

DILIGENCIAS PRELIMINARES Y LA NEGATIVA A SU PRÁCTICA (ART.261 LEC 1/2000)

Mónica García Vila
Dpto. Derecho Administrativo y Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. Consideraciones Generales. II. Diligencia preliminar sobre la capacidad, representación y legitimación (256.1º) : 1. Declaración sobre la capacidad, representación y legitimación del futuro demandado. 2. Negativa a llevar a cabo la declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación. III. Diligencia preliminar de exhibición de documentos contables (256.4º): 1. Exhibición de documentos contables. 2. Negativa a la exhibición de documentos contables. IV. Diligencia preliminar de exhibición del acto de última voluntad (256.3º). V. Diligencia preliminar de exhibición de contrato de seguro (256.5º). VI. Diligencia preliminar de exhibición de cosa (256.2º). VII. Diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo (256.6º). VIII. Negativa a llevar a cabo las diligencias de los artículos 256.3º; 256.5º; 256.2º; 256.6º. Especial referencia a la entrada y registro.

I. Consideraciones Generales

Ni en la LEC de 1881 ni en la LEC 1/2000 se ofrece una definición de lo que constituyen las diligencias preliminares. Ciertamente la referencia contenida al inicio del artículo 256 de la LEC 1/2000 “todo juicio podrá prepararse”, nos puede servir para definir las diligencias preliminares como aquellas actividades que previas al proceso se solicitan al órgano jurisdiccional con la finalidad de preparar el mismo. Como se afirma en la Sentencia 5 de febrero de 1999, AP de Jaén (AC 1999/4392); *“las diligencias preliminares tienen una finalidad esencial y específica, que es la de obtener la necesaria y adecuada información sobre determinadas cuestiones al objeto del correcto planteamiento de un proceso ulterior”*¹.

Los datos e información que se requieren para preparar un futuro proceso pueden ser muy diversos y provenir de causas de diverso tipo. Diversidad que se refleja en la heterogeneidad de las diligencias preliminares reguladas en el artículo 256 LEC 1/2000. Las mismas pueden agruparse en diligencias objetivas y subjetivas² en función de la calidad de los datos que se precisan para preparar el futuro proceso.

¹ En este sentido Sentencia 16 de julio de 1999, AP de Teruel, (AC 1999/1231); *“ la finalidad esencial de las diligencias preliminares es la de conceder a cualquier persona legitimada para ello, la facultad de interpretar la tutela de los órganos judiciales para precisar y aclarar datos, elementos y cuestiones para ser usados en un eventual y posterior proceso judicial”*.

² Como señala MONTERO AROCA; *“la finalidad de las diligencias preliminares puede ser doble: 1) Despejar dudas sobre la afirmación de titularidad normalmente pasiva, pero en algún caso también activa, a hacer en un futuro proceso, pretendiendo evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil, que acabaría en una sentencia meramente procesal, y 2) Preparar el futuro proceso aclarando algún elemento desconocido del tema de fondo”*, Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, 10º edición, junto con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 153.

Desde el punto de vista subjetivo la solicitud de diligencias preliminares para la preparación del juicio va normalmente encaminada a la averiguación de determinados datos que son necesarios para identificar al sujeto pasivo del futuro proceso, muestra de ello es la diligencia recogida en el apartado primero del artículo 256. Si bien la finalidad de identificación del futuro demandado es la finalidad que tradicionalmente se le ha atribuido a las diligencias preliminares subjetivas, también a través de las mismas se pueden obtener datos que resulten indispensables para poder identificar no a los futuros legitimados pasivos sino a los posibles demandantes o legitimados activos, como es el caso de la diligencia contenida en el apartado 6º del artículo 256.

Objetivamente la solicitud de diligencias preliminares tiene como propósito la averiguación de determinados datos o elementos que son necesarios desde el punto de vista objetivo para preparar la demanda del proceso posterior. Datos o elementos que realmente son imprescindibles para que el demandante pueda fundamentar la demanda, en el sentido de fundamentar la pretensión que va a solicitar, ya que no es suficiente la existencia de una petición sino que es preciso que esa petición aparezca fundada. Entre las diligencias preliminares objetivas que se pueden solicitar, podemos destacar la exhibición de documentos, libros . . .etc. (art.256.4º y 5º LEC)³.

No es suficiente la mera solicitud de una diligencia preliminar de quien pretende iniciar el proceso para que el órgano jurisdiccional acceda a acordarla, es necesario que se cumplan una serie de presupuestos. En la nueva regulación de las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 (artículos 256- 263) no existe un artículo específico en el que se mencione la necesidad de la concurrencia de determinados requisitos para que la diligencia preliminar sea acordada por el órgano jurisdiccional. La exigencia de los mismos se deduce de lo previsto en el artículo 258 LEC en el que se establece que *“si el tribunal apreciar 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”*. Presupuestos éstos que el solicitante deberá fijar y fundamentar en la solicitud de la diligencia preliminar, y, siempre referidos al objeto del futuro proceso (artículo 256.2)⁴. Son, por tanto, tres los presupuestos indispensables para que la diligencia preliminar

³ Junto con la finalidad de preparar el ulterior proceso, las diligencias preliminares cumplen, por su propia naturaleza, otro tipo de objetivos. En el caso de las diligencias preliminares subjetivas su práctica puede evitar, en determinadas ocasiones, la realización de un proceso inútil, o lo que es lo mismo, que el proceso acabe con una sentencia meramente procesal, situación que se produciría en el caso de que el proceso no se hubiera planteado entre quienes deberían estar legitimados. Precisamente uno de los objetivos de la nueva LEC 1/2000 consiste en evitar en la medida de lo posible, las sentencias meramente procesales, determinando en el preámbulo de su propia Exposición de Motivos que *“no hay nada más ineficaz desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva que una sentencia absolutoria en la instancia por falta de presupuestos procesales”*, como sería el caso de falta de legitimación. Si las diligencias preliminares permiten que se obtenga una sentencia sobre el fondo del asunto y el derecho a la tutela judicial efectiva consiste fundamentalmente en que el ciudadano obtenga una sentencia sobre el fondo del asunto, podemos afirmar que las diligencias preliminares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

pretendida pueda ser acordada y consecuentemente practicada; a) interés legítimo; b) justa causa; c) adecuación a la finalidad pretendida. A estos tres presupuestos ha de añadirse el presupuesto de legalidad, únicamente se acordarán las diligencias preliminares previstas en la LEC y en las leyes especiales.

Si el tribunal ante la solicitud del requirente comprueba que concurren estos cuatro presupuestos, es decir que; 1) es una diligencia preliminar regulada en norma con rango de ley, 2) que existe una apariencia de controversia; 3) que realmente para poder preparar el futuro proceso donde se dilucide esa controversia el solicitante requiere de la práctica de una diligencia preliminar, y, 4) que la diligencia preliminar en concreto solicitada es proporcionada y adecuada para responder a esa finalidad, accederá a la pretensión mediante auto (art.658.2 LEC).

En el auto en el que se accede a la solicitud, se citará y requerirá a los interesados para que, en la sede del tribunal o en el lugar y del modo que se consideren oportunos, y dentro de los diez días siguientes, se lleve a cabo la diligencia que haya sido solicitada y acordada (art. 259.1).

Recibida la citación por los interesados, el requerido para la práctica de la diligencia podrá adoptar tres posturas; a) acceder a la práctica de las diligencias, para lo que se presentará en el lugar en que haya de practicarse la diligencia y en el día y hora señalados por el tribunal; b) oponerse a la práctica de la diligencia preliminar, para lo que deberá presentar al tribunal, en el plazo de cinco días desde que recibe la citación, el correspondiente escrito de oposición (art.260); c) negarse a llevar a cabo la diligencia, conducta que se producirá, si el requerido ni accede a la práctica, ni presenta escrito de oposición.

