necesario, dada la relación que guarda con las diligencias preliminares, hacer una breve referencia a esta institución procesal y establecer sus similitudes y diferencias con las diligencias preliminares del proceso civil.

El *discovery* es, junto con las *class-actions*, una de los medios más utilizados en los países del *common law*, y en concreto del sistema de Derecho Procesal de los Estados Unidos.

¹² Montero Aroca, J. (2009). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. (pp 713). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

¹³ Pérez Benítez, J.J. (2006). Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada. (pp.1-5) *Diario la ley*, 6598

Su utilización es generalizada, pero es en dicho país, donde supone una figura básica en la práctica para la preparación de un ulterior proceso.¹⁴

Dicha institución, supone un verdadero procedimiento para la preparación de un proceso civil, mediante la recopilación, por cada una de las partes, de los indicios y pruebas materiales que le pueden ser favorables o desfavorables en el ulterior proceso o de aquellas que le son necesarias para la propia incoación del mismo.¹⁵ Así, la finalidad del *discovery*, no únicamente es la de preparar el futuro proceso, sino que también consiste en conocer, de forma previa al inicio del mismo, las pruebas con las que cuenta la parte contraria, con el fin de realizar un análisis sobre las posibilidades de obtener una eventual sentencia estimatoria.¹⁶

En consecuencia, podemos observar que tanto el *discovery* como las diligencias preliminares, suponen mecanismos a través de los cuales las partes de un eventual proceso realizan actos de investigación pre-procesales encaminados a la preparación del juicio.

No obstante, la principal diferencia entre las diligencias preliminares y el *discovery* viene dada en que las primeras, cuentan con la auctoritas del tribunal y se practican ante el mismo, mientras que las segundas, son actos extrajudiciales realizados únicamente por las partes sin que, en ningún caso, medie auxilio judicial.

4. Interpretación del carácter de las diligencias preliminares

El artículo 256 de la LEC tiene como rúbrica las “clases de diligencias preliminares y su solicitud”, en el cual, en su primer apartado, enumera una serie de diligencias preliminares que pueden ser adoptadas por el juez previa solicitud del futuro demandante. No obstante, en relación a dicha enumeración se ha suscitado otro de los debates más frecuentes en nuestra doctrina y jurisprudencia y, a mi juicio, uno de los que más trascendencia práctica

¹⁴ Gual Grau, C. (2011). Breves apuntes sobre el Discovery, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* <https://bit.ly/2zQdV7p>

¹⁵ Esteban de la Rosa, G. (2014): Prueba Judicial y Práctica del Discovery en la Unión Europea, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. <https://bit.ly/2Xco06z>

¹⁶ Strong, S.I., Fach Gómez, K. y Carballo Piñeiro, L. (2016), *Derecho comparado para abogados anglosajones e hispanoparlantes*, (p. 82). Northampton: Ed. Edward Elgar

conlleva, no únicamente desde un punto de vista puramente procesal, sino también desde una perspectiva constitucional.

En efecto, nos referimos al carácter *numerus clausus* o *numerus apertus* que tienen las diligencias preliminares del proceso civil. Es decir, si se trata de una lista cerrada en la que los justiciables únicamente pueden solicitar aquellas previstas en la ley, o si, por el contrario, nos encontramos ante una lista abierta, susceptible de una interpretación flexible y extensible que les permitiría solicitar otras no incluidas en la propia norma.

4.1. Interpretación restrictiva. La postura del *numerus clausus*

En primer lugar, debe hacerse una aproximación a la evolución legislativa sobre el carácter interpretativo de las diligencias preliminares. La antigua regulación de las diligencias preliminares en la LEC de 1881 establecía en su artículo 497, previo al catálogo de las diligencias a adoptar, lo siguiente: *“el juez accederá en cualquiera de estos casos a la pretensión si estimare justa la causa en que se funde. No estando comprendidos en ellos, la rechazará de oficio”*.

Así, a diferencia de lo que ocurre con la LEC vigente, se establecía con claridad que se trataba de un *numerus clausus*, exento de una interpretación flexible y extendida que permitiese acordar diligencias no incluidas en la norma. No obstante, una vez reformada la LEC, y ampliada sustancialmente la lista de diligencias preliminares, no se estableció disposición normativa alguna que hiciese referencia al carácter restrictivo de éstas, más allá de lo contenido en la exposición de motivos de la citada norma sobre las diligencias preliminares, la cual estableció lo siguiente: *“La presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso (...) ampliándose las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas”*, observándose así una interpretación restrictiva de la institución.

De igual forma, en la doctrina, Montero Aroca ha sostenido el carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares, afirmando que nos encontramos frente a una lista limitada, que no cabe aumentar con diligencias preliminares que, aun siendo útiles para la

preparación del proceso, no se encuentre establecidas en artículo 256.1 de la LEC¹⁷. Por su parte, la jurisprudencia viene estableciendo que solo pueden solicitarse aquellas diligencias preliminares establecidas en una norma con rango de ley, como pueden ser las incluidas en este precepto legal o aquellas previstas en una norma especial, siempre y cuando guarden relación con la finalidad que estas persiguen (entre otras, AAP de Tarragona nº975/2008 de 24 de septiembre; AAP de Castellón nº 558/2007, de 7 de diciembre; AAP de Barcelona nº 203/2008, de 17 de octubre)

En este sentido, debe observarse lo expuesto en el Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002, que, dada su claridad, es necesario reproducirlo aquí. Así, este estableció 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 análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales, en sus 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 nuestra nueva Ley, pues, aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así. [...] 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. Y si este carácter de *numerus clausus* no impide de suyo la solicitud de cualesquiera diligencias que los peticionarios reputen conducente o conveniente interesar con precedencia al inicio de un proceso jurisdiccional, no permite sin embargo acceder a la práctica de aquellas que ni se encuentren específicamente previstas, ni resulten necesarias de acuerdo con la disciplina legal al existir otros medios por los cuales el peticionario pueda obtener, sin demérito alguno, la información que ambiciona”¹⁸.

En consecuencia, y atendiendo a lo anteriormente expuesto, puede concluirse que tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan mayoritariamente por un carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares, el cual fundamentan en una interpretación literal

¹⁷ Montero Aroca, “*Derecho Jurisdiccional II.*”, op. cit. p 186.

¹⁸ ATS 11 de noviembre de 2002. Recurso nº 20/2002

de la norma y en la seguridad jurídica que se vería menoscabada al adoptar medidas no previstas en la ley.¹⁹

4.2. Interpretación flexible. La postura del *numerus apertus*

Ahora bien, existe una parte de la doctrina judicial— en concreto, determinadas Audiencias Provinciales – que abogan por una interpretación *numerus apertus* de las diligencias preliminares, la cual puede fundarse principalmente en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art.24 CE).

No obstante, el derecho de acceso al proceso no sería el único argumento para sustentar una interpretación flexible de las diligencias preliminares. Así, debe tenerse en cuenta que el catálogo de diligencias preliminares no comprende – ni puede pretender hacerlo – la casuística que puede darse en un determinado proceso civil. Ni existe prohibición normativa alguna que limite la adopción de éstas, a diferencia de lo que ocurría con la ya derogada LEC de 1881, pues piénsese que lo dispuesto sobre éstas en la exposición de motivos anteriormente citada no es de imperativa aplicación.

Por otro lado, el fundamento de su carácter de *numerus apertus*, no sólo podemos encontrarlo en la doctrina de alguno de nuestros tribunales, la cual será expuesta posteriormente, sino que también debe tenerse en cuenta la diligencia preliminar prevista para consumidores y usuarios en la LEC. En efecto, dispone el artículo 256.1.6 de la LEC que “*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*”. Es decir, el juez podrá adoptar todas aquellas diligencias que considere necesarias, aunque éstas no estén comprendidas en el catálogo de diligencias a adoptar.

Así, si se analiza el tenor literal de esta diligencia, ya no únicamente puede observarse su carácter de *numerus apertus*, sino que la configuración que esta diligencia realiza, supone una mera habilitación al juez para adoptar medidas no previstas expresamente en la norma

¹⁹ AAP Asturias nº 88/2002, de 28 de junio 2002

que, incluso en algunos casos, pueden llegar a ser indeterminadas, contradiciendo la propia exposición de motivos de la norma.

En cuanto a la jurisprudencia partidaria de una interpretación flexible, ésta ha venido afirmando que la finalidad de las diligencias preliminares es proporcionar los datos necesarios al solicitante para la fundamentación de la futura demanda, con el objeto de evaluar la interposición o no de la misma y, siempre que ésta se encuentre amparada en derecho, no cabe limitar las diligencias preliminares que se podrían adoptar, pues de lo contrario, conllevaría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante, posicionándolo en una situación desfavorable frente a la parte que se niega a proporcionar los datos que le son necesarios para la preparación del proceso. También, han considerado que la enumeración prevista en el artículo 256.1 de la LEC supone una enumeración escasa, prevista para los casos más usuales; afirmando que debe ser ampliada a todos aquellos supuestos en los que el solicitante necesite el auxilio del tribunal, en aplicación de las normas de interpretación establecidas en los artículos 3 y 4 del Código Civil (en adelante, CC).²⁰

Así, podemos observar como la doctrina partidaria del *numerus apertus*, sostiene la necesidad de aplicar unos criterios sistemáticos y finalistas, en base a las normas de interpretación contenidas en el Código Civil, para así proteger la finalidad propia de la institución, sin que la no inclusión de determinadas diligencias en la LEC pueda suponer un detrimento de los derechos del futuro demandante en el momento de su solicitud.

En consecuencia y en vista de todo lo anterior, el debate sobre el carácter de *numerus clausus* o *apertus* de las diligencias preliminares, supone, a mi juicio, una cuestión que debe ser resuelta mediante la modificación de la propia configuración de las diligencias preliminares. Pues, la no adopción de éstas por parte de los tribunales por no estar expresamente previstas en el artículo 256 de la LEC, en aquellos casos en que concurran

²⁰ Entre otras, SAP de Burgos nº 98/2001, de 21 de febrero y AAP de Navarra de 23 de octubre. En concreto, el AAP de Madrid nº 132/2005, de 20 de mayo de 2005, estableció que: “la necesidad de interpretar extensivamente los supuestos que contempla la LEC 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.”

los requisitos de finalidad, causa e interés legítimo, supone primar una interpretación formalista de la norma, basándose fundamentalmente en el tenor literal de la norma – pues no hay prohibición alguna a su flexibilidad – sin tener en cuenta que estamos frente al derecho constitucional de acceso al proceso, por lo que una interpretación excesivamente legalista, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que las solicita.

5. Requisitos para la admisibilidad de la solicitud

Como se ha podido observar, la regulación que realiza la LEC sobre las diligencias preliminares y la falta de jurisprudencia sobre las mismas suponen una carencia de criterios materiales e interpretativos que tienen como consecuencia un desuso de la institución procesal por parte de los operadores jurídicos.

De igual forma ocurre con los requisitos para la admisibilidad de las diligencias preliminares, los cuales se encuentran regulados en el artículo 258 de la LEC, pues éstos adolecen de una adecuada previsión legislativa de presupuestos materiales que toda solicitud de diligencias preliminares debe cumplir, al margen de los meramente procesales.

