

Capítulo V

Anticipación y aseguramiento de la prueba

I. Anticipación de la prueba

A diferencia de la regulación en la LEC 1881⁵²¹, actualmente no se limita a la prueba testifical, sino que se autoriza la anticipación para todo tipo de pruebas.

La anticipación de la prueba no es más que la práctica de la prueba en momentos anteriores a los previstos legalmente con carácter general cuando se cumplen determinadas circunstancias⁵²².

1. Distinción con otras figuras similares

Se distingue de otras figuras afines como las medidas de aseguramiento en que en este caso, aunque puedan realizarse igualmente en

521. El art. 502 LEC 1881 autorizaba al “que pretenda demandar” la anticipación exclusivamente de la prueba testifical, en los supuestos en que por edad avanzada, peligro inminente de su vida, proximidad a una ausencia a un punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pueda exponerse al actor a perder su derecho por falta de justificación. A su vez, el art. 545 LEC 1881 autorizaba al demandado a hacer uso de la facultad del art. 502 citado.

522. Un ejemplo en el que se autoriza la prueba anticipada es el resuelto por el AJPI Santander (núm. 1) 4 de diciembre de 2002. (Ponente: D. José Arsuaga Cortázar. AC 2002\1911), que autoriza el acceso al lugar objeto de la prueba que busca exclusivamente presentar un informe técnico de parte con los escritos iniciales de alegaciones en el juicio ordinario.

momentos previos, no se practica la prueba sino que se establecen las condiciones para evitar peligros para que se practique en el momento procesal oportuno sin mermas o dificultades. Otra cosa es que, como luego señalaré, la anticipación de su práctica pueda ser la única o la mejor forma de asegurar la prueba y de que pueda solicitarse con anterioridad o simultáneamente a la prueba anticipada⁵²³.

Se distingue igualmente de las diligencias preliminares⁵²⁴ en que éstas, además de corresponder un órgano competente generalmente distinto⁵²⁵, tienen como finalidad directa preparar la demanda a los efectos de que sea admisible y se encuentre bien fundada⁵²⁶.

Aunque no se establezca en la LEC, parece razonable que cuando ambas sean viables y supongan gravámenes o perjuicios similares, ante la alternativa de anticipar la prueba o de adoptar medidas de aseguramiento, se prefieran estas últimas⁵²⁷, en cuanto supone menor alteración en la concentración y reduce las complicaciones, máxime

523. MARTÍN OSTOS, J., "La prueba. Aspectos generales", (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), cit., pág. 202.

524. Como afirma el AAP Asturias (Sección 4), 23 de diciembre de 2003 (Ponente: D. Ramón Avelló Zapatero. AC 2003\1848), "*las diligencias preliminares constituyen aquel conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional tendentes a conocer los datos precisos para que el futuro juicio pueda tener eficacia, mediante la adopción de las previstas en la Ley que tienen carácter taxativo, y sin que quepa confundir estas especiales diligencias con las de anticipación y aseguramiento de la prueba, reguladas en los artículos 293 y siguientes, cuyos presupuestos, ámbito y finalidad son claramente distintas de las preliminares*". Por su parte, el AJPI Pamplona (núm. 1), 21 de marzo de 2002 (Ponente: Dña. Raquel Fernandino Nosti. AC 2002\1357) considera que la pretensión de una petición de exhibición de recibos de alquiler "*no es incardinable en el apartado 2 del párrafo 1º, puesto que lo que persigue el solicitante no es tanto una diligencia previa, sino la práctica de una prueba anticipada, desnaturalizando así la finalidad del art. 256 LEC*".

525. Conforme al art. 257 LEC, competente será 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. Ahora bien, en los casos de los números 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del apartado 1 del art. 256, será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada.

526. Sobre las mismas puede verse ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., págs. 277-86.

527. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 530.

cuando cabe que la prueba anticipada se practique en el momento procesal oportuno cuando sea posible (art. 295.4 LEC).

2. Legitimación

La petición de anticipación de la prueba podrá solicitarse previamente al proceso o pendiente el mismo.

Si es con carácter previo, solamente podrán ser solicitadas por “quien pretenda incoarlo”. Previsión lógica puesto que, si no se ha iniciado, no existen partes procesales ni, por supuesto, demandado⁵²⁸. Una vez iniciado, ya existen formalmente partes procesales, de modo que todas ellas, se sitúen en la posición activa o pasiva, podrán solicitar la anticipación.

Resulta llamativo que tanto en la anticipación como en el aseguramiento de la prueba, con independencia de si el proceso es dispositivo o no, se limite y restrinja su adopción a la previa solicitud de la parte que será o es demandante. Sin perjuicio de la valoración que merezca el que se ofrezcan poderes probatorios de oficio en los procesos no dispositivos, no se presenta congruente que el juez tenga facultades para adoptar pruebas de oficio y, sin embargo, no parezca tenerlas para adoptar decisiones de anticipación o aseguramiento. En mi opinión, la imprevisión legislativa en la regulación especial se ha de resolver a favor de la posibilidad de que el juez pueda instar estas medidas como facultad incluida en la norma que en general autoriza la prueba de oficio.

Por otro lado, nada se expresa sobre si el solicitante ha de actuar debidamente integrada su postulación. Previsión innecesaria puesto que han de aplicarse las reglas generales (arts. 23 y 31 LEC), tanto si las medidas se solicitan previo al proceso (no será preceptiva en cuanto

528. Opinión en contra, con base en el principio de igualdad, PICÓ I JUNOY, J., “La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 132.

han de considerarse medidas urgentes), como para cuando se haya solicitado pendiente el mismo (la misma preceptividad que la del proceso en el que se soliciten).

3. Jurisdicción y competencia

La jurisdicción y competencia se atribuye igualmente distinguiendo si la petición se formula pendiente o no el proceso. Si se formula antes de la iniciación del proceso, la petición se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. A tal efecto habrá de evaluarse y concretarse en este supuesto las normas generales sobre jurisdicción, competencia tanto objetiva como funcional y territorial. A pesar de que hipotéticamente en algún supuesto concreto pudiera