Las páginas siguientes están dedicadas al estudio de esta última actitud del requerido que se niega a la práctica de la diligencia preliminar, más concretamente, a las medidas que la LEC ha previsto para cuando suceda esta situación. Con anterioridad a la LEC 1/2000 la doctrina ponía de manifiesto la inefectividad de las diligencias preliminares, ya que no existía ningún mecanismo de coerción ante la negativa del requerido para la práctica de las mismas, no regulándose por tanto un régimen de consecuencias ante la actitud del requerido de rehusar a su práctica⁵. La nueva LEC se ha hecho eco de estas reclamaciones y ha acompañado a la regulación

⁴ En el apartado segundo del artículo 256 se señala que “en la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar”.

⁵ En este sentido se manifestaba la SAP Jaén, 15-10-99 (AC 1999/406); *“según se infiere de lo dispuesto en el art. 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo entiende sin discrepancia la doctrina, se haya seguido o no el proceso incidental por haber surgido oposición del requerido, no cabe coacción directa o mediata de ejecución material para que la exhibición o presentación se realice, por lo mismo que la diligencia preliminar no cambia su naturaleza aun en la segunda hipótesis, y por tratarse de un hecho personal, se opera la sustitución por vía indemnizatoria de los posibles daños y perjuicios, lo que en consecuencia determina que ni cabe cumplimiento coactivo ni es posible medio alguno de apremio o coercitivo distinto del indirecto representado por esa posible condena al resarcimiento del quebranto ocasionado”*.

de las distintas diligencias preliminares que se pueden acordar, un conjunto de medidas que el tribunal, ante la negativa del requerido, puede acordar (art.261 LEC)⁶.

Para poder efectuar el examen de éste último precepto, será necesario que analicemos en qué consiste cada una de las diligencias preliminares reguladas en la LEC (art. 256) para determinar cuáles son las consecuencias de la negativa del requerido a practicarlas.

II. Diligencia preliminar sobre capacidad representación y legitimación (art. 256.1º)

1. Declaración sobre la capacidad, representación y legitimación del futuro demandado.

Según dispone el artículo 256.1º, todo juicio podrá prepararse: *“Por petición de que la persona a quien se dirija 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”*.

El antecedente de la LEC de 1881 se hallaba en el artículo 497.1º, todo juicio podrá prepararse: *“Pidiendo declaración jurada el que pretenda demandar a aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a la personalidad de éste, y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en el juicio”*.

En este epígrafe examinamos únicamente la declaración sobre algún hecho relativo a la capacidad, representación o legitimación de la persona a quien se dirigirá la demanda(art. 256.1º) y no la exhibición de documentos en los que consten las mismas, porque las consecuencias de la negativa a la exhibición de documentos son diferentes a las previstas para la negativa a la declaración. La exhibición de documentos será analizada posteriormente junto con otras diligencias cuya negativa a practicarlas acarrea las mismas consecuencias.

La primera cuestión que destaca de la nueva regulación de esta diligencia preliminar es la sustitución del término *personalidad* por el de capacidad, representación y legitimación, y la posibilidad de solicitar la exhibición de documentos donde consten las mismas que no se preveía en la LEC de 1881. También se sustituye la exigencia de que “sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en el proceso”

⁶ En la Exposición de Motivos de la LEC se determina que “Las diligencias preliminares del proceso establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no distaban mucho del completo desuso, al no considerarse de utilidad, dadas las escasas consecuencias de la negativa a llevar a cabo los comportamientos preparatorios previstos, pese a que el tribunal considerara justificada la solicitud del interesado. Por estos motivos, algunas iniciativas de reforma procesal civil se inclinaron a prescindir e este instituto. Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no

por la de que “cuyo conocimiento sea necesario para el pleito”, que parece comportar una mayor amplitud.

La solicitud de esta diligencia preliminar (256.1º, párrafo 1º), está encaminada a la averiguación de determinados datos que son necesarios para identificar al sujeto pasivo del futuro proceso principal frente al que dirigir la demanda, por lo que la misma puede ser calificada claramente como una diligencia preliminar subjetiva.

Con la solicitud y, en su caso, práctica de esta diligencia no sólo puede conocerse efectivamente los datos necesarios para preparar el proceso, referidos al futuro demandado, sino que también, a través de la misma se puede evitar la realización de un proceso inútil, o lo que es lo mismo, que el proceso acabe con una sentencia meramente procesal, situación que se produciría en el supuesto de que el proceso se hubiera iniciado y llevado a cabo frente a una persona o personas que carecen de alguno de estos presupuestos procesales: capacidad, representación y legitimación.

Descendiendo a la declaración que se solicita, puede que el futuro actor desconozca totalmente frente a quien ha de dirigir la demanda, pero también es posible que sepa contra quien ha de interponerla pero que desconozca si éste último reúne los presupuestos de capacidad, representación o legitimación, necesarios para que la relación jurídico-procesal futura quede válidamente constituida.

Los posibles datos que a través de esta diligencia se pretenden averiguar son diversos por la amplitud de los presupuestos sobre los que se puede indagar (capacidad, representación y legitimación) y por la diversidad de casos en los que se puede plantear. Como señala GARNICA MARTÍN, los supuestos en los que este precepto puede ser de utilidad son numerosos;

“1. Los casos en los que se haya producido, o pudiera haberse producido una sucesión mortis causa que afecte a la relación jurídica controvertida.

2. Todos los supuestos de sucesión inter vivos en la relación jurídica, o en los que haya podido existir esa posibilidad.

3. Los supuestos en los que no se conozca con seguridad la identidad de la persona física o jurídica que se pretenda demandar.

4. Los innumerables casos, particularmente en reclamaciones de resarcimiento de daños, en los que se desconozca si el autor de los mismos actuaba por cuenta propia o ajena. Es decir para determinar el ámbito de los posibles legitimados pasivos.

5. Cuando se quiera demandar a los diversos integrantes de una comunidad de bienes, o a los consocios, o a los integrantes de una unión sin personalidad y se desconozca su identidad.

6. En los supuestos en los que se pretenda ejercitar una acción con fundamento en lo establecido en el art. 1597 del Código Civil frente al dueño de una

obra ajustada a precio alzado por parte de los que han puesto en ella materiales o trabajo, en reclamación de lo que se les adeude por parte del contratista, con objeto de poder conocer si existe deuda pendiente de abono por su parte al contratista”⁷.

También sería posible conocer determinados datos sobre la condición de representante legal o necesario de otra persona, por ejemplo en el caso de demandar a una persona jurídica saber si la persona frente a la que se va a dirigir la demanda es realmente el representante legal de la misma⁸.

Lo mismo cabe decir de la legitimación, partiendo de que la legitimación es un presupuesto procesal y no una cuestión de fondo⁹, son muchos los supuestos en los que para no sólo conocer al futuro demandado sino también para evitar que se lleguen a dictar sentencias meramente procesales, se precisan conocer datos relativos a la legitimación. Por ejemplo, en materia de condiciones generales de la contratación el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa se dirigen frente un profesional que utilice o recomiende el empleo de condiciones generales que se consideren nulas, el futuro actor puede necesitar conocer determinados datos para verificar la condición de profesional o empresario de aquél contra el que pretende incoar el proceso.

Partiendo de la amplitud de posibilidades que ofrece esta diligencia preliminar, surge la cuestión de quién puede ser el destinatario de la misma. Según previene el artículo 256.1º el sujeto pasivo de la declaración es la *“persona a quien se dirigirá la demanda”*, de lo que parece deducirse que el sujeto destinatario de la declaración debe ser necesariamente el futuro demandado y no puede ser objeto de la misma una tercera persona diferente. La mayoría de la doctrina determina que el sujeto pasivo de esta diligencia es el futuro demandado y no se plantean la posibilidad de que sea una

responsabilidad por daños y perjuicios”.