El artículo 258.1 de la LEC dispone que *“si el tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas”*. Por tanto, podemos extraer que los presupuestos materiales que toda diligencia preliminar debe cumplir son; adecuación a la finalidad que el solicitante persigue, concurrencia de justa causa e interés legítimo y la prestación de caución.²¹

²¹ Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en el AAP de Barcelona nº354/2005, de 13 de diciembre de 2005, cuando apunta que “para su adopción, son necesarios una serie de presupuestos: A) procesales (...) B) materiales: 1) Adecuación de la diligencia solicitada (de las legalmente previstas, es decir, solo pueden pedirse y acordarse éstas) a la situación judicial y al objeto del futuro pleito (art.256.2 LEC), y por ello, a la finalidad de las diligencias y a las circunstancias del caso concreto. 2) Justa causa, ex art.258 LEC (no pueden servir de instrumento de presión, ni para preconstituir prueba sobre el debate del futuro pleito, sino para “preparar” el juicio, facilitando a las partes datos para poder ejercitar su derecho a la tutela judicial). 3) Ofrecimiento de prestación de caución (art.256.3 LEC).” De igual forma lo dispone el AAP de Salamanca nº26/2012, de 29 de febrero de 2012, al establecer que “el artículo 258 impone tres requisitos:

5.1. Adecuación a la finalidad que el solicitante persigue

Las diligencias preliminares, como ya ha sido expuesto, tienen como objeto la preparación de un proceso ulterior, bien para instarlo posteriormente o para evitarlo, pues ello dependerá del resultado obtenido en las diligencias practicadas. Por ello, y atendiendo a este carácter instrumental de las diligencias preliminares, resulta necesario, de acuerdo con el art. 258.1 de la LEC, una adecuación y conexidad entre la diligencia solicitada y el futuro proceso, es decir, si ésta es útil para la preparación del mismo.

Así, el tribunal deberá realizar un juicio de proporcionalidad y adecuación entre la diligencia solicitada y el proceso que se pretende instar. Identificando, el solicitante, la diligencia – las establecidas en el artículo 256 LEC – y la pretensión que persigue, exponiendo al tribunal las circunstancias concretas del futuro proceso, con el objeto de que éste pueda determinar la utilidad de la diligencia solicitada. Es importante destacar, que la LEC no establece explícitamente la obligatoriedad de que el solicitante indique al tribunal las pretensiones que pretende ejercitar, sino que es un requisito de construcción jurisprudencial, el cual deriva de la obligatoriedad de referenciar las circunstancias del caso concreto.²²

En cuanto a la identificación de las pretensiones del solicitante, debe apuntarse que no es suficiente indicar al tribunal que se pretenden ejercer acciones legales contra el requerido en un ulterior proceso, sino que deberán indicarse las razones de hecho y de derecho que motivan tales pretensiones sin que, en ningún caso, puedan utilizarse expresiones vagas e imprecisas, pues éstas no permiten constatar la finalidad que se persigue.²³

uno de carácter subjetivo, el “interés legítimo” – que, aun hallándose *expressis verbis* puntualizado en relación con “la solicitud”, se ha de entender rectamente referido al peticionario – ; y dos de índole objetiva: a) la “justa causa”, esto es, la justificación para la preparación del eventual proceso; y, b) la “adecuación” o perfecta correspondencia de la diligencia solicitada con “... la finalidad que el solicitante persigue”. Y ésta no puede ser otra que la expresada por el propio artículo 256 LEC: preparar un proceso”

²² Castrillo, “*La preparación del proceso civil*”, cit., p. 114. En este sentido, la AP de Sevilla en su auto nº346/2003, de 13 de mayo, afirmó que, el solicitante, dado el carácter preparatorio de las diligencias preliminares, debía identificar las circunstancias del futuro proceso “ para decidir si están justificadas y son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue y que concurre justa 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 quién se propone dirigir la futura demanda.”

²³ AAP de Sevilla nº346/2003, de 13 de mayo de 2004.

No obstante, distinto es el caso en el que solicitante no conoce aún la pretensión que pretende ejercitar, sino que ésta depende del resultado de la diligencia preliminar que solicita. Pues piénsese en el supuesto de que una parte no conozca con exactitud los fundamentos de hecho y derecho que quiere hacer valer contra el demandado y se sirva de las diligencias preliminares para obtener los datos que le son necesarios para concretarlos y ejercitarlos. En estos casos, no resultaría necesario una concreción exhaustiva de la pretensión²⁴, aunque debe apuntarse que ello puede dar lugar a la práctica de diligencias preliminares poco eficaces e innecesarias, que pueden producir un perjuicio en la parte que se ve obligada a llevarlas a cabo sin conocer con exactitud su justificación.²⁵

En definitiva, la adecuación a la finalidad perseguida debe venir dada por la funcionalidad e instrumentalidad de la diligencia solicitada frente al futuro proceso que pretende incoarse, indicando, la parte solicitante, las pretensiones que se harán valer sobre la otra parte en el pleito ulterior y el motivo de dicha solicitud.

5.2. La concurrencia de justa causa e interés legítimo

La concurrencia de los requisitos de justa causa e interés legítimo como presupuestos materiales indispensables para la adopción de una diligencia preliminar solicitada, se exige en el apartado primero del artículo 258 de la LEC.

Sin embargo, la LEC no ha establecido un concepto determinado de lo que debe entenderse por justa causa e interés legítimo en relación a las diligencias preliminares. Cuestión ésta, que nos obliga acudir a la jurisprudencia y doctrina para la determinación y concreción de tales conceptos.

Por una lado, la doctrina ha venido estableciendo que debe entenderse por justa causa e interés legítimo, la necesidad del solicitante de obtener datos mediante el auxilio judicial, que, de no ser por éste, no los podría obtener, todo ello con el objeto de preparar el futuro

²⁴ En este sentido, el AAP de las Palmas, nº 66/2011 de 28 de abril ha establecido que *“Aún cuando no resulte exigible un grado extremo de precisión (...) 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”*

²⁵ AAP de Granada nº 223/2001, de 18 de octubre de 2001.

proceso.²⁶ Por otro lado, la jurisprudencia ha establecido de manera clara e inequívoca, que la justa causa es la necesidad del solicitante de obtener un auxilio judicial para tener acceso a los datos que precisa, en aquellos casos en los que no exista otro medio para la obtención de los mismos o en los que su obtención resulte tediosa o del todo imposible, dada la negativa o resistencia a entregarlos del futuro demandado.²⁷

No obstante, debe apuntarse que en el caso de que los datos a obtener por la parte que solicita la diligencia preliminar se encuentren en un registro público o cuya obtención deba seguir los cauces de un procedimiento específico, no concurrirá justa causa²⁸ y, por consiguiente, deberá inadmitirse la solicitud de diligencia preliminar, conforme al artículo 258.2 LEC.

Asimismo, el interés legítimo que debe concurrir se encuentra íntimamente relacionado con la condición de parte procesal legítima prevista en el artículo 10 de la LEC, el cual dispone que *“serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*. Por lo que la parte solicitante debe ser, además, titular de la relación jurídica litigiosa que, posteriormente a la práctica de las diligencias preliminares, constituirá el objeto del futuro proceso.

En consecuencia, sólo concurrirá justa causa e interés legítimo, cuando la parte solicitante tenga la condición de legitimación activa en el futuro proceso y cuya solicitud de diligencias preliminares tenga como objeto la obtención de datos esenciales y necesarios para el ulterior pleito y estos no puedan ser obtenidos por la parte sin la ayuda del tribunal.

5.3. Caución

La regulación de la caución en sede de diligencias preliminares viene establecida en los artículos 256.3, 258.3 y 262 de la LEC. En primer lugar, observaremos lo dispuesto en la exposición de motivos del mismo cuerpo legal. Señala el apartado X de la Exposición de Motivos de la LEC que: *“Buscando un equilibrio equitativo, se exige al solicitante de las*

²⁶ Bellido Penadés, R. Y Ortells Ramos, M.: *Introducción. Finalidad y técnicas de delimitación de las diligencias preliminares*. <https://bit.ly/2yhx6qp>

²⁷ AAP de Tarragona nº 639/2008, de 24 de septiembre de 2008

²⁸ AAP de Cádiz nº 11/2005, de 8 de abril de 2005.

medidas preliminares una caución para compensar los gastos, daños y perjuicios que se pueda ocasionar a los sujetos pasivos de aquéllas, con la particularidad de que el mismo tribunal competente para las medidas decidirá sumariamente sobre el destino de la caución”.

De tal forma, la prestación de la caución cumple una doble función, pues no se configura únicamente como una indemnización para el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a la parte que debe realizarlas, sino que también como una medida disuasoria para la solicitud de diligencias preliminares injustificadas e innecesarias. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales indicando el doble carácter indemnizatorio y sancionador de la caución en sede de diligencias preliminares. Así, han venido estableciendo que la caución, tiene como objeto cubrir los gastos, y daños y perjuicios que se pudieran causar a la parte con motivo de la práctica de las diligencias preliminares y, además cumple una función disuasoria mediante la cual se evita la presentación de solicitudes poco fundadas o que persigan una finalidad distinta a la preparación del proceso.²⁹

Una vez vista esta doble finalidad de la caución, nos centraremos en su funcionalidad como medida indemnizatoria y su prestación efectiva. Realizando, posteriormente, un breve análisis sobre su obligatoriedad en el caso de que el solicitante sea beneficiario de asistencia jurídica gratuita, en aplicación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

5.3.1. La caución como indemnización por gastos, daños y perjuicios

La ley prevé expresamente 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” de ahí que “al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar” (256.5 LEC)*

²⁹Como fundamento de ello, observamos el AAP de Baleares nº 53/2017, de 20 de febrero 2017 que estableció que: “ la caución, exigida con carácter general en todos los supuestos en los que se solicitan y que suponen una novedad en relación a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cumple una doble función, de garantía de abono de los gastos que se ocasión y de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran derivar de las diligencias (artículo 262.1), y una finalidad disuasoria de peticiones poco fundadas (...) tratándose, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, de una norma sancionadora que tiene a evitar que pueda acudirse a las diligencias preliminares con fines distintos a la preparación de un proceso.”

En consecuencia, se puede extraer que la finalidad de la caución en relación con el sujeto pasivo de la diligencia es la de cubrir los gastos que se le han ocasionado por llevar a término éstas, y la de cubrir los daños y perjuicios generados. No obstante, debe apuntarse que la caución únicamente cubre aquellos perjuicios económicos que se hubiesen producido por la práctica de la diligencia preliminar, no por las actuaciones posteriores que se puedan realizar con los datos obtenidos.³⁰ Es decir, lo que la caución viene a indemnizar son los gastos, daños y perjuicios que puedan ocasionar a la parte pasiva por el mero hecho de responder a esa diligencia, no a la ulterior utilización de dicha información; supuesto que resulta frecuente en el ámbito de las diligencias preliminares en procesos de propiedad industrial y competencia desleal.³¹

Así pues, resulta necesario determinar los conceptos que deben ser resarcidos por la caución, es decir, qué conceptos constituyen gastos y, daños y perjuicios.

Respecto a los gastos, la jurisprudencia ha manifestado que “el criterio general a tomar en consideración es que no se trata de satisfacer costas procesales sino gastos ocasionados con ocasión de un proceso judicial que es preparatorio de otro principal. Por tanto, únicamente deberá satisfacerse el gasto que cumpla con cuatro condiciones:

1. Que respondan al criterio de necesidad, es decir, que se trate de gastos producidos con ocasión de las diligencias preliminares, de modo tal que sin efectuarlos no hubiera podido intervenir en ellas
2. Que respondan al criterio de oportunidad, es decir, que se trate de gastos justificados
3. Que respondan al criterio de causalidad, es decir, que se hayan producido no sólo con ocasión de las diligencias preliminares sino forma directa e inmediata con ocasión de las mismas
4. Que respondan al criterio de menor gravosidad, es decir, que se trate de gastos que no sean susceptibles de sustitución por otros igualmente conducentes a la

³⁰ Villar Fuentes, I., (2014). *Las Diligencias Preliminares De Los Procesos De Propiedad Industrial Y Competencia Desleal*. (p.146) Valencia: Tirant lo Blanch

³¹En el mismo sentido se ha manifestado la AP de Madrid en su auto nº 101/2007, 13 de abril de 2007, el cual ha venido estableciendo que “la caución tiene la finalidad de cubrir tanto los gastos que se ocasionaron a las personas que hubieron de intervenir en las diligencias como los daños y perjuicios que se pudieron irrogar a las mismas (...) lo que implica la precisa producción de tales fastos o de dichos daños y perjuicios”

parte a intervenir en tales diligencias, hábiles por tanto a la necesidad para la que se retribuyen, pero menos gravosos u onerosos”³².