⁷ Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, coords: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M, A; RIFÁ SOLER, J, Mª ; VALLS GOMBAU, J,F, Tomo I, Iurium, Barcelona, 2000, p. 1149.

⁸ En palabras de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I, *“La diligencia consistente en la declaración de hechos o exhibición de documentos sobre capacidad, representación y legitimación, tiene un amplio contenido y puede resultar conducente en todos aquellos casos en que, por cualquier motivo, el solicitante carece de ciertos datos sobre la capacidad de obrar de una determinada persona, su condición de representante legal o necesario de otra o, por ejemplo, su carácter de sucesor inter vivos o mortis causa.”*, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, DE LA OLIVA SANTOS; Díez-PICAZO GIMENEZ; VEGAS TORRES, BANACLOCHE PALAO, Civitas, Madrid, 2001, p. 478.

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

⁹ GUTIERREZ SANZ, Mª R, considera “llamativa la inclusión del término legitimación como objeto de una diligencia preliminar. Como es sabido, la legitimación es una cuestión de fondo y prácticamente en ningún caso puede ser determinada su existencia en este momento procesal. Tal vez sea más correcto hablar de parte legitimada”, Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, coord: CABAÑAS GARCÍA, Trivium, Madrid, 2000, p. 296.

Por su parte GARNICA MARTÍN, determina que “La referencia al concepto de legitimación puede hacer pensar que también cabría solicitar la exhibición de documentos relacionados con la misma. No obstante, debe repararse que en lo que no puede convertirse por esta vía las diligencias preliminares es en diligencias de anticipación probatoria. Para ello es preciso que se enjuicie adecuadamente su admisibilidad desde los principios generales de la justa causa e interés legítimo a los que se condiciona la misma”. , ob cit, p. 1149-1150.

tercera persona la que declare sobre algún hecho relativo a la capacidad, representación o legitimación del futuro demandado.

La finalidad de esta diligencia es precisamente la de delimitar el futuro sujeto pasivo del proceso principal y es más que probable que del resultado de la misma se descubra que el sujeto pasivo del futuro proceso no es la persona con la que se ha entendido la diligencia. Sobre esto no parece haber discusión. Pero lo que nosotros planteamos es sí es posible solicitar la declaración sobre la capacidad, representación o legitimación del futuro demandado a una persona o personas que en ningún caso van reunir esta última condición. Pese al tenor literal del art. 256.1º, consideramos que si el futuro actor necesita esa información de un tercero para conocer la identidad del futuro demandado y consecuentemente para preparar su demanda, y concurren los presupuestos que se requieren para acordar la diligencia (interés legítimo, justa causa y proporcionalidad) podrá el órgano jurisdiccional, si lo considera oportuno acordarla¹⁰. En cualquier caso, la condición del sujeto pasivo puede ser tanto una persona física como jurídica, privada o pública¹¹.

No se prevé el cauce o la forma en que debe llevarse a cabo la declaración. La mayoría de la doctrina¹² coincide en que se debe acudir a la regulación del interrogatorio de partes (arts. 301-306). En todo caso, las preguntas deben circunscribirse a la capacidad, representación o legitimación del futuro demandado, quedando fuera cualquier cuestión que corresponda a la intimidad del sujeto pasivo¹³.

2. Negativa a llevar a cabo la declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación.

Las consecuencias de la negativa del requerido a la declaración del artículo 256.1º aparecen en el artículo 261: Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formularse oposición, el tribunal, mediante providencia acordará las

¹⁰ De este modo se manifiesta ALVAREZ ALARCÓN, A, "El requerido mediante esta diligencia no necesariamente tiene por qué ser el futuro demandado, aunque sea indicado condicionalmente, a expensas de una eventual respuesta afirmativa a las preguntas que le formulen de modo preliminar. Ciertamente, el sujeto pasivo puede ser un testigo del ulterior proceso principal. Por ejemplo, cuando lo que se busca es identificar al propietario de algún animal que produjo daños; en este supuesto podrá solicitarse que una persona determinada manifieste si conoce al animal que los produjo y si sabe quien es su propietario", Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, coord: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J, Volumen II, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, p. 38.

¹¹ En este sentido BARONA VILAR, S, "Nada se dice en la LEC sobre la calidad y determinación del requerido para la práctica de esta diligencia, si bine no existe óbice para que se trate de persona física o jurídica, incluso que la requerida sea una persona de derecho público.", El Proceso Civil, Volumen III, Artículos 248 a 386 inclusive, coord: ESCRIBANO MORA, F, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2011.

¹² MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional, ob cit, p. 154; GARNICA MARTÍN, ob cit, 1150.

No obstante ALVAREZ ALARCÓN, A, considera que "la medida es una declaración "bajo juramento o promesa de decir la verdad", formula que es la que se sigue para las declaraciones de testigos (art. 365 LEC), pero no para las partes, a las que nunca se les exige tal juramento o promesa. Parece, pues, que está pensando más bien en un testigo que una parte.", ob cit, p. 38.

Si bien no manifiesta de modo expreso que la declaración debe hacerse conforme a la declaración de testigos (360-382), de sus palabras podría deducirse esta postura.

¹³ "A través de estas diligencias no está permitida la obtención de datos que no sean estrictamente necesarios para asegurar el contradictorio, por lo que quedarían fuera de su ámbito las indagaciones relativas a datos que afecten a la intimidad personal", Vid, DAMIÁN MORENO, J, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II, director: LORCA NAVARRETE, A, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 49.

siguientes medidas: 1º *“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”*.

Esta consecuencia únicamente es aplicable a la negativa a practicar la diligencia de declaración, no para la negativa de la exhibición de documentos donde conste la capacidad, representación o legitimación, a la que le corresponde la consecuencia prevista en el artículo 261.2º que examinaremos posteriormente. La consecuencia prevista en el artículo 261.1º, es similar, como comprobaremos, a la establecida para el caso de negativa a la exhibición de documentos contables (art. 261.4º).

Para que se aplique la medida del artículo 261.1º son necesarios una serie de presupuestos que, por otro lado, son predicables para todos los casos que prevé el artículo 261: 1. Que se haya acordado la diligencia preliminar solicitada por el órgano jurisdiccional mediante auto. 2. Que se haya citado y requerido correctamente al sujeto pasivo para su práctica, indicando el día y el lugar en que debe procederse a su práctica. 3. Que el sujeto referido no haya acudido a la citación para la práctica de la diligencia ni haya formulado oposición a la misma como le permite el artículo 260.

Si se dan todas estas circunstancias el tribunal acordará por providencia que *“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”*. El hecho de que el sujeto pasivo de la diligencia se niegue a su práctica no supone que automáticamente las preguntas que le iba a formular el futuro actor se entiendan respondidas afirmativamente, ni que los hechos sobre la capacidad, representación o legitimación se conviertan en hechos admitidos respecto del juicio posterior, sino que esto podrá suceder, como indica el tiempo condicional empleado por el precepto *“se podrán”*. Surge entonces la cuestión de cuáles son las condiciones para que esto llegue a producirse, o en sentido negativo, cuáles son los condicionantes necesarios para evitar esta consecuencia.

Todo depende del desarrollo del futuro proceso, principalmente de la práctica de las pruebas: Primero: si el sujeto pasivo se niega o no contesta a las preguntas ni formula oposición, el actor interpondrá la demanda contra aquél que (pese a sus dudas) considera que es el futuro demandado. Segundo: El órgano jurisdiccional competente para acordar las diligencias preliminares es el que puede adoptar las medidas previstas en el artículo 261. En el supuesto del apartado primero, lo que hará el tribunal será dejar constancia en la providencia de que el sujeto pasivo se ha negado a declarar y que como consecuencia de ello las preguntas que le hubiere formulado el solicitante podrán tenerse por respondidas y los hechos correspondientes podrán considerarse admitidos. Tercero: En ningún caso, lo dispuesto en esta

providencia vinculará al tribunal competente para el proceso principal¹⁴, que en la mayoría de los casos será diferente del que acordó la diligencia preliminar. Junto a la no vinculación, como principio general, es posible que tanto las supuestas respuestas como los hechos presuntamente admitidos, se desvirtúen a lo largo del proceso¹⁵. En cualquier caso, será a la hora de dictar sentencia cuando, junto a la valoración de todas las pruebas, se decidirá sobre la certeza o no de los mismos.

Por último, si la desvirtuación de los hechos no se produce a lo largo del proceso, para que efectivamente se tengan por ciertos, deberá existir una constancia de los mismos, más concretamente de las preguntas que el solicitante pretendió hacer al sujeto pasivo. En este sentido DAMIAN MORENO señala que *“habrá que hacer constar en el acta la pregunta o preguntas que el solicitante se propusiera formularle”*¹⁶. GARNICA MARTÍN considera que el cauce para llevar a cabo la diligencia preliminar de declaración ha de ser el interrogatorio de parte, pero para que opere lo dispuesto en el artículo 261 será necesario que las preguntas se formulen por escrito¹⁷.

¹⁴ De este modo se ha manifestado la mayoría de la doctrina:

DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I, *“Cuando la consecuencia jurídica de la negativa consista en poder tener por ciertos los hechos, lo lógico es entender que no es el tribunal que está conociendo de las diligencias el que decide ya, en la providencia, la certeza de esos hechos, sino que será, llegado el caso, el tribunal del ulterior proceso el que podrá aplicar esa regla de ficta confessio. Notesé que la ley dice se podrán tener, lo que significa que la ficta confessio no es automática.”*, ob cit, p. 487-488.

Por su parte, ALVAREZ ALARCÓN, A, *“el valor de declaraciones relativas a la capacidad, representación o legitimación del requerido, vertidas como consecuencia de la práctica de la diligencia preliminar primera: ¿obliga al tribunal del juicio posterior a estar y pasar por lo afirmado en estas diligencias?. Considerando las razones de orden público que subyacen en las cuestiones objeto de esta clase de declaraciones preliminares, no parece que pueda quedar vinculado el tribunal postrero a ellas”*. *“La norma señala que se podrán producir unas consecuencias en el proceso principal que posteriormente se inicie. Es decir, estamos ante unos efectos procesales como consecuencia de una actitud renuente del sujeto pasivo, que nos llevan a pensar que estamos en presencia de una carga procesal. Los efectos, a que seguidamente se hará mención, no se imponen necesariamente, sino que “podrán” ser apreciados así por el tribunal. Los supuestos que aquí se consideran son los que se contemplan en los párrafos primero y cuarto del apartado primero del artículo 261: a) diligencia de declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación y legitimación del futuro demandado; b) exhibición de documentos contables. En ambos casos se advierte que en el juicio posterior se podrán tener por admitidos los hechos a que se refieran las preguntas o tener por ciertos las cuentas y datos presentados por el solicitante. Dos razones existen para que no se obligue al tribunal del juicio posterior, que puede ser además, distinto del que acuerde la diligencia preliminar. De un lado, porque, del conjunto de las demás pruebas que se practiquen en dicho proceso, puede concluirse que no son ciertos los hechos ni los datos o cuentas tenidos por tales, como consecuencia de la negativa a la preliminar. De otro, porque pudiera acontecer que el sujeto pasivo, de la diligencia de declaración o de exhibición de documentos contables, no fuera el demandado en el juicio posterior y éste no puede quedar vinculado por actos u omisiones de los que no es responsable.”*, ob cit, pp. 65-66.

A GARNICA MARTÍN también le llama la atención lo dispuesto en este precepto: *“lo primero que llama la atención de los términos en los que aparece redactada esta auténtica norma sancionadora es que se utilice la expresión “se podrán tener” en lugar de “se tendrán”. ¿Significa que el Juez podrá a su libre arbitrio decidir si aplica o no la sanción prevista por el legislador?. No creemos que sea ese el sentido que tiene la expresión, sino otro bien distinto y que tiene que ver con el hecho de que cuando tiene que producirse esa consecuencia no es en el propio procedimiento de preliminares, sino en el ulterior juicio declarativo. En ese ulterior juicio declarativo, es bien conocido que la valoración de la prueba ha de ser realizada en su conjunto, de forma que lo que no puede hacer el legislador es ir creando expectros, falsas verdades, como podría ocurrir si se dispusiera tajantemente “se tendrán”. Por consiguiente, en el expediente de preliminares el juez no debe decir nada, sino que debe limitarse a dictar providencia en la que simplemente se disponga que en el ulterior proceso se le podrá tener al solicitado como confeso. Pero en realidad no será sino hasta la sentencia que ponga fin a ese segundo proceso cuando la eventual sanción se podrá hacer efectiva.”*, ob cit, p. 1185.

¹⁵ Por ejemplo, respecto a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal, su falta puede ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso (art.9).

¹⁶ Ob cit, p. 20.

¹⁷ Ob cit, p.1150.

III. Diligencia preliminar de exhibición de documentos contables (art. 256.4º)

1. Exhibición de documentos contables

La razón del estudio de esta diligencia preliminar de exhibición de documentos contables tras el examen de la diligencia del art.256.1º es porque las consecuencias previstas para el caso de que el sujeto pasivo requerido para la exhibición de documentos contables se niegue, son similares a las previstas para el caso de negativa a la declaración examinadas *supra*.

Conforme al artículo 261; Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulase oposición, el tribunal mediante providencia acordará las siguientes medidas: 4º *“Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y los datos que presente el solicitante”*.

Como cuestión previa es necesario precisar que la consecuencia del artículo 261.4º no se aplica enteramente a la diligencia preliminar del artículo 256.4: *“todo juicio podrá prepararse por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder”*. En esta diligencia preliminar se distingue entre exhibición de documentos en general y cuentas. Si la negativa se produce respecto a la exhibición de documentos en general la consecuencia es la prevista en el artículo 261.2 que se refiere a la exhibición de documentos y títulos. Si la negativa lo es respecto a la exhibición de cuentas es cuando se aplica el artículo 261.4º que examinamos.

Por lo que se refiere a la exhibición de documentos contables, esta diligencia puede ser calificada tanto como diligencia preliminar objetiva como subjetiva. En efecto, a través de los documentos cuya exhibición se solicita, puede que el futuro actor quiera conocer al futuro demandado, es decir, frente a quien debe interponer la demanda, pero también la finalidad de la exhibición puede ser para averiguar el alcance de sus pretensiones, sabiendo, en este caso, frente a quien ha de dirigir su demanda.

El solicitante de la diligencia preliminar tiene que acreditar en su solicitud su condición de socio o comunero de la sociedad o comunidad sobre la que pide la exhibición de los documentos contables.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, a diferencia de la diligencia de declaración del art. 256.1º, aquí el legislador ha especificado quienes pueden ser los destinatarios de la misma: a) La comunidad o sociedad; b) El condueño o consocio que los tenga en su poder¹⁸. No siendo posible, por tanto, que el destinatario de la diligencia sea una tercera persona distinta de las mencionadas.

Los términos de sociedad y comunidad empleados por el legislador son muy amplios, quedando comprendidos dentro de los mismos entidades de diverso tipo; sociedades civiles, cooperativas, entidades sin personalidad, asociaciones empresariales, etc¹⁹.

Uno de los problemas que ha provocado la diligencia preliminar de exhibición de cuentas del artículo 261.4º es la supresión de la referencia del antiguo artículo 497.5º de la LEC 1881 de “en los casos en que proceda con arreglo a derecho”. El artículo 497.5º rezaba del siguiente modo: *“todo juicio podrá prepararse: pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la Sociedad o comunidad al consocio o condueño que los tenga en su poder, en los casos que proceda con arreglo a derecho”*.