Y, en cuanto a los daños y perjuicios, la doctrina ha establecido que, serán aquellos que la parte pasiva haya sufrido como intervención en las diligencias, dentro de los cuales se engloban los conceptos clásicos de *daño emergente*, esto es, “el perjuicio ocasionado por la pérdida o deterioro de bienes o derechos que se entraban incorporados al patrimonio de su titular”³³ y *lucro cesante*³⁴, entendido éste como el “daño producido por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos en el patrimonio del perjudicado, que se ve privado de beneficios que hubiera obtenido de no haberse producido un evento lesivo”³⁵

En definitiva, lo que se pretende con la caución es compensar los gastos y daños y perjuicios que se han irrogado al sujeto pasivo por el mero hecho de comparecer y practicar la diligencia acordada por el tribunal; siendo, éste último el que decidirá el cuáles son resarcibles,³⁶ cuestión, que será abordada, junto con la determinación de la caución, en el apartado siguiente.

5.3.2. La prestación efectiva de la caución y su pérdida

El artículo 258.1 de la LEC dispone que “*si el tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse*”. De tal forma, es el Tribunal el que debe fijar la caución en el auto que acuerde las diligencias preliminares especificando su modalidad³⁷, hecho que se desprende del tenor literal del apartado segundo y tercero del citado artículo.

³² AAP de Alicante nº 48/2015, de 4 de junio de 2015

³³ Villar Fuentes, “*Las Diligencias*” op. cit. p.153.

³⁴ Diccionario del español jurídico - Real Academia Española. (2020) *Definición De Daño Emergente - Diccionario Del Español Jurídico - RAE*. Recuperado en: <https://dej.rae.es/lema/daño-emergente>

³⁵ Diccionario del español jurídico - Real Academia Española. (2020) *Definición De Lucro Cesante - Diccionario Del Español Jurídico - RAE*. Recuperado en: <https://dej.rae.es/lema/lucro-cesante>

³⁶ Martínez del Toro, S., (2019) *Diligencias Preliminares. Análisis Jurisprudencial. El Derecho*. <https://elderecho.com/diligencias-preliminares-analisis-jurisprudencial>

³⁷ Tal y como establece el AAP de Sevilla (sección 5.ª), de 5 de diciembre de 2003: “Es el juez el que debe señalar la cuantía de la caución para garantizar los gastos que se ocasionen y los daños y perjuicios que se pudieran irrogar. Una vez señalada por el juez la cuantía de la caución, la parte la prestará en cualquiera de las formas que permite el artículo 64 de la LEC, si le interesa constituirla”.

En cuanto al plazo de constitución de la caución, ésta deberá prestarse en el plazo de tres días a contar desde la fecha en que se dicte el auto, en las formas previstas en el artículo 64.2 *in fine* de la LEC (dinero efectivo o aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio idóneo) y, de no prestarse, se procederá al archivo definitivo de las actuaciones (art.258.3 LEC) sin que se halle previsto un plazo de subsanación a requerimiento del órgano judicial.

Pese a ello, los tribunales, apartándose del tenor literal de la norma, han adoptado una postura más flexible, otorgando al solicitante un plazo de subsanación para la consignación de la caución. Así se desprende, por ejemplo, del AAP de Castellón (sección 3ª), de 4 de noviembre de 2008, el cual estima que “el archivo de las diligencias por tal motivo supondría una consecuencia desproporcionada y por ello lesiva de la tutela judicial efectiva que proclama el art.24 de la Constitución”.

Lo anterior es debido al cómputo de plazo establecido en artículo 258.3 LEC, el cual ha sido objeto de diversas críticas por la doctrina. Pues este establece, que la caución deberá prestarse tres días después a la fecha en la que se dicte el auto, y no desde el día en que éste se notifique; cuestión, que a mi juicio, resulta completamente errónea pues no es hasta dicha notificación cuando el solicitante conoce el contenido del auto.³⁸

Una vez consignada la caución e iniciada la diligencia preliminar solicitada, la pérdida de la caución dependerá del desarrollo de esta. Así, si la práctica de las diligencias no supone gasto alguno ni produce daños y perjuicios al sujeto pasivo, la caución deberá reintegrarse a la parte solicitante³⁹ o, en el caso de que la caución consignada sea superior a la que deba indemnizarse, deberá restituirse el remanente. En caso contrario, ésta deberá ser aplicada a los gastos y, daños y perjuicios de la parte pasiva, conforme a los criterios establecidos en el apartado anterior.

³⁸De igual forma, Sande Mayo, M.J, en su artículo Particularidades *De La Diligencia Preliminar Regulada En El Artículo 256.1.6 LEC.*(2017) , apuntó que ““el diez a quo debería haber sido fijado en el siguiente día a la notificación de la resolución al solicitante y no, como por el contrario se ha hecho, “desde el día en que se dicte el auto”, pues, hasta su notificación, el solicitante es desconocedor del sentido mismo del fallo”

³⁹ En este sentido, se pronuncia la SAP de Cáceres (Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2012, en la que comparte el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia de reintegrar la caución al solicitante, argumentando que “esta Sala no comparte que la mera dispensación de los datos requeridos en las diligencias preliminares haya ocasionado daño o perjuicio alguno a la entidad que, por otro lado, tenía los datos en su poder, al punto de facilitarlos al órgano judicial”.

No obstante, en los casos en que proceda la devolución de la caución, ésta viene condicionada a que el solicitante, una vez practicadas las diligencias preliminares, inicie el proceso para cuya preparación se solicitaron. En efecto, dispone el artículo 256.3 LEC que *“la caución se perderá (...) si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal”*.

Aún lo dispuesto en el artículo 256.3 LEC, el cual, dada su configuración, supedita la devolución de la caución a la presentación de la demanda. Los tribunales han venido haciendo una interpretación a *contrario sensu* de lo establecido en el mismo. Éstos, han considerado que la obligación establecida en el apartado 3º del artículo 256.3 de la LEC, no puede suponer atribuir al Tribunal la facultad discrecional sobre si existen causas justas para no presentar la demanda. Ya que son las partes las que deben decidir si ejercer o no sus pretensiones. De lo contrario, se estaría vulnerando el principio dispositivo que rige en nuestro derecho procesal civil.⁴⁰

Por consiguiente, debe afirmarse que la pérdida de la caución a favor del sujeto pasivo se encuentra condicionada a los daños y perjuicios que este sufra, sin que la presentación o no de la demanda, en los casos justificados, pueda influir en el destino que deba darse a ésta, dado que acordar la pérdida automática alteraría la finalidad de la caución, dándole una función más propia de depósito o sanción civil que de fianza, máxime cuando la LEC no prevé debate contradictorio para la determinación de la misma, dejándola al arbitrio del tribunal.

⁴⁰ Así, podemos observar como en el AAP de Barcelona nº81/2008, de 28 de mayo de 2008, se estableció que *“el artículo 256.3 LEC, no 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 (...) 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 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 (3º) 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 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”*.

5.3.3. La prestación de caución por el solicitante beneficiario de asistencia jurídica gratuita

Al comienzo de este apartado, se ha indicado la obligatoriedad de la prestación de caución como requisito indispensable para la adopción de diligencias preliminares. No obstante, debe cuestionarse si dicha obligatoriedad se mantiene para aquel solicitante que es beneficiario de asistencia jurídica gratuita, en aras de garantizar el acceso a las diligencias preliminares y, por ende, a la justicia.

El artículo 119 de la CE establece el derecho a la asistencia jurídica gratuita para aquellas personas que, privadas de recursos económicos suficientes, puedan litigar ante los tribunales de justicia sin que su situación económica vulnere su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Así, dispone dicho precepto que: *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*.

El desarrollo legislativo de este precepto, lo encontramos en la Ley 1/996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG), la cual supone una norma aplicable a todos litigantes independientemente del órgano jurisdiccional en el que se encuentren y, en diversos artículos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)⁴¹. No obstante, en el sentido que aquí interesa, nos centraremos en el contenido material de la LAJG y, en concreto, en su artículo 6.5, el cual dispone que los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita tendrán *“exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos”*. Pues, la LAJG no contiene disposición alguna sobre la dispensa de caución en sede de diligencias preliminares y, la doctrina aplicable a estos casos ha sido la expuesta para la caución en las medidas cautelares.

A pesar de lo comentado previamente, esto no ha supuesto que no se presenten solicitudes de exoneración de caución, sino al contrario, los operadores jurídicos la han venido solicitando amparándose en una interpretación analógica del citado artículo, aunque esta no ha sido admitida por los tribunales ni por la doctrina mayoritaria. Éstos, han

⁴¹ Véase los artículos 20.2 y 545.2 LOPJ.

considerado que la dispensa que realiza el artículo 6.5 de la LAGJ, sobre el pago de los depósitos para recurrir no puede extenderse a la caución, ya que responden a finalidades distintas. Pues, mientras que la finalidad de los depósitos para recurrir es la de evitar la interposición de recursos sin fundamento, la de la caución, es la de abonar los gastos que se ocasionen a la parte.⁴² Afirmándose incluso, que “eximir a la parte actora de pagar la caución sería una expropiación del derecho del demandado a la indemnización por daños y perjuicios causados”⁴³.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en concreto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 202/1987, de 17 de diciembre, estableció que “la norma que exige la caución y la norma que exime de abonar los depósitos necesarias para la interposición del recurso prevén situaciones de hecho dispares” y, “eximir de fianza al demandante, aplicando el art.30 LEC⁴⁴, por analogía, con todo lo que este método de integración normativa tiene de excepcional o, en el mejor de los casos, de subsidiario (art.4.1 CC), sería ir más allá de lo que la tutela judicial postula (art.24 CE)”⁴⁵.

Es por ello que la no exoneración de caución a los solicitantes beneficiarios de asistencia jurídica gratuita resulta una cuestión poco discutida por la doctrina y los tribunales, debido a la falta de legislación específica que permita eximir del pago a los mismos y, a la imposibilidad de realizar una interpretación analógica del art.6.5 LAJG

No obstante, y a mi juicio, en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva que debe inspirar toda norma relacionada con el acceso a la justicia y, el principio *pro actione*, los tribunales deberían permitir una aplicación analógica del artículo 6.5 de la LAJG y eximir

⁴² Pastor Álvarez, J., La Adopción De Medidas Cautelares En El Proceso Civil Y La Asistencia Jurídica Gratuita. *Lawreview.elsa-spain.org*. <https://bit.ly/2Xfem30>

⁴³ Pérez Daudí, V., (2012). *Las Medidas Cautelares En El Proceso Civil*. Barcelona: Atelier.

⁴⁴ El artículo 30 de la ya derogada LEC, preveía lo dispuesto en el actual artículo 6.5 de la LAGJ.

⁴⁵ Asimismo, son numerosas las resoluciones de las Audiencias Provinciales aplicando lo anterior a las diligencias preliminares. Por ejemplo el AAP de Sevilla nº26/2012, del 8 de febrero, estableció que “en cualquier caso el artículo 6.5 de la Ley sobre Asistencia Jurídica Gratuita hace sólo referencia a los depósitos para recurrir y no cabe aplicarla por analogía al caso de autos por cuanto no se trata de una cantidad destinada a cubrir gastos judiciales, ni siquiera a prevenir el uso abusivo de los procedimientos jurisdiccionales, sino a garantizar los gastos y daños y perjuicios que se pudieran irrogar a los que hayan de intervenir en las diligencias. En este sentido, lo único que cabe exigir para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva es que se trate de una cantidad proporcionada a esos posibles gastos y perjuicios pero que no haga imposible en la práctica el acceso a la tutela judicial efectiva. Lo contrario, sería otorgar el derecho a los que son beneficiarios del derecho de justicia gratuita carta blanca para irrogar gastos, daños y perjuicios a terceras personas sin tener que responder de los mismos”

al solicitante de prestar caución, pues de lo contrario, ya no únicamente se limita el acceso a las diligencias preliminares, sino que también se restringe el acceso a la justicia de los que se encuentran en una situación económica desfavorable.

6. Clases de diligencias preliminares

Una vez definidas las cuestiones generales y esenciales de las diligencias preliminares previstas en la LEC para la preparación de un futuro proceso civil, en este apartado abordaremos las distintas diligencias preliminares contenidas en el artículo 256.1 LEC.

Sin embargo, y atendiendo a la limitación de extensión del presente trabajo, nos centraremos particularmente en la declaración o exhibición documental sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación de la persona contra la que se dirigirá la demanda (art.256.1.1 LEC) y, la exhibición y entrega de historia clínica (art.256.1.5 bis LEC)

6.1. Declaración o exhibición documental sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación de la persona contra la que se dirigirá la demanda (art.256.1.1 LEC)

En el proceso civil le corresponde a cada una de las partes y, en particular al demandante, la observancia de los presupuestos procesales necesarios e indispensables para obtener una resolución judicial acorde a las pretensiones que ejercita. Así, la diligencia preliminar contenida en el artículo 256.1.1 LEC tiene como objeto la constatación de la capacidad, representación y la legitimación de la parte contra la que se pretende preparar el futuro proceso.

El artículo 256.1.1 LEC establece que *“por petición de que la persona a quien se dirigiría 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”*. Por consiguiente, debe hacerse una aproximación al

concepto de tales presupuestos procesales, pues estos constituyen el núcleo de esta diligencia:

- a) Capacidad, entendida esta como “la aptitud requerida por la Ley para poder ser demandantes o demandados, ostentar la titularidad de los derechos, obligaciones, posibilidades y cargas procesales y asumir las responsabilidades y efectos que del proceso se deriven y, de modo especial, los efectos materiales de la cosa juzgada.”⁴⁶
- b) Representación, conforme a la cual sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, de acuerdo con las particularidades del art.7 LEC
- c) Legitimación, que supone que únicamente “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, exceptuándose los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”⁴⁷

En consecuencia, podemos afirmar que lo que se pretende con esta diligencia es la constatación, por parte del solicitante, de que el futuro demandado reúna los requisitos que le son propios al sujeto pasivo, todo ello con la finalidad de que el ulterior proceso prospere. Así, con esta diligencia, el solicitante se anticipa a que el sujeto pasivo pueda oponerse en la audiencia previa a la demanda, alegando la falta de legitimación pasiva, capacidad o representación, de acuerdo con los art. 414 y ss. de la LEC.

De este modo, la diligencia preliminar prevista en el art.256.1.1 LEC se configura como un instrumento idóneo para aquellos casos en los que el futuro demandante no sabe con certeza a quién demandar porque desconoce quién ostenta la legitimación pasiva, quién es el representante de la misma – supuesto común en demandas a sociedades de las que no se conocen los representantes o administradores – o si el demandado es una persona capaz para comparecer en juicio.

En cuanto a la solicitud de la diligencia preliminar, debe apuntarse que el sujeto activo, puede ser toda persona que pueda constituirse en demandante del proceso que se pretenda

⁴⁶ Gimeno Sendra, “*Derecho Procesal Civil. (Parte General)*”, op. cit., p.115

⁴⁷ Artículo 10 LEC.

preparar.⁴⁸ No obstante, y en relación al sujeto pasivo, la jurisprudencia ha venido estableciendo que la legitimación pasiva únicamente se circunscribe al sujeto que se pretende demandar, por lo que no cabe instar la declaración o exhibición de documentos relativos a la capacidad, representación o legitimación frente a personas destinadas al futuro demandado ni pretender del sujeto pasivo la declaración de hechos ajenos al mismo en la práctica de la diligencia⁴⁹

Por otro lado, en cuanto a la forma en la que debe el sujeto pasivo realizar la diligencia acordada, debe apuntarse que no existe disposición alguna en la LEC que establezca la forma en la que debe llevarse a cabo la comparecencia ante el Tribunal y cómo debe desarrollarse. Así, en la doctrina Garcíandía González ha venido entendiendo que el silencio que guarda la LEC sobre este extremo debe cubrirse con una interpretación integradora de la norma aplicando, analógicamente, los preceptos previstos para el interrogatorio de las partes (arts.301 y ss. LEC) en las diligencias preliminares.⁵⁰

Una vez acordada y practicada la diligencia preliminar, son varios los escenarios que nos podemos encontrar una vez realizada. Así, puede que el sujeto pasivo afirme su capacidad, representación o legitimidad para comparecer como demandado en el ulterior proceso, que niegue tales presupuestos o, por último, que no comparezca a la vista o comparezca ofreciendo respuestas evasivas.

Dejando a un lado el último de los supuestos, el cual será analizado en el apartado relativo a la negativa a llevar cabo las diligencias preliminares, en los casos en el que el sujeto pasivo responda afirmativamente a los hechos relativos a su capacidad, representación o legitimación; éstos se considerarán hechos probados a efectos del ulterior proceso y no podrá negarlos y, en el caso de que niegue tales presupuestos estos no vincularán al tribunal que conozca del futuro proceso, sino que se discutirán y admitirán prueba en

⁴⁸ Garberí Llobregat, J (2009).: *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (p.36) Barcelona: Ed. Bosch

⁴⁹ En este sentido, podemos observar el AAP de Madrid (sección 12ª) de 31 de enero de 2000, estableció que “la ley autoriza a indagar sobre algún hecho relativo a la personalidad propia del declarante, pero no sobre la de posibles terceros, sobre todo porque la eventual identificación de persona o personas obtenida por este medio carecería por sí misma de las más elementales garantías procesales para confeccionar válidamente la relación jurídica procesal”

⁵⁰ Garcíandía González P. M (2001), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (p. 953) vol. I, Pamplona: Aranzadi

contrario,⁵¹ es decir, se consideran declaraciones *iurs tantum*, eso sí, bajo el riesgo de darse por concluido el proceso por la falta de legitimación pasiva.⁵²

Por último, aunque el artículo 256.1.1 LEC dispone que la persona contra la que se solicite “declare bajo juramento o promesa de decir verdad” sobre hechos relativos a su capacidad, representación o legitimación, no existe obstáculo para que, conforme a la misma se solicite la exhibición de documentos en los que consten tales presupuestos procesales como, por ejemplo, la exhibición de un contrato de arrendamiento en la que sea parte el futuro demandado. Sin embargo, la exhibición documental deberá ceñirse únicamente a hechos relativos a la capacidad, representación y legitimidad, sin que en ningún caso pueda darse una obtención de prueba o, incluso, una anticipación de la misma.⁵³

6.2. Exhibición y entrega de historia clínica (art.256.1.5 bis LEC)

La exhibición y entrega de historia clínica se encuentra prevista en el artículo 256.1.5 bis LEC, como una diligencia preliminar que tiene como objeto 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”.⁵⁴ Dicha diligencia preliminar no estaba incluida en la redacción originaria de la LEC del año 2000, sino que esta fue introducida 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.

La incorporación de esta diligencia mediante el citado cuerpo legal evidencia el criterio de oportunidad seguido por el legislador, pues dicha regulación no guarda relación alguna con diligencias preliminares en el ámbito sanitario, sino que en realidad la promulgación de la Ley 19/2006 viene dada por la transposición de 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. No obstante, el legislador introdujo la exhibición y

⁵¹ Callejo Carrión, S. (2006) “Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas”, *Actualidad Civil*, 1. p.12

⁵² STS, Sala de lo Civil, de 2 de abril de 2014

⁵³ AAP de Burgos nº 272/2009, de 19 de junio de 2009

⁵⁴ Art.256.1.5 bis LEC.

entrega de historia clínica en base a la necesidad de dar una respuesta a la discusión existente en nuestros tribunales, pues determinados órganos judiciales venían aceptando la solicitud de historia clínica en base a la diligencia documental expuesta anteriormente (por todas, AAP de Madrid, Sección 14ª, de 3 de marzo de 2005; AAP de Barcelona, sección 11ª, de 18 de abril de 2006; AAP de Girona, sección 2ª, de 5 de junio de 2003) frente a otros, que, apoyándose en el carácter sensible de la historia clínica y la interpretación *numerus clausus* de las diligencias preliminares, la rechazaban (por ejemplo; AAP de Madrid, sección 11ª, de 27 de septiembre de 2007; AAP de Barcelona, sección 19ª, de 27 de abril de 2005; SAP de Alicante, Sección 11ª, de 27 de septiembre de 2007).

Pues bien, una vez introducida la diligencia preliminar en el catálogo de diligencias preliminares previsto en el artículo 256.1 LEC, debe realizarse un análisis sobre el objeto de la misma, la legitimación activa y pasiva, y sus limitaciones dada su importancia práctica.

En referencia al objeto de la diligencia, como ya se desprende de su denominación, es en esencia la historia clínica, entendida esta, de acuerdo al art.3 párrafo 5º de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), como “el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”. Con mayor concreción, el art.14.1 LAP, dispone que *“la historia clínica comprende 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”*.

En cuanto al contenido de este documento, debe observarse lo dispuesto en el art.15 LAP, el cual establece que *“el contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente: a) la documentación relativa a la hoja clínicoestadística; 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; ñ) el gráfico de constantes; o) el informe clínico de alta”⁵⁵.

Así, en los casos en los que se inste esta diligencia preliminar, la historia clínica deberá entregarse completa, ya que no es suficiente con una aportación parcial de la misma. Pues frecuentemente, en los casos en los que ésta se solicita, se pretende comprobar la asistencia médica prestada, y no basta únicamente con la aportación de informes sueltos.⁵⁶ No obstante, sin perjuicio de las circunstancias del caso concreto, la doctrina ha venido estableciendo que en el caso de que existan anotaciones de carácter explicativo en la misma, estas no deberán aportarse, pues piénsese que lo único que permite la diligencia preliminar es la obtención *per se* de la historia clínica, y las anotaciones pueden suponer un sucedáneo de prueba pericial y de reconocimiento de hechos desfavorables.⁵⁷

En referencia a la legitimación activa, no existe previsión alguna en la LEC sobre quienes pueden ser los legitimados para solicitarla. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han venido estableciendo que son legitimados para la solicitud de exhibición de historia clínica; el propio paciente; sus familiares cuando haya fallecido, siempre y cuando no la puedan obtener por los cauces administrativos previstos⁵⁸ y el fallecido lo hubiere prohibido expresamente, y un tercero que tenga interés legítimo en relación con un futuro proceso relacionado con la misma o funde su petición en riesgo para su salud (art.18 LAP).

En cuanto a la legitimación pasiva, la petición de exhibición de historia clínica deberá dirigirse contra el centro sanitario que la custodie, independientemente de su carácter

⁵⁵ En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, véase, por ejemplo, el AAP de Madrid nº 147/2009, de 30 de junio de 2009.