De la supresión de este inciso pueden hacerse dos interpretaciones: a) que el legislador lo ha suprimido por que considera que es obvio y, por ello, continúa vigente y debe seguir aplicándose; o b) que la supresión del inciso amplía las posibilidades en las que se puede solicitar dicha exhibición. El sector mayoritario de la doctrina se muestra a favor de la primera interpretación. Sin embargo, GARNICA MARTÍN considera que esta supresión *“concede un mayor grado de apertura a esta diligencia, apertura necesaria, sin que, en ningún caso, pueda ser utilizada por el socio o comunero para interferir la marcha de la sociedad o comunidad. La razón es bien evidente y es que el Juez debe determinar en cada caso si concurre o no justa causa o interés legítimo en la petición, con lo que es suficiente para que pueda evitarse ese uso desviado, o abuso, de la norma”*²⁰.

¹⁸ Como indica BARONA VILAR, S, *“En muchas ocasiones son las normas de la sociedad o de la comunidad las que establecen quienes son los órganos-personas físicas (gestor, gerente, administrador, etc) que deberán asumir la obligación de exhibir.”*, ob cit, p. 2015.

¹⁹ *“La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de equiparar jurídicamente los miembros de las federaciones deportivas a la de los socios, a los efectos de poder formular petición de esta diligencia”*, Vid BARONA VILAR, S, Idem, p. 2016.

ALVAREZ ALARCÓN, A, considera que *“es una lástima que no se incluya aquí en esta misma diligencia o en otra separada de aquella que autoriza la exhibición de los libros y cuentas cuando una de las partes hubiera sido contratada por la otra para realizar algún tipo de servicio a cambio de un porcentaje de los beneficios o del total de las ventas, lo que sólo puede conocerse accediendo a los referidos documentos”*, ob cit, p. 43.

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

²⁰ Según este autor, *“los supuestos en los que puede acudir a esta diligencia serán ahora de dos tipos:*

2. Negativa a la exhibición de documentos contables

Recordemos que conforme al artículo 261.4º, en el caso de negativa a exhibir los documentos contables, “*se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante*”.

El condicional utilizado “se podrán tener por ciertos” significa que si el requerido a exhibir los documentos contables se niega se podrán tener por ciertos los que haya presentado el solicitante de la diligencia preliminar, es decir, el futuro actor.

Si el futuro actor (sujeto activo de la diligencia preliminar) ha solicitado la exhibición de los documentos contables como diligencia preliminar (ya sea para conocer al futuro demandado o el alcance de sus pretensiones), lo lógico es que él no disponga de ningún documento contable, por consiguiente que no pueda interponer la demanda, sobre todo cuando desconozca al futuro sujeto pasivo de la pretensión.

Si a pesar de ello, el actor presenta determinadas cuentas y documentos al respecto de la pretensión que pretende ejercitar, serán éstos los que ante la negativa del requerido, podrán tenerse como ciertos, pero no por el órgano jurisdiccional que ha acordado la práctica de la diligencia, sino por el tribunal competente para conocer del ulterior proceso. Al igual que ocurría con la diligencia analizada en el epígrafe anterior (art. 256.1; 261.1), el órgano jurisdiccional que ha acordado la diligencia no decide sobre la certeza o no de dichas cuentas o datos, sino que en la providencia que dicte (en virtud del art. 261.4º) se limitará a dejar constancia de la actitud pasiva del requerido y de la posibilidad de que las cuentas y datos presentados por el solicitante puedan tenerse como ciertos. Nuevamente, la certeza de los datos contenidos en los documentos contables presentados por el solicitante que se tienen en principio como ciertos, podrán desvirtuarse a lo largo del proceso, y será el juez a la hora de dictar sentencia el que deberá decidir sobre la certeza o no de los mismos.

IV. Diligencia preliminar de exhibición del acto de última voluntad (art. 256.3º)

El artículo 256.3º reza del siguiente modo: Todo juicio podrá prepararse “*por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado*”.

-En los casos que legalmente está expresamente previsto en la legislación mercantil y societaria, como ocurre en los arts. 133 y 150 Ccom, art. 212 LSA, 17 LSRL, 16 Ley de Cooperativas (Ley 27/99, de 16 de Julio) y otros supuestos en los que se encuentre especialmente establecido.

- Todos aquellos en los que, sin existir una disposición legal que lo prevea, exista un interés legítimo interés del socio o comunero en conocer las cuentas de la sociedad o comunidad, porque quiera ejercitar cualquier tipo de acción que lo haga necesario. Así en supuestos de sociedades civiles o de comunidades de bienes, cuando se pretenda censurar la gestión o proceder a la liquidación o división.”, ob cit, p. 1154.

En la LEC de 1881 la regulación de esta diligencia preliminar estaba en el artículo 497.3º: Todo juicio podrá prepararse *“pidiendo el que se crea heredero, coheredero o legatario la exhibición del testamento, codicilo o memoria testamentaria del causante de la herencia o legado”*. Este artículo se complementaba con lo dispuesto en el art. 500 de la LEC de 1881: *“En el caso 3º del artículo 497 no estará obligado a la exhibición del documento el que designe en el acto de ser requerido el protocolo o archivo donde se halle el original”*.

Normalmente lo que se pretende conseguir con la exhibición del acto de última voluntad es averiguar la legitimación activa, es decir, si el que solicita la diligencia preliminar reúne, conforme al acto de última voluntad, la condición de heredero, coheredero o legatario. También es posible que lo que se quiera conocer sea a quien corresponde la legitimación pasiva del ulterior proceso e incluso averiguar datos que necesita el actor para fundamentar su futura demanda.

El sujeto activo de esta diligencia, es decir, el futuro demandante debe acreditar, como en toda diligencia preliminar, que concurre justa causa e interés legítimo y que la medida es adecuada para conseguir la finalidad pretendida. Sea cuál sea dicha finalidad (legitimación activa, legitimación pasiva, fundamentación de pretensiones), el solicitar la exhibición del acto de última voluntad del fallecido es la medida adecuada²¹. Por lo que se refiere a la justa causa e interés legítimo, deberá el solicitante acreditar la muerte del fallecido y que se considera heredero, coheredero o legatario de éste último. Sobre su condición de heredero, no se exige una acreditación plena, porque puede que sea precisamente éste el dato que pretende confirmar o averiguar a través de la diligencia preliminar de exhibición. No obstante, lo que sí se requiere es una cierta verosimilitud (un principio de prueba) sobre su posible condición de heredero, coheredero o legatario²².

El sujeto pasivo de esta diligencia puede ser cualquier persona física, jurídica, privada o pública, ya que el artículo 256.3º dice *“quien tenga en su poder el acto de última voluntad”*. El supuesto más habitual es que el acto de última voluntad se encuentre en manos de un particular o en poder del Notario.

Si el acto de última voluntad se encuentra en poder de un particular (persona distinta del Notario), la LEC no dice nada sobre si el particular se puede liberar de la exhibición si designa el protocolo o archivo donde se encuentra. Como mencionamos, ha desaparecido el artículo 500 de la LEC de 1881 en el que se determinaba que no estará obligado a la exhibición del documento el que designe en el acto de ser

²¹ DAMIÁN MORENO, J, indica que *“El peticionario deberá acompañar con la solicitud un principio de prueba que justifique la condición de quien se presenta como tal y acreditar asimismo la imposibilidad de averiguar esta circunstancia por otros medios. En consecuencia, esta medida no debiera prosperar en los casos en los que el testamento se haya otorgado en escritura pública”*, ob cit, p. 1685.