⁵⁶ Gutiérrez Barrenengoa, A., & Monje Balmaseda, Ó. (2008). *La diligencia preliminar de petición de la historia clínica*. In S. Adroher Biosca, F. de Montalvo Jääskeläinen, M. Corripio Gil-Delgado & A. Veiga Copo, *Los avances del derecho ante los avances de la medicina* (p. 743). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

⁵⁷ Vallespín Pérez, D.: Algunas reflexiones acerca de la petición de la historia clínica como diligencia preliminar. <https://bit.ly/3bOgex6>

⁵⁸ En este sentido, el AAP de Castellón nº 13/2008, de 28 de enero de 2008, estableció que no podía admitirse la diligencia preliminar de exhibición de historia clínica en tanto que “no concurre el requisito de la necesidad de la intervención judicial para la obtención de la documentación puesto que el artículo 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, dispone que los centros sanitarios y los facultativos facilitarán el acceso a la historia clínica, sin que se haya demostrado, ni siquiera alegado, que exista obstáculo para que los solicitantes en este caso puedan tener acceso a la historia clínica

público o privado, debiéndose aportar al Juzgado de Primera Instancia que la solicite y, en caso contrario, se podrá ordenar la entrada y registro del centro amparándose en el artículo 261 de la LEC, hecho que será abordado posteriormente en la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares.

Por último, y en relación a la práctica de la diligencia preliminar por el sujeto pasivo, resulta de aplicación lo dispuesto para la diligencia preliminar de declaración o exhibición documental, con la particularidad de la confidencialidad, que deberá revestir el procedimiento

7. Procedimiento de solicitud y adopción de diligencias preliminares

A la vista de lo expuesto anteriormente, es necesario realizar un análisis y estudio del procedimiento de solicitud y adopción de las diligencias preliminares. Así, en este apartado nos centraremos en los criterios de atribución de competencia, la postulación procesal por parte del sujeto activo, los motivos de oposición por parte del sujeto pasivo frente a la solicitud, las cosas del incidente de oposición y, por último, las consecuencias de no realizara la diligencia preliminar.

7.1. Competencia

La competencia judicial la podemos definir como “uno de los presupuestos del proceso para el órgano judicial, es la facultad que tiene cada juez o tribunal, de entre el conjunto de órganos que integran el Poder Judicial a los que constitucionalmente les corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional de conocer de los asuntos que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”⁵⁹

Y, es en la LEC, en concreto en su art.257.1 LEC, donde encontramos la competencia territorial y objetiva del tribunal que conocerá y, por ende, en el que deberá presentarse la solicitud de diligencias preliminares por parte del sujeto activo. En este, se dispone que: “*será competente para resolver sobre las peticiones y solicitudes a que se refiere el*

⁵⁹ López Martínez, J.C. (2015). *Problemas de competencia en el orden civil. Recopilación de los criterios seguidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo*. (p.8) Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

*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” y añade que, “en los casos de los números 6.º, 7.º 8.º y 9.º del apartado 1 del artículo anterior, será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada”.*⁶⁰

En consecuencia, observamos como el artículo 257.1 LEC delimita tanto la competencia objetiva, por razón de materia, como la competencia territorial, las cuales deben ser analizadas de forma independiente.

7.1.1. Competencia objetiva por razón de materia

La competencia objetiva se puede definir como el conjunto de reglas procesales que atribuyen a cada clase de órganos del orden jurisdiccional civil el conocimiento, en primera instancia, de un asunto concreto. Existiendo dos criterios de atribución de competencia objetiva:

- a) Criterios cuantitativos, los cuales tienen en cuenta el valor pecuniario de la pretensión que se ejercita
- b) Criterios cualitativos, aquellos que determinan el tribunal por razón de materia⁶¹

En el caso que nos ocupa, nos centraremos en el criterio cualitativo, es decir; a la atribución de competencia por parte tribunal de primera instancia por razón de la materia, la cual variará en función de la diligencia preliminar solicitada.

Como se desprende del artículo anteriormente citado, la LEC establece de forma clara que la competencia objetiva para la solicitud de diligencias preliminares corresponde, por regla general, a los Juzgados de Primera Instancia (en adelante, JPI) y, en algunos supuestos específicos, a los Juzgados de lo Mercantil (en adelante, JM).

⁶⁰ El artículo anterior (256 LEC), establece el catálogo de diligencias preliminares y, los numerales 6.º, 7.º, 8.º y 9.º, regulan las relativas a los procesos colectivos de consumidores y usuarios, a las infracciones de un derecho de propiedad industrial o propiedad intelectual y aquellas establecidas en leyes especiales.

⁶¹ Iberley (2020) *Regulación de los criterios de atribución de la competencia objetiva en el orden civil*. Iberley Editorial Jurídica. <https://www.iberley.es/temas/competencia-objetiva-orden-civil-54661>

En cuanto a los JPI, estos serán competentes en aquellos supuestos en los que las diligencias preliminares solicitadas se funden en cualesquiera de los numerales 1º a 5º bis del art.256.1 LEC. A saber: la exhibición de cosas, de actos de última voluntad, de documentos o cuentas de sociedades o comunidades, del contrato de seguro, de la historia clínica y la declaración o exhibición documental sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación.

No obstante, debe matizarse que la jurisprudencia ha establecido que, en los supuestos de declaración o exhibición documental sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación y exhibición de documentos o cuentas de sociedades o comunidades. La competencia objetiva corresponde a los JM cuando la pretensión que se pretenda ejercitar, una vez practicada la diligencia preliminar, le sea propia por razón de materia o por estar la diligencia preliminar íntimamente relacionada con un proceso previo ya iniciado, como podría ser la exhibición de documentos contables de una sociedad mercantil declarada en concurso. (por todas, AAP de Madrid nº 149/2009 de 24 de julio de 2009; AAP de Cádiz nº 86/2010, de 25 de mayo de 2010)⁶²

Por lo que refiere a los JM, la competencia objetiva de estos viene regulada en el art.86 ter.2 LOPJ. Y, en relación a las diligencias preliminares, conocerán de las mismas cuando sean solicitadas al amparo de los numerales 6º a 11º del art.256.1 LEC, es decir, en los supuestos relativos a consumidores y usuarios e infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual.⁶³

7.1.2. Competencia territorial

Una vez establecidos los criterios sobre la competencia objetiva debe prestarse especial atención a la competencia territorial, pues será ésta la que nos indique ante qué juzgado debemos presentar la solicitud de diligencias preliminares.

⁶² Del mismo modo, en la doctrina, Martínez del Toro ha venido entendiendo que “si por razón de la materia son competentes para las acciones civiles que se pretenden ejercitar los Juzgados de lo Mercantil, son estos los competentes también para las diligencias preliminares en un supuesto de normativa reguladora de sociedades mercantiles y cooperativas, atribuidas a la competencia del Juzgado de lo Mercantil, solicitándose en ese caso las diligencias preliminares de exhibición de documentación contable y de la sociedad para un futuro proceso en el que va a ejercitar acciones civiles que le corresponden como socio: conocer del estado de cuentas de la sociedad o exigir responsabilidad al administrador” (2019)

⁶³ AAP de Asturias nº 209/2005, de 20 de julio de 2005

Así, las normas de competencia territorial “son aquellas que nos permiten atribuir el conocimiento de un proceso a un órgano jurisdiccional de una determinada circunscripción, es decir, permiten determinar qué órgano jurisdiccional concreto es el competente para conocer de un determinado asunto, dentro de los de la misma clase, del mismo grado y del mismo tipo”⁶⁴ Éstas, en relación con las diligencias preliminares, vienen establecidas igualmente en el art.257.1 LEC y, suponen la creación de dos reglas, una general y otra especial. Por un parte, la regla general atribuye la competencia a favor del juez del domicilio del sujeto pasivo y, por otra, la regla especial determina como tribunal competente aquel ante el que se deberá prestar la ulterior demanda.

En cuanto a la regla general de atribución de competencia, ésta consiste en la creación de un fuero imperativo a favor del domicilio del requerido frente al que se practica la diligencia preliminar y, será aplicable en todo el catálogo de diligencias establecido en el art.256.1 LEC, a excepción de los apartados 6º a 9º del mismo artículo.

Así, la competencia territorial general prevista para las diligencias preliminares sigue el régimen general establecido en el artículo 50.1 LEC, el cual determina que la competencia territorial de las personas físicas corresponderá al tribunal del domicilio del demandado. Por lo que, en el caso de que el requerido sea una persona jurídica, la solicitud de diligencia preliminar deberá presentarse en el lugar de su domicilio o en el lugar donde haya nacido o deba surtir efectos la cuestión litigiosa, en aplicación del art.51 LEC.⁶⁵

En referencia a las reglas de competencia especial, el apartado 2º del art.257.1 LEC establece que en los casos en los que la diligencia preliminar solicitada sea alguna de las previstas en los apartados 6º a 9º del art.256.1 LEC – éstas son, casi en su totalidad, las mismas de las que conocerá el JM en virtud de la competencia objetiva – el tribunal competente será aquel ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Es decir, la solicitud de las diligencias preliminares deberá presentarse ante el JPI o JM que conocerá del proceso que se pretende preparar.⁶⁶

⁶⁴ Iberley “*Regulación de los criterios de atribución*” op. cit.

⁶⁵ En este sentido, en Castrillo, ha venido entendiendo que dada “la norma insuficiente de competencia territorial que establece el art.257 LEC que no prevé las eventualidades que sí se regulan en los arts.50 y 51 LEC resultan de aplicación los fueros generales”. (2019) p.300

⁶⁶ Castrillo, “*La preparación del proceso civil*”, op.cit., p. 304

Así, la LEC establece dos criterios de competencia territorial que deben ser revisados en función de la diligencia preliminar solicitada por el sujeto activo, aplicando en determinados casos, los fueros generales previstos para las personas físicas y jurídicas y, en otros, unas reglas especiales de competencia que responden a un criterio de unidad, pues atribuyen al tribunal que conocerá del proceso principal las diligencias preliminares previas al mismo.

Por último, debe apuntarse que tanto la competencia objetiva como la territorial, únicamente puede ser revisada de oficio por el juez, sin que el sujeto pasivo pueda denunciar ante el mismo la falta de competencia mediante la presentación de declinatoria.⁶⁷ Debiendo el tribunal, abstenerse de conocer sobre la solicitud presentada e indicar al sujeto activo el juzgado al que debe acudir (arts.257.2 LEC).

7.2. Postulación procesal para la solicitud de diligencias preliminares

La postulación procesal se refiere a la representación y defensa técnica de cada una de las partes que interviene en un proceso civil, ya sea como demandante o demandado, mediante la intervención de procurador y abogado. No obstante, no existe en la LEC disposición alguna sobre la intervención de dichos profesionales para la solicitud de diligencias preliminares ante el JPI o JM.

Lo anterior, ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina y jurisprudencia, pues una parte ha venido entendiendo que la intervención de procurador y abogado en la solicitud de diligencias preliminares es innecesaria dada la relación que guardan las diligencias preliminares con las medidas urgentes (art.23.2.3 y 31.2.2 LEC)⁶⁸. Por el contrario, otro sector considera que las diligencias preliminares no pueden equipararse a las medidas urgentes y, por consiguiente, la intervención de estos profesionales debe resultar preceptiva.⁶⁹

⁶⁷ Sobre este particular, véase el AAP de la Rioja nº 5/2019 de 18 de enero 2019, relativo a la revisión de oficio por parte del JPI.

⁶⁸ Estos preceptos, establecen que, en los supuestos relativos a la intervención del procurador “podrán los litigantes comparecer por sí mismos: (...) 3º Cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio” (art.23.2.3º LEC) y, en relación al abogado, podrá exceptuarse su intervención cuando se pretendan “solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio” (art.31.2.3º LEC).