²² ILLESCAS RUS pone de manifiesto que *“Al igual que la LEC de 1881, el art. 256.3º autoriza a cualquier persona con la mera afirmación de ser causahabiente de un sujeto, que interese de un tercero la exhibición “del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado”, sin necesidad de acreditar liminarmente ante el órgano jurisdiccional ni su personalidad ni su interés. Ni siquiera impone la ley como requisito inexorable justificar el fallecimiento del pretendido causante”*, ob cit, p. 613.

requerido el protocolo o archivo donde se halle el original. Ante el silencio de la LEC 1/2000 cabe diversas interpretaciones:

a) Que el particular está obligado en todo caso a exhibir materialmente el documento²³.

b) Que pese a la supresión del antiguo artículo 500, el particular puede liberarse de la exhibición si designa el archivo o protocolo donde se encuentra el documento.

c) Y una tercera opción, apuntada por ALVAREZ ALARCÓN, sería la de *“utilizar este argumento como fundamento de la oposición del requerido a la diligencia preliminar, pero su admisión dependerá del juicio del tribunal, caso a caso”*²⁴.

Consideramos que la supresión del artículo 500 no supone que el mismo no pueda seguir aplicándose. En nuestra opinión, el requerido puede presentarse el día señalado en la citación para la práctica de la diligencia y poner en conocimiento del órgano jurisdiccional esta circunstancia y también puede utilizarla como motivo de la oposición prevista en el artículo 260. Ciertamente, que tanto la liberación del primer caso, como la justificación de la oposición del segundo, quedan a juicio del órgano jurisdiccional.

El destinatario de la diligencia preliminar puede ser también un Notario. El problema que se plantea en este caso es conforme previene el artículo 226 del Reglamento Notarial, el Notario podrá negarse a la exhibición de las disposiciones testamentarias alegando como causa justa de la negativa, que el heredero o legatario no lo es en realidad²⁵.

V. Diligencia preliminar de exhibición de contrato de seguro (art.256.5º)

Otra de las diligencias preliminares que la LEC ha regulado es la prevista en el artículo 256.5º todo juicio podrá prepararse: *“ por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder”*.

La finalidad de esta diligencia es conocer si existe el contrato de seguro y cuál es su contenido. El sujeto activo de la diligencia es aquél que ha resultado perjudicado por un determinado hecho, y que considera que este hecho puede estar cubierto por un contrato de seguro.

²³ Esta parece la opinión de GUTIÉRREZ SANZ, M^º R, “Si se trata de un particular, ha desaparecido la posibilidad que antes recogía la ley de liberarse de la exhibición si se designaba en el acto de ser requerido el protocolo o archivo donde se encontrara el original. En la actual LEC, y ante la anulación del tal precepto, parece que el particular estará obligado a la material exhibición del documento. En caso de negarse, y si el tribunal apreciara que existen indicios suficientes de que el mismo se podía hallar en un determinado lugar, se produciría la entrada y registro y el traslado del mismo a la sede del tribunal, donde se pondrá a disposición del solicitante”, ob cit, p. 297.

²⁴ Ob cit, p. 42.

²⁵ Vid en este sentido, GUTIERREZ SANZ, ob cit, p. 297; BARONA VILAR, ob cit, p. 2013; ILLESCAS RUS, ob cit, p. 613.

Lo que puede pretender con la exhibición del mismo puede obedecer a causas diversas, pero la más habitual es la de conocer al demandado del futuro proceso principal, y en este caso (contratos de seguros de responsabilidad civil) averiguar si puede dirigir la acción no sólo frente al asegurado sino también contra el asegurador. La regulación concreta de esta diligencia obedece a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de octubre, que permite el ejercicio de la acción directa contra el asegurador²⁶. Como acertadamente señala GARNICA MARTÍN *“la falta de este instrumento procesal ha impedido que en muchos casos se haya podido ejercitar por el perjudicado la acción directa, con lo que el asegurador no ha podido ser llevado al proceso como parte en multitud de supuestos, pese a lo cual ha sido quien en realidad asumía la defensa jurídica del autor del daño. Ello ha generalizado una realidad práctica en la que los aseguradores han venido siendo parte encubierta, sin serlo formalmente. El problema venía haciendo tanto más patente cuando la noticia ofrecida por el autor del daño sobre su asegurador era equívoca o inexacta, pues a la parte no le quedaba otro remedio que demandarlo, enfrentándose luego a una eventual condena a costas”*²⁷.

El averiguar determinados datos del contrato de seguro en aras a fundamentar la futura pretensión también puede constituir el objeto de la petición de la exhibición del contrato de seguro²⁸.

En cuanto al sujeto pasivo de la diligencia de exhibición del contrato de seguro, el artículo 256.5º reproduce las palabras empleadas para el caso de la exhibición del acto de última voluntad “por quien lo tenga en su poder”. Lo más común es que el contrato esté en poder del asegurado o del asegurador, pero nada impide y el artículo lo permite, que lo tenga una tercera persona y que ésta última pueda convertirse en requerido de esta diligencia de exhibición

VI. Diligencia preliminar de exhibición de cosa (art. 256.2º)

La diligencia preliminar que podemos denominar de exhibición de cosa se halla regulada en el artículo 256.2º todo juicio podrá prepararse *“mediante solicitud de*

²⁶ Artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro: *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”*.

²⁷ Ob cit, p. 1155.

²⁸ BARONA VILAR, “ La vía más adecuada para obtener esta información es la de conseguir que se exhiba el contrato de seguro de responsabilidad civil, lo que determina los límites de lo exigible (en cantidad y calidad) así como servirá fundamentalmente para determinar quién tiene la legitimación pasiva”, ob cit, p. 2017.

ILLESCAS RUS, “De la forma en que aparezca delimitado el riesgo asumido en el contrato puede depender el derecho del tercero a reclamar o no directamente del asegurador el cumplimiento de la

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

La regulación de esta diligencia preliminar en la LEC de 1881 se encontraba en el artículo 497.2º: *“todo juicio podrá prepararse: pidiendo la exhibición de la cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder”.*

Se aprecian claramente dos diferencias entre ambas regulaciones: *la primera*, se suprime la referencia a la acción real o mixta, lo que supone, como comprobaremos, la posibilidad de solicitar esta diligencia en el caso de que pretenda ejercitar una acción personal; *la segunda*, que mayores problemas ha suscitado en la doctrina, es que la nueva LEC habla de cosa y no de cosa mueble como hacía la antigua, lo que puede suponer la inclusión de bienes inmuebles como objeto de esta diligencia preliminar.

Por lo que se refiere a la supresión de la referencia a la acción real o mixta, es considerada como un acierto, permitiendo solicitar esta diligencia en los supuestos en los que se quiera interponer una acción personal, como por ejemplo: cuando la obligación de entrega de la cosa provenga de un contrato de compraventa o de una aportación social, etc.

Lo que sin duda ha suscitado una mayor polémica es la posible inclusión de los bienes inmuebles como objeto de esta diligencia preliminar, como consecuencia de la supresión efectuada por el legislador respecto de la anterior LEC. Los autores que se muestran a favor de la inclusión de bienes inmuebles, se basan en la amplitud empleada por el legislador con el término cosa, no obstante, consideran que en el caso de bienes inmuebles no es posible hablar de exhibición, sino que sería más adecuado el empleo de otros términos como el de “inspección”. Citan como ejemplos los siguientes; la necesidad de descubrir obras incontinentas por la propiedad de un inmueble arrendado²⁹, el caso de descubrir los daños de un fundo por inmisiones procedentes del vecino³⁰ etc. Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que, pese a los términos utilizados por el nuevo legislador “cosa”, la diligencia de exhibición prevista en el artículo 256.2º queda limitada a la exhibición de cosas muebles³¹.. Habrá que esperar a la postura que la jurisprudencia adopta al respecto.