⁶⁹ Del mismo modo, lo ha manifestado el AAP de Almería nº26/2006, de 23 marzo de 2006 al apuntar que la “cuestión, que no aparece claramente resulta en la Ley, ha dado lugar a diversas posturas en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, desde las que consideran que la

Dejando al margen cada una de las posturas referidas y sus fundamentos, la doctrina mayoritaria ha venido estableciendo una postura intermedia entre las anteriores, afirmando que las diligencias preliminares se sujetarán “ a las reglas generales de postulación procesal (necesidad de abogado y procurador) salvo que en el momento de presentarla concurren razones de urgencia (arts.23.2.3 y 31.2.2 LEC), supuesto en el que no será necesaria la postulación para la petición inicial de la diligencia preliminar; pero si para las actuaciones posteriores”⁷⁰.

En consecuencia, la postulación procesal por parte del sujeto activo, dependerá de la urgencia de la diligencia preliminar solicitada, la cual deberá ser valorada por el JPI y se estará a la suerte de la interpretación extensiva que realice el mismo sobre las medidas urgentes. Así pues, a mi juicio, resulta recomendable la postulación mediante abogado y procurador, máxime cuando en actuaciones posteriores es preceptiva y, a fin de evitar el archivo de la solicitud.

7.3. Oposición a las diligencias solicitadas

Una vez solicitada y admitida la diligencia preliminar, el sujeto pasivo puede acceder a la práctica de ésta o formular oposición al respecto, pudiendo solicitar al tribunal la celebración de una vista para la resolución de la misma. Ello viene establecido en el art.260.1 LEC, el cual dispone que: *“Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba citación, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas. En tal caso, se dará traslado de la oposición al requirente, quien podrá impugnarla por escrito en el plazo de cinco días. Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista, siguiéndose los trámites previstos para los juicios verbales”*.

intervención de Abogado y Procurador si es necesaria en las Diligencias Preliminares pues cuando los art. 23.2.3º y 31.2.2º de la LEC alude a las “medidas urgentes” como supuestos en que los interesados pueden actuar por sí solos no incluiría las diligencias preliminares sino únicamente las medidas cautelares, hasta las que sostienen que dichas diligencias, al igual que la prueba anticipada (art.297 LEC) y las medidas cautelares anteriores a la demanda estarían incluidas en el concepto de “medidas urgentes”, siempre y cuando su práctica sea perentoria a fin de evitar la pérdida de un derecho”.

⁷⁰ Álvarez Alarcon, “Las diligencias preliminares en el proceso civil” op. cit. pp. 49-50

Sin embargo, la LEC guarda silencio sobre cuáles serán los motivos de oposición que podrá hacer valer el requerido frente a la solicitud, cuestión por la que debe acudir a lo dispuesto por la doctrina y jurisprudencia. Éstas han venido entendiendo que la oposición por parte del requerido podrá fundamentarse en cualesquiera de los requisitos que se establecen para la admisibilidad de la diligencia⁷¹, ya sean de carácter procesal o material⁷², a lo que debe añadirse, a mi juicio, que también podrán aducirse todas aquellas razones de hecho y derecho que desvirtúen la solicitud presentada, aún no guarden una estricta relación con los requisitos de admisibilidad establecidos en el art.258 LEC. Pues de lo contrario, se limita la defensa del sujeto pasivo frente a una solicitud que puede considerar infundada o innecesaria.

En cuanto a la decisión sobre la oposición a las diligencias preliminares, una vez presentada ésta por el requerido e impugnada por el solicitante y, en tal caso, habiéndose celebrado la vista, el tribunal deberá resolver mediante auto si la oposición es justificada, de acuerdo al art.260.2 LEC. Dicha decisión únicamente podrá ser recurrida en apelación cuando el tribunal haya rechazado las pretensiones del sujeto activo, habiendo aceptado las establecidas por el sujeto pasivo en los escritos de oposición, hecho que llama la atención en tanto que se priva al requerido de una segunda instancia, todo y que las diligencias preliminares pueden influir en su esfera más íntima.⁷³

No obstante, parece poco probable que la oposición a las diligencias preliminares por parte del sujeto pasivo prospere, pues en un momento previo a éste, el juez ya ha realizado un examen de la concurrencia de todos los requisitos necesarios para la admisibilidad de la diligencia solicitada y, es una vez admitida ésta, cuando se da traslado al requerido para su impugnación. Así, parece que el trámite de oposición se configura más bien como un proceso mediante el cual el sujeto pasivo hace valer su derecho a la tutela judicial efectiva y obliga al juez a revisar su decisión, que como un medio de impugnación efectiva de una resolución judicial.

⁷¹ Vid. Apartado 5 dedicado a los requisitos de admisibilidad de la solicitud de diligencias preliminares

⁷² Garberí Liobregat, J. (2009), *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (p.75) Barcelona: Ed. Bosch.

⁷³ Castrillo, " *La preparación del proceso civil*", op.cit., p. 330

7.3.1. Costas del incidente de oposición

Una importante cuestión en relación al incidente de oposición, es la condena en costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. Ello, se encuentra previsto en el art. 260.3 de la LEC, el cual dispone que, si el tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente.

Así pues, se observa como la LEC establece la imposición en costas al sujeto pasivo cuando éste haya visto rechazados los motivos de su oposición, pero no prevé la condena en costas al solicitante de diligencias preliminares cuando la oposición haya sido estimada, cuestión que ha sido objeto de debate por la doctrina judicial y, a día de hoy, no ha encontrado un criterio unánime.

En consecuencia, son numerosas las resoluciones que afirman que sólo en el caso de verse desestimada la oposición, procederá la condena en costas, debiendo satisfacer cada una de las partes, las propias, cuando la oposición se estime justificada⁷⁴. Puesto que, en ese caso, el solicitante de diligencias preliminares responderá con la caución prestada a los daños y perjuicios que haya irrogado a la otra parte⁷⁵. Asimismo, nos encontramos resoluciones en las que, habiendo sido estimada la oposición del sujeto pasivo, no condenan en costas al solicitante por haber superado el filtro del tribunal en la admisión de la diligencia.⁷⁶

⁷⁴ AAP de Barcelona nº 135/2007, de 8 de mayo

⁷⁵ AAP de Barcelona nº 179/2008, de 29 julio

⁷⁶ Sobre este particular, el AAP de Zamora nº 109/2005, de 30 de diciembre, afirmo que “el hecho de que, en el caso de que se estime injustificada la oposición, se prevea de forma expresa la imposición de costas del incidente a la parte requerida y que, en cambio, se omita todo tipo de pronunciamiento sobre la condena en costas para el caso de que la oposición se declare justificada, conduce afirmar – a juicio de esta Sala – que, en este segundo caso, 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 hubiera 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 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, y después, con motivo de la oposición, se haya declarado justificada esta última. 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”.

Sin embargo, otra parte de la jurisprudencia ha considerado que el hecho de que la LEC no prevea expresamente la condena en costas al solicitante, no debe suponer que se excluya de la misma en el caso de que la oposición resulte justificada, pues aun no estando previsto en el art.260 LEC, se debe estar al criterio general del vencimiento objetivo (art.394 LEC) mediante el cual el solicitante podrá ser condenado en costas por haber visto rechazadas todas sus pretensiones⁷⁷

En consecuencia, observamos que la falta de previsión expresa en la LEC da lugar a dos posturas contrapuestas. Por un lado, la que se sustenta en el principio de legalidad y literalidad de la norma, la cual considera que en ningún caso se podrán imponer las costas al solicitante por responder ya con la caución prestada con anterioridad. Y por otro, la que sostiene que la falta de previsión en el art.260 LEC da lugar a la aplicación del criterio general del vencimiento objetivo contenido en el art.394.1 LEC.

A mi parecer, la primera de las posturas parte de una confusión de las instituciones procesales, pues la caución tiene como objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a la parte y no las costas procesales que se hayan podido devengar como consecuencia de la representación y defensa técnica del requerido al presentar oposición. Dado que, son instituciones que tienen un fundamento y una finalidad completamente distinta. Por ello, considero que las costas del incidente de oposición, aún no estando expresamente previsto en el art.260 LEC, deben satisfacerse por la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, independientemente de si se trata del solicitante o el requerido, en aplicación del criterio de vencimiento objetivo, el cual debe predominar en todo proceso de carácter privado.

7.4. Negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares

Una vez acordada por el tribunal la solicitud de diligencias preliminares, y citado y requerido al sujeto pasivo para que la lleve a cabo, puede ocurrir que, habiendo o no formulado oposición, éste no coopere en su realización. En este caso, el artículo 261 LEC

⁷⁷ En este sentido, debe observarse el AAP de León nº 120/2009, de 25 de febrero, que advirtió que “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”.

autoriza al órgano jurisdiccional para que, mediante auto, acuerde una serie de medidas coercitivas con el fin de que se pueda obtener un resultado a la diligencia preliminar solicitada, sin las cuales, el solicitante vería frustradas todas sus pretensiones.

Por lo que a mi respecta, las medidas coercitivas establecidas en este supuesto resultan el mayor exponente para dar efectividad a la institución y, al mismo tiempo, cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art.24 CE, ya que procura que la incomparecencia del sujeto pasivo no suponga vaciar de contenido el auxilio judicial solicitado por el futuro demandante.

Así, esta previsión legislativa, supone una nueva regulación que tiene como fundamento la funcionalidad y efectividad de las diligencias preliminares frente a una antigua regulación que únicamente preveía la responsabilidad por daños y perjuicios en el caso de que el requerido no accediese a la práctica de la diligencia preliminar. Hecho que, a mi juicio, podría determinarse como el responsable del desuso de la institución.

Determinado lo anterior, y adentrándonos en el estudio de las medidas coercitivas para la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares, la doctrina ha venido sistematizando tres tipos de consecuencias.⁷⁸

En primer lugar, la posibilidad de tener por respondidas afirmativamente las preguntas que pretendiese formular el solicitante al sujeto pasivo, respecto de los hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado y, la admisión de los hechos correspondientes a efectos del juicio posterior (art.261.1 LEC).

En segundo lugar, la capacidad por parte del tribunal de ordenar la entrada y registro de un lugar determinado, con la finalidad de obtener por la fuerza el documento, cosa o datos objetos de la diligencia y ponerlo a disposición del solicitante en la sede del tribunal (art.262.2. LEC).

⁷⁸ Álvarez Alarcon, “*Las diligencias preliminares en el proceso civil*” op. cit. pp.65-67

Por último, y relacionado con la diligencia preliminar relativa a la histórica clínica, la facultad del tribunal de ordenar las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro para encontrar los documentos o datos precisados, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad. (art.261.5 LEC)

Sin embargo, nos centraremos en la posibilidad de tener por respondidas afirmativamente las preguntas relativas a la capacidad, representación o legitimación a efectos del ulterior proceso y, en las medidas de intervención necesarias, concretamente, en la entrada y registro, para la obtención de la historia clínica o cualquier otro documento, realizando una breve referencia a su posible inconstitucionalidad.

7.4.1. La *ficta confessio* sobre los hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación

El artículo 261.1 LEC prevé que *“si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.”*

En primer lugar, debe apuntarse que la previsión que se establece en el citado artículo resulta contradictoria, pues, por una parte, se establece la posibilidad de tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formular, pero, por otra, en relación a los hechos, se prevé la obligación de admitirlos a efectos del ulterior proceso.