Lo que sí que está fuera de toda duda es que la cosa que se pretende que se exhiba es sobre la que ha de referirse el futuro proceso. La finalidad primordial de la petición de exhibición radica en averiguar quien es el sujeto pasivo del futuro proceso, que normalmente coincidirá con el poseedor de la cosa cuya exhibición se pretende. No obstante, es posible, que lo que se intente sea la identificación de un determinado bien para su posterior reclamación. También puede ocurrir que quien posea la cosa

prestación de cobertura pactada con el asegurado y, por ende, la existencia misma y eficacia de la acción directa”, ob cit, p. 614.

²⁹ ALVAREZ ALARCÓN, ob cit, p. 40.

³⁰ GARNICA MARTÍN, ob cit, p. 1152.

³¹ BARONA VILAR, ob cit, p. 2012.

sea una persona diferente del futuro demandado que es quien tiene la obligación de entregar la cosa al solicitante de la diligencia preliminar.

VII. Diligencia preliminar del art. 256.6º : *Determinación de los integrantes del grupo de consumidores y usuarios afectados.*

Conforme al artículo 256.6º todo juicio podrá prepararse por *“petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”*.

Si bien la finalidad de identificación del futuro demandado es la finalidad que tradicionalmente se le ha atribuido a las diligencias preliminares subjetivas, también a través de las mismas se pueden obtener datos que resulten indispensables para poder identificar no a los futuros legitimados pasivos sino a los posibles demandantes o legitimados activos, como es el caso de la diligencia contenida en el apartado 6º del artículo 256 consistente en la determinación de los integrantes del grupo de consumidores y usuarios afectados. El poder pedir diligencias preliminares al órgano jurisdiccional con la finalidad de conseguir determinados datos para conocer quien puede ostentar la legitimación activa en el futuro proceso, es una de las novedades introducidas por la LEC 1/2000.

La primera cuestión que debe resaltarse en torno a la posibilidad de solicitar esta diligencia, que podemos denominar “de determinación de los integrantes de un grupo de afectados”, consiste en concretar que, al utilizar el artículo 256.6 de la LEC el término “intereses colectivos” queda excluido el supuesto en que los intereses sean difusos, en el sentido de que esta diligencia no se podrá pedir cuando los perjudicados por el hecho dañoso constituyan una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación, permitiéndose únicamente cuando exista realmente una posibilidad de determinarlos o de averiguar quienes son³².

Otra de las cuestiones que debe concretarse es la de quién puede solicitar esta diligencia preliminar. Conforme al tenor literal del artículo 256.6º quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y

³² En este sentido ALAVAREZ ALARCÓN “Esta diligencia no cabe cuando los sujetos perjudicados por el hecho dañoso sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, de consumidores o usuarios –artículo 11.3 LEC-, sino cuando los perjudicados sean un grupo de consumidores y usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinables”, ob cit, p. 45.

usuarios, es decir, las entidades que aparecen legitimadas en el artículo 11 de la LEC³³.

Podemos decir que la solicitud de esta diligencia preliminar cumple dos finalidades: 1. Conforme al artículo 15 titulado "publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios"; "cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados". Lo dispuesto en este precepto supone que el demandante o demandantes³⁴ (entidades del artículo 11 LEC) deben llevar a cabo esta comunicación. Ello parece justificar en todo caso la idoneidad de la diligencia preliminar del artículo 256.6 LEC, ya que para que este deber se cumpla es necesario que se conozca quienes son los destinatarios de dicha comunicación o aviso. 2. Por lo que se refiere a los grupos de afectados como sujetos legitimados para iniciar un proceso para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, para que se les pueda atribuir capacidad para ser parte, deberán constituirse con la mayoría de los afectados. La ubicación de esta exigencia en el artículo 6.7º se traduce en que la misma es una exigencia para la propia constitución del grupo y, que sin ella el grupo como tal no existe y, por ende, carece de capacidad para ser parte. El legislador consciente de la dificultad de conseguir esta mayoría, ha previsto la diligencia preliminar del artículo 256.6º. Con la solicitud y posterior adopción de esta diligencia preliminar con carácter previo a la interposición de la demanda, puede conseguirse la completa determinación de los sujetos afectados y, el grupo podrá a la hora de presentar la demanda estar constituido de manera efectiva con la mayoría de sus miembros³⁵.

Por lo que se refiere a la necesaria solicitud del sujeto activo, y, a la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde de oficio las diligencias preliminares es preciso detenernos en la redacción empleada por el legislador en la nueva diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo de afectados (256.6º). Su apartado segundo reza del siguiente modo; "*A tal efecto el tribunal*

³³ "1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados". 3. Cuando los perjudicados por el hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la Ley, sean representativas"

³⁴ Aunque el artículo 15.2 utilice los términos demandante y demandado, hay que acudir al apartado primero para entender que con estos términos se refiere a las asociaciones, entidades, grupos . . etc, del artículo 11.

³⁵ En este sentido Vid. ALVAREZ ALARCÓN, A, ob cit, p. 45; DAMIÁN MORENO, La Nueva Ley de Enjuiciamiento, Tomo II, Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares, Práctica Jurídica, Tecnos, Madrid, 2000, coords: CORTÉS DOMINGUEZ, MORENO CATENA, p. 20; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, ob cit, p. 480.

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 del demandado para que colabore en dicha determinación". De lo anterior podríamos interpretar que al tribunal se le permite sin petición alguna previa de parte, adoptar cuantas medidas se consideren oportunas para averiguar la identificación de los integrantes del grupo, lo que supondría una actuación *ex officio* del tribunal. Pero dicha interpretación no es correcta, ya que este artículo se inicia, al igual que el resto de diligencias preliminares, con la expresión "por petición", es más, se señala "por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados, cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinados", lo que supone la negación de la adopción de oficio por el órgano jurisdiccional³⁶.

Son múltiples las medidas a través de las cuales puede llevarse a cabo la diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo, desde una entrada y registro hasta una simple exhibición de documentos. Por ello, el legislador no ha establecido un riguroso catálogo de las medidas a adoptar, sino que ha dejado libertad al solicitante para pedir aquella o aquellas que considere oportunas. Pero junto con la libertad conferida al solicitante, el legislador también ha atribuido al órgano jurisdiccional un papel importante a la hora de elegir la medida adecuada para realizar la diligencia de determinación de los integrantes del grupo³⁷. Son dos las posibilidades que pueden darse en la práctica;

a) Que el solicitante pida al órgano jurisdiccional que acuerde una medida concreta para la determinación, como puede ser la entrada y registro, y que el tribunal considere que la misma no es la medida adecuada o bien porque no es adecuada a la finalidad pretendida o porque es muy gravosa para el sujeto pasivo, y acuerde otra, como puede ser la declaración del futuro demandado.

b) Que el solicitante en su solicitud de la diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo, no concrete la medida a realizar, dejando la elección en manos del órgano jurisdiccional. Será el tribunal, quien, en este caso, en función de "las circunstancias del caso y los datos suministrados por el solicitante"(art. 256.6º.2), decida la medida concreta a practicar³⁸.

³⁶ Sobre la diligencia preliminar de determinación de los integrantes del grupo, Vid BARONA VILAR, S, junto a otros, Tutela de los Consumidores y Usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tiranto lo Blanch, Valencia, 2002, pp.121-186.

³⁷ Papel que no le ha conferido en el resto de las diligencias preliminares.

³⁸ Como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, "La ley no tipifica el contenido posible de esta diligencia, dada lógicamente la variedad de supuestos que se pueden producir. A la apreciación del tribunal, queda por tanto, el carácter conducente o inconducente de las medidas solicitadas. Lo único que sí precisa la ley es que dichas medidas pueden incluir la colaboración del demandado, lo que obviamente significa que también podrán exigir la de terceras personas. Debe entenderse que el tribunal no puede adoptar medidas que no le hayan sido en absoluto solicitadas. No obstante, parece razonable entender que sí puede acordar medidas que, aunque no sean exactamente las solicitadas, sean homogéneas o similares a aquéllas aunque menos intensas", ob cit, p. 480.