Respecto a ello, la doctrina ha intentado aclarar tal contradicción, argumentando que las dos consecuencias que se prevén responden a situaciones distintas. Así, considera que el hecho de que se tengan por respondidas afirmativamente las preguntas vincula al tribunal que ha conocido de la solicitud, el cual deberá dejar constancia sobre ello en la resolución que ponga fin al proceso y, la admisión de los hechos vincula al tribunal que conozca el ulterior proceso independientemente de la actitud que adopte el futuro demandado,

cuestión que vetará la posibilidad de práctica de prueba sobre los mismos al ser estos hechos admitidos, de acuerdo al art.281.3 LEC.⁷⁹

Sin embargo, a mi juicio, no se entiende que el art.261.1 LEC establezca la capacidad del juzgador de tener por respondidas afirmativamente las preguntas que formule el solicitante, la cual resulta una facultad cuasi discrecional, y en cambio, imponga la admisión de los hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación, ya que, tanto una como otra, están íntimamente relacionadas y responden a una misma cuestión.

Independientemente, la sanción prevista en dicho precepto supone una *ficta confessio* en sede de diligencias preliminares, de igual forma a la prevista en el art.304 LEC – la cual establece el reconocimiento de los hechos perjudiciales a la parte que no comparezca al interrogatorio –, permitiendo al solicitante preparar el juicio ulterior mediante el reconocimiento de unos hechos que vincularán al tribunal del futuro proceso.

No obstante, todo y la previsión legislativa, los tribunales – como frecuentemente ocurre en la práctica – han establecido un criterio totalmente distinto que desvirtúa por completo la medida coercitiva prevista para los casos en los que existe una negativa a colaborar por parte del requerido.

En efecto, la SAP de Barcelona nº 828/2003, de 27 de noviembre, en un supuesto en el que el demandante, previamente a la presentación de la demanda ante el JPI solicitó como diligencia preliminar la exhibición de un título que justificase la ocupación de una vivienda que no fue aportado, estableció que “la negativa a declarar sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación no provoca la *ficta confessio*, a pesar de la dicción del art.261.1 de la LEC” sino que, los hechos admitidos derivados de la incomparecencia del requerido en las diligencias preliminares, deben valorarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica y el conjunto de pruebas practicadas en el ulterior proceso, pudiendo quedar desvirtuados tales hechos.⁸⁰

Así, lo que ha realizado la doctrina judicial es dotar de una presunción de veracidad a los hechos admitidos como consecuencia de la negativa a llevar a cabo las diligencias, pero

⁷⁹ Banacloche Palao, J. (2003) *Las diligencias preliminares* (p.230) Madrid: Ed. Civitas.

⁸⁰ AAP de Cádiz nº 3/2009, de 7 de enero de 2009.

otorgándoles un carácter *iuris tantum*, de modo que los hechos admitidos pueden quedar desvirtuados por prueba en contrario.⁸¹

Lo anterior, bajo mi punto de vista, resulta del todo desproporcionado, pues ya no únicamente se aparta, como dice la propia AP de Barcelona, de la dicción del art.261 LEC, sino que supone la desconfiguración de un sistema de medidas coercitivas que tienen como objeto dar efectividad a las diligencias preliminares. Cuestión que conlleva a dejar al arbitrio del sujeto pasivo la prosperabilidad de las mismas sin que se produzca sanción alguna, más allá de la presentación de una prueba en contrario en el proceso que pretendía prepararse.

En conclusión, la consecuencia de la negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares relativas a la capacidad, representación o legitimación es que se tengan por respondidas las preguntas que pretendía realizar el solicitante a efectos del juicio posterior y admitidos los hechos, pero, en todo caso, queda supeditado a la inexistencia de una prueba en contrario que desvirtúe tales supuestos.

7.4.2. La entrada y registro para la obtención de documentos

Conforme a lo dispuesto en el art.261 LEC, cuando el sujeto activo hubiese solicitado la exhibición de títulos o documentos y el sujeto pasivo no atendiese al requerimiento, y, en el caso de que el tribunal considerase que existen indicios suficientes de que estos se hallen en un lugar específico se podrá ordenar la entrada y registro de dicho lugar, poniendo a disposición del solicitante, en la sede del tribunal, los documentos intervenidos.

Así pues, el tribunal podrá ordenar la entrada y registro cuando el objeto de la diligencia preliminar sea la exhibición de documentos relativos a la capacidad, representación o legitimación (art.256.1.1. LEC), la última voluntad del causante de la herencia o legado (art.256.1.3 LEC), el contrato de seguro (art.256.1.5 LEC), la historia clínica (art.256.1.5 bis LEC), o cuando se funde en los numerales 6º a 8º del art.256.1 LEC y sea necesaria la obtención de datos y documentos.

⁸¹ SAP de Barcelona nº 828/2003, de 27 de noviembre de 2003.

Sin embargo, la adopción de esta medida no puede realizarse de modo discrecional por parte del tribunal, sino que la propia LEC establece una serie de requisitos para su adopción que, en todo caso, deben concurrir para que el tribunal pueda ordenar una diligencia de esta gravedad. Dichos requisitos son:

- a) Que existan indicios suficientes de encontrarse los documentos solicitados en el lugar determinado
- b) Que el sujeto pasivo no haya atendido al requerimiento o, habiendo formulado oposición resulte desestimada y no cumpla con la decisión adoptada y,
- c) Que la medida se ajuste al principio de proporcionalidad⁸²

En cuanto al primer de los requisitos, el propio art.261 LEC, en sus apartados 2º y 3º, establece la necesidad de que el juez aprecie la existencia de que los documentos que constituyen objeto de la diligencia se encuentren en un lugar determinado o que conozca fundadamente dónde se encuentran.⁸³ De tal forma que el tribunal, en el auto que acuerde la medida de entrada y registro, deberá realizar un juicio de suficiencia sobre la concurrencia de indicios materiales que lleven a determinar que los documentos se encuentran en el lugar determinado, teniendo en cuenta las alegaciones y manifestaciones que el solicitante le hubiera hecho al respecto y las circunstancias del caso concreto⁸⁴

En referencia al segundo de los requisitos, el cual supone que el sujeto pasivo no haya atendido el requerimiento o que se haya opuesto de forma injustificada y no haya cumplido con la resolución de la misma. Debe apuntarse que, una interpretación literal del art.261 LEC nos llevaría a afirmar que dicho requisito concurre en todo caso cuando el sujeto pasivo ha obviado el requerimiento del tribunal o se ha opuesto injustificadamente. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que tales supuestos no son suficientes para la adopción de la medida, sino que debe valorarse si realmente existe una negativa por parte del requerido a colaborar con el tribunal. Así, por ejemplo, en los casos en el que sujeto pasivo no haya atendido a la diligencia preliminar, pero se funde

⁸² Castrillo, " *La preparación del proceso civil*", op.cit., p. 357.

⁸³ En este sentido, véase el AAP de Madrid nº 529/2010, 28 de julio

⁸⁴ Banacloche Palao, " *Las diligencias preliminares*" op.cit, p.205

en causas independientes a su voluntad, todo y la negativa que eso conllevaría, no se deberá ordenar la entrada y registro.⁸⁵

Es el último requisito, el principio de proporcionalidad, el que debe mediar entre la diligencia empleada y el fin perseguido por la misma. Es decir, éste ha de buscar que la medida empleada (la entrada y registro) guarde proporcionalidad con el fin perseguido (la obtención del documento), debiendo acordarse solo en los casos en que no existan otros medios alternativos menos gravosos y, cuando existan suficientes indicios de que se conseguirá la finalidad perseguida. Además, el tribunal deberá llevar a cabo un juicio de proporcionalidad de la medida que pretende acordar; ponderando el derecho a la inviolabilidad del domicilio del requerido y el derecho a obtener una tutela efectiva de los jueces⁸⁶, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, adoptando las particularidades propias para que la medida resulte menos gravosa y limitadora de derechos.

A la vista de lo expuesto se desprende, de la propia configuración del art.261 LEC y de lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia sobre el mismo, que la entrada y registro para la obtención de los documentos resulta una medida que interfiere en el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pero que resulta necesaria y justificada para otorgar a las diligencias preliminares una utilidad acorde a las perspectivas del solicitante. Pues, sin esta medida, el sujeto activo no obtendría los documentos necesarios para la preparación del futuro proceso y la finalidad de las diligencias preliminares se vería completamente desvirtuada.

7.4.2.1. Cuestiones constitucionales sobre la entrada y registro

De entre todas las consecuencias que prevé la LEC para el caso de la negativa a colaborar con las diligencias preliminares, la entrada y registro en un lugar determinado para la obtención de los documentos solicitados, constituye la más relevante y cuestionada de

⁸⁵ En este sentido, el AAP de Madrid nº 75/2004, de 6 de febrero, estableció que no se consideraba precedente autorizar una entrada y registro en el domicilio del requerido, aun no habiendo practicado la diligencia solicitada, en tanto que los documentos que se le solicitaban no se encontraban en su poder por estar desaparecidos, no existiendo una clara voluntad por parte del sujeto pasivo de frustrar la diligencia preliminar solicitada.

⁸⁶ Corbal Fernández, J.E., *Diligencias preliminares (arts. 256 a 263)* op. cit. pp. 3536

ellas, dada la incidencia de esta en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio establecido en el art.18 CE.

En primer lugar, la entrada y registro en el domicilio del sujeto pasivo acordada por el Juez de lo Civil puede parecer un ejercicio de la potestad jurisdiccional más propia del Juez de lo Penal, ya que se configura como una medida de investigación del proceso penal, de acuerdo a lo dispuesto en los arts.545 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, existen otros supuestos en los que esta medida puede ser acordada por un juez distinto al del orden penal. Así, podemos observar como el art.8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, habilita a los Jueces de lo Contencioso-Administrativo a ordenar la entrada y registro en domicilios con el fin de ejecutar actos administrativos de la Administración Pública. De igual forma, el art.1.1. 3º de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ, otorga la potestad al Juez de lo Mercantil para adoptar la medida de entrada y registro en el domicilio del deudor.

Incluso, podemos traer a colación el lanzamiento del procedimiento de desahucio tramitado ante el JPI (art.703 LEC), ya que éste también supone una injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art.18 CE.

Pese a todo lo anterior, en el orden procesal civil, la diligencia de entrada y registro en un lugar determinado como consecuencia de no llevar a cabo la diligencia solicitada constituye el objeto de un debate constitucional que actualmente sigue latente en nuestra doctrina. Este, en particular, se centra en la supuesta necesidad de regular tal competencia mediante ley orgánica (art.122 CE)⁸⁷, ya que la entrada y registro en sede de diligencias preliminares únicamente se encuentra prevista en la LEC, la cual es una norma con rango de ley ordinaria. Y, al no estar recogida tal competencia en la LOPJ, un sector de la doctrina, considera que se vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del

⁸⁷ Pues se considera necesario el rango de ley orgánica para toda norma reguladora de la competencia jurisdiccional a los tribunales ordinarios.

domicilio del art.18 CE, dada la intromisión en el ámbito personal que supone esta medida para el sujeto pasivo.⁸⁸

Tal planteamiento, no únicamente fue efectuado por la doctrina, sino que también algunos tribunales y partes requeridas – contra las que se había ordenado una entrada y registro – se plantearon su constitucionalidad. Así, el JPI nº31 de Barcelona el 10 de septiembre de 2002, presentó ante el TC la cuestión de inconstitucionalidad nº5090/2002, en la que, en síntesis, advertía de la posible inconstitucionalidad de la medida por no tener atribuida esta competencia los tribunales civiles en la LOPJ. No obstante, dicha cuestión no fue resuelta por el TC al ser inadmitida por defectos procesales.⁸⁹ De igual forma, ocurrió con el recurso de amparo nº 540/2006 presentado por parte de un requerido que se negó a practicar la diligencia preliminar solicitada, en el que alegaba la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por la entrada y registro efectuada. En este caso, el TC tampoco se manifestó sobre el fondo del asunto al dictaminar que el demandante de amparo no denunció en la instancia la vulneración del derecho fundamental, suponiendo un defecto procesal que no permitía prosperar el recurso de amparo interpuesto.⁹⁰

No obstante, dicha cuestión ya fue resuelta por el TC en sus sentencias 93/1988 y 91/1998, de 24 de mayo de 1998 y 23 de abril de 1998. En estas, se afirmó que el hecho de que no se incluyesen cada una de las competencias atribuidas a un órgano judicial en la LOPJ, no podía suponer que este careciese de ellas, pues la atribución mediante ley ordinaria ya era suficiente para que el tribunal fuese titular de las mismas en tanto que constituía un ejercicio de la potestad jurisdiccional que le corresponde a todos los jueces y tribunales, independientemente del tipo órgano ante el que nos encontrásemos.⁹¹

En consecuencia, no puede afirmarse que la diligencia preliminar de entrada y registro acordada por el Juez de lo Civil suponga una atribución de una competencia que devenga

⁸⁸ Ariza Colmenarejo, M.J. (2004) Consideraciones en torno a la entrada y registro del proceso civil. Aspectos Constitucionales. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (3) 1657-1663

⁸⁹ STC 222/2012, de 27 de noviembre de 2012.

⁹⁰ STC 175/2014, de 3 de noviembre de 2014.

⁹¹ De hecho, debe advertirse que de una mera lectura del art.87 de la LOPJ, el cual regula los supuestos de los que conocerá el juez de instrucción, se observa que la competencia de entrada y registro utilizada habitualmente por los Juzgados de Instrucción, no se encuentra atribuida de forma expresa a estos, sino que son los arts.545 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quiénes se la otorgan expresamente, siendo esta última una ley ordinaria.

inconstitucional, pues, aunque esta no se encuentre expresamente prevista en la LOPJ, supone un ejercicio de la potestad jurisdiccional que le corresponde por el mero hecho de ser la autoridad judicial y que se le atribuye mediante una ley, con la única finalidad de garantizar el éxito de la diligencia preliminar y cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante.

8. CONCLUSIONES

Como ya se expuso al inicio de este trabajo, una de las labores más complejas que se dan en el proceso civil es la de la correcta preparación de éste. La elaboración de la demanda supone un verdadero proceso en el que el demandante, debe detallar todos los hechos y razones de derecho en las que fundamenta la pretensión que ejercerá. Es en ese preciso momento, cuando se produce la compilación de todos los materiales e informaciones, en los que el demandante realiza un juicio de valor sobre la prosperabilidad del proceso que pretende incoar, pudiendo reparar en que es mejor su evitación.

La preparación del proceso civil supone la realización de una serie de actos que, aun no estando inmersos en un proceso judicial, adquieren gran trascendencia en él. Por ello, el legislador ha querido otorgarles a las partes un procedimiento previo en el que, con la ayuda de un tribunal, se prepare adecuadamente un proceso judicial.

Sin embargo, como ha podido observarse, la instrumentalidad de las diligencias preliminares y su eficacia, no cumplen en numerosas ocasiones con las expectativas de las partes que las ejecutan. La regulación de las diligencias preliminares, aun con la reforma de la LEC del año 2000, sigue suponiendo una regulación poco detallada e incompleta, que presenta lagunas que deben ser integradas con la interpretación de los tribunales y la doctrina, interpretaciones que, como se ha puesto de relieve en pocos casos, han sido unánimes.

El catálogo de diligencias preliminares a adoptar establecido en el art.256.1 LEC, constituye una lista cerrada en la que únicamente pueden solicitarse aquellas que se encuentran previstas. Sin embargo, a mi juicio, lo anterior resulta del todo erróneo, dada la infinidad de relaciones jurídicas sujetas a controversia y, la realidad social en las que se encuentran inmersas. Es por ello que, los tribunales deberían permitir una interpretación flexible de la institución, permitiendo a las partes solicitar aquellas diligencias que consideren necesarias para la preparación del proceso con la única finalidad de dar efectividad al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art.24 CE.

Lo anterior debería admitirse en todos aquellos casos que, independientemente de la diligencia que se solicite, concurren los requisitos necesarios para su práctica. Es decir: el criterio de finalidad, el de justa causa e interés legítimo y también, la obligatoriedad de prestación de caución, pues el objetivo de éstos es evitar aquellas prácticas de diligencias preliminares injustificadas. Sin embargo, a mi juicio, se ha de flexibilizar la prestación de caución en aquellos casos en los que el solicitante es beneficiario de asistencia jurídica gratuita, ya que de lo contrario se le está limitando el acceso a los tribunales, y, por consiguiente, su derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a las diligencias preliminares relativas a la declaración o exhibición de hechos sobre la capacidad, representación o legitimación y; a la exhibición y entrega de la historia clínica, debe concluirse que, tanto una como la otra, resultan diligencias preliminares con una especial trascendencia práctica, pues permiten al futuro demandante conocer a quién deberá dirigirse la demanda y adelantarse a que el demandante alegue cuestiones procesales en la audiencia previa, produciéndose así una sentencia absolutoria sin entrar en el fondo del asunto. En relación con la historia clínica, dada su novedad, ha resultado un tanto difícil la obtención de materiales para su estudio. Por ello, considero que sería interesante que se realizase un estudio más detallado sobre la misma, ya que supone una diligencia preliminar indispensable en los procesos relacionados con el ámbito sanitario en los que las pretensiones que se ejercitan persiguen la depuración de responsabilidades civiles por malas praxis.

Por último, y, en relación al procedimiento de solicitud y adopción de las diligencias preliminares, se ha podido comprobar que la LEC da una regulación clara y detallada, estableciendo cuáles serán los motivos de oposición que podrá aducir el requerido y las consecuencias de la negativa a no llevar a cabo las diligencias preliminares, las cuales serán la *ficta confessio* y la entrada y registro. Sobre esta última medida debe apuntarse que, aun siendo ésta criticada por parte de la doctrina, la entrada y registro, a mi juicio, supone el mayor exponente de la voluntad de legislador de dar virtualidad a las diligencias preliminares, pues ordenarla, en numerosas ocasiones, es la única forma de obtener los documentos que precisa una parte para preparar el futuro proceso cuando el requerido se niega a proporcionarlos.

9. BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S., de Montalvo Jääskeläinen, Corripio Gil-Delgado, M y Veiga Copo, A. (2008) *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Ariza Colmenarejo, M.J. (2004) Consideraciones en torno a la entrada y registro del proceso civil. Aspectos Constitucionales. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (3)

Banacluche Palao, J. (2003) *Las diligencias preliminares* Madrid: Ed. Civitas.

Bellido Penadés, R. Y Ortells Ramos, M.: *Introducción. Finalidad y técnicas de delimitación de las diligencias preliminares*

Callejo Carrión, S. (2006) “Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas”, *Actualidad Civil*, 1

Castrillo, R. (2018). *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*. Barcelona: Bosch editor.

Corbal Fernández, Jesús. y Brocá Montagut, Guillermo. y Majada, Arturo (1989): *Práctica procesal Civil, 23ª ed.*, Barcelona: Ed. Bosch.

De la Oliva Santos, A. (2016). *Curso derecho procesal civil II parte especial, 3ª ed.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

De la Oliva, A., Díez-Picazo, I., Vegas, J. (2016). *Curso de derecho procesal civil II, parte especial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Esteban de la Rosa, G. (2014): Prueba Judicial y Práctica del Discovery en la Unión Europea, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*.

Garberí Llobregat, J (2009).: *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona: Ed. Bosch

Garciandía González P. M (2001), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Pamplona: Aranzadi

Gimeno Sendra, V. (2012) *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General* Madrid: Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.

Gual Grau, C. (2011). Breves apuntes sobre el Discovery, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*

Iberley (2020) *Regulación de los criterios de atribución de la competencia objetiva en el orden civil*. Iberley Editorial Jurídica

López Martínez, J.C. (2015). *Problemas de competencia en el orden civil. Recopilación de los criterios seguidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Martínez del Toro, S., (2019) *Diligencias Preliminares. Análisis Jurisprudencial. El Derecho*.

Montero Aroca, J. (2009). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Pastor Álvarez, J. (2017), *La Adopción De Medidas Cautelares En El Proceso Civil Y La Asistencia Jurídica Gratuita*. *Lawreview.elsa-spain.org*.

Pérez Benítez, J.J. (2006). Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada. *Diario la ley*, 6598.

Pérez Daudí, V., (2012). *Las Medidas Cautelares En El Proceso Civil*. Barcelona: Atelier.

Picó i Junoy, J. (2001). "La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", 7, *La Ley Digital*.

Ruíz de la Fuente, Consuelo (2011): *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*. Barcelona: Ed. Atelier.

Sande Mayo, M.J, (2017) en su *Particularidades De La Diligencia Preliminar Regulada En El Artículo 256.1.6 LEC*.

Strong, S.I., Fach Gómez, K. y Carballo Piñeiro, L. (2016), *Derecho comparado para abogados anglosajones e hispanoparlantes*. Northampton: Ed. Edward Elgar.

Vallespín Pérez, D.: Algunas reflexiones acerca de la petición de la histórica clínica como diligencia preliminar

Villar, I. (2013). La práctica de las diligencias de comprobación de hechos en la propiedad industrial y competencia desleal. (Una posible consecuencia probatoria). *Revista general de Derecho Procesal*, 30.

Villar Fuentes, I., (2014). *Las Diligencias Preliminares De Los Procesos De Propiedad Industrial Y Competencia Desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch

10. RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS

SAP de Zaragoza 473/2001, de 27 de febrero

AAP de Valencia 6/2006, de 23 de enero

ATS nº 20/2002, 1 de noviembre

AAP Asturias nº 88/2002, de 28 de junio

SAP de Burgos nº 98/2001, de 21 de febrero

AAP de Navarra de 23 de octubre

AAP de Madrid nº 132/2005, de 20 de mayo

AAP de Barcelona nº354/2005, de 13 de diciembre

AAP de Sevilla en su auto nº346/2003, de 13 de mayo

AAP de las Palmas, nº66/201, de 28 de abril

AAP de Granada nº 223/2001, de 18 de octubre

AAP de Tarragona nº 639/2008, de 24 de septiembre

AAP de Cádiz nº 11/2005, de 8 de abril

AAP de Baleares nº 53/2017, de 20 de febrero

AAP de Madrid en su auto nº 101/2007, 13 de abril

AAP de Alicante nº 48/2015, de 4 de junio

AAP de Sevilla (sección 5.^a), de 5 de diciembre

SAP de Cáceres (Sección 1^a), de 4 de diciembre

AAP de Barcelona nº81/2008, de 28 de mayo

AAP de Sevilla nº26/2012, del 8 de febrero

AAP de Madrid (sección 12^a) de 31 de enero

STS, Sala de lo Civil, de 2 de abril 2014

AAP de Burgos nº 272/2009, de 19 de junio

AAP de Madrid nº 147/2009, de 30 de junio

AAP de Castellón nº 13/2008, de 28 de enero

AAP de Asturias nº 209/2005, de 20 de julio

AAP de la Rioja nº 5/2019 de 18 de enero

AAP de Almería nº26/2006, de 23 marzo

AAP de Barcelona nº135/2017, de 8 de mayo

AAP de Barcelona nº179/2008, de 29 de julio

AAP de Zamora nº109/2005, de 30 de diciembre

AAP de León nº120/2009, de 25 de febrero

AAP de Cádiz nº 3/2009, de 7 de enero

SAP de Barcelona nº 828/2003, de 27 de noviembre

AAP de Madrid nº 529/2010, de 28 de julio

AAP de Madrid nº 75/2004, de 6 de febrero

STC 222/2012, de 27 de noviembre

STC 175/2014, de 3 de noviembre