En ninguna de las dos hipótesis planteadas puede afirmarse que el tribunal acuerde de oficio la diligencia preliminar, porque en ambos casos se requiere petición del sujeto activo.

VIII. Negativa a llevar a cabo las diligencias preliminares de exhibición del acto de última voluntad, del contrato de seguro, de la cosa, de los documentos en los que consten hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación, de los documentos de la sociedad o comunidad y de colaborar en la determinación de los integrantes del grupo de afectados.

La agrupación de todas estas diligencias en un mismo epígrafe obedece a que en todas ellas la negativa del sujeto pasivo a su práctica acarrea la misma consecuencia.

Según dispone el artículo 261.2: Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulase oposición, el tribunal, mediante providencia acordará las siguientes medidas; *“Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal”*.

“Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundamentadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla” (art. 261. 3º).

Tratándose de la diligencia prevista en el número 6º del apartado primero del artículo 256, *ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiere colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial”* (art.261.5º).

A pesar de que no cabe duda del acierto del legislador de adoptar medidas coercitivas para otorgar efectividad a las diligencias preliminares ante la actitud negativa del requerido, no se puede negar que el acordar una medida como la entrada y registro, con la consiguiente restricción de derechos fundamentales que comporta, parece excesivo. Sobre todo si tenemos en cuenta que la resolución judicial mediante la cuál se puede acordar esta medida es la de providencia que conforme al artículo

208 no requieren motivación; *“las providencias se limitarán a expresar lo que por ellas se mande e incluirán además una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente”*. Más aun, el único requisito que los artículos 261.2º y 261.3º parecen exigir para adoptar la medida de entrada y registro es que existan indicios de que en un determinado lugar se encuentran los títulos, documentos o cosas en cuestión.

Ante la situación descrita, la reacción de la doctrina ha sido inminente, tanto a favor como en contra de lo dispuesto por el legislador en estos dos preceptos, con posturas totalmente antagónicas:

A favor se pronuncia GARNICA MARTÍN, que pese a propugnar la adopción de medidas menos restrictivas antes que la entrada y registro considera que *“No puede confundirse la medida de entrada y registro prevista en estos dos preceptos con la diligencia de entrada y registro que puede acordarse en el proceso penal. Entre una y otra existen muy pocas cosas en común, por lo que traer ideas de aquella diligencia a este ámbito creo que es inadmisibile. Aquí, no es preciso tan siquiera fundarla y es una barbaridad considerar que ello pueda suponer un atentado contra los derechos fundamentales. La razón es que de lo que se trata aquí es de dar efectividad a una diligencia judicial que sí que ha sido acordada en forma fundada y exigiendo una caución al solicitante, de forma que es el auto de admisión a trámite de la diligencia, e incluso el auto resolviendo el incidente de oposición el que resuelve el eventual conflicto que puede surgir entre el derecho del solicitante a la tutela efectiva, que incluye acudir a las diligencias preliminares, y los derechos fundamentales del solicitado, entre ellos el derecho a la inviolabilidad de su domicilio y el derecho a la intimidad. La defensa de esos derechos no queda atropellada, como erróneamente puede pensarse, cuando se acuerda una entrada y registro por medio de una simple providencia en la que no se pondera la proporcionalidad de la medida, porque sobre la proporcionalidad debe juzgarse únicamente al admitir la diligencia a trámite y luego en el incidente de oposición. Por ello, de lo único que se trata aquí es de efectividad de resoluciones judiciales, o mejor, de efectividad de los instrumentos procesales que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos”*³⁹.

Otros autores rechazan totalmente la posibilidad de acordar una entrada y registro mediante providencia sin motivación como consecuencia de la negativa del requerido a la práctica de la misma, tachando ambos preceptos de inconstitucionalidad. Es el caso de LORCA NAVARRETE; *“La negativa a exhibir títulos y documentos origina que el juez de primera instancia ordene (jordenos y mandos) la entrada y registro en el lugar en que puedan hallarse. Y además mediante providencia. Téngase en cuenta que según el artículo 208 de la LEC la providencia no precisa ser motivada. Como mucho podrán contener “una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente. Esta sola premisa de la que*

³⁹ Ob cit, p. 1187.

la LEC parte es de dudosa constitucionalidad aunque el TC realice una propuesta distinta. En lo privado se presta al cotilleo vecinal y en lo profesional a la intimidación y el chantaje; así de claro. A lo que se une la más que dudosa eficacia de la orden de entrada y registro. En definitiva, todo un despropósito que deseamos ardientemente sea considerado inconstitucional por ausencia de proporcionalidad. Es excesivo, como poco, que para a práctica de una diligencia preliminar (y repárese en lo de preliminar) se ordene la entrada y registro⁴⁰.

También encontramos posturas intermedias en las que pese a no estar de acuerdo con la opción elegida por el legislador de la resolución judicial de providencia para acordar la entrada y registro, consideran que al restringir derechos fundamentales la providencia que la acuerde debe estar motivada⁴¹. Por su parte, BARONA VILAR⁴² considera que si bien habrían razones para considerar que la negativa al cumplimiento de la diligencia es presupuesto objetivo de la entrada y registro en el domicilio, entendiéndose que no haría falta motivar la adopción de la medida, *“al comportar la entrada y registro, sea consecuencia de actuaciones civiles o lo sea de actuaciones penales, una afectación de un derecho fundamental, con rango constitucional, el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18, supone, a nuestro modo de ver, una necesidad de resolución motivada, de auto, exigencia legal y jurisprudencialmente acogida”*. Es más, afirma que *“en materia de entrada y registro, si bien la LEC establece los presupuestos que deben concurrir para adoptar esta medida, debe entenderse que los requisitos y garantías en el desarrollo de la misma, deben comportar la aplicación del régimen jurídico de la LECrim*

Considero que la opción escogida por el legislador de adoptar la medida de entrada y registro por medio de providencia no ha sido acertada. Resulta curioso que sí haya corregido la incorrección de la LEC de 1881 y haya previsto para acordar las diligencias preliminares la forma de auto y, sin embargo, para la adopción de estas medidas coercitivas que son mucho más restrictivas que las propias diligencias haya mantenido la forma de providencia. Por ello creemos que la resolución adecuada debería ser la de auto.

Si a pesar de ello, se sigue el tenor literal de la LEC y se acuerda por providencia, la misma debe estar motivada, porque la entrada y registro supone, sin lugar a dudas, una restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art.18 CE), domicilio que en el caso de las diligencias preliminares puede ser tanto privado como público (bancos, notarías, empresas, etc.). En ningún caso, considero que no haya de fundamentarse el principio de proporcionalidad porque ya se ha juzgado al admitir la diligencia y en el incidente de oposición, porque puede que la diligencia que en su caso se acordara, sea mucho menos gravosa que la entrada y registro que ahora tratamos. En este caso, lo que hay que valorar es la efectividad de

⁴⁰ Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II, Lex Nova, ob cit, pp. 1697-1698.

⁴¹ DíEZ-PICAZO GIMENEZ, Ob cit, p. 487.

⁴² Ob cit, p. 2051.

la resolución judicial que ha adoptado la diligencia preliminar con la restricción del derecho fundamental que supone la entrada y registro. Junto con esta valoración, se deberá dejar constancia en la resolución que acuerde la entrada y registro, de la existencia de indicios suficientes de que en el lugar donde se va a efectuar la misma, se halla el documento, título o cosa que se pretenda. Compartimos, de este modo, la opinión de BARONA VILAR⁴³, de aplicar a esta entrada y registro los requisitos y garantías previstas en la LECrim.

⁴³ Idem, p. 2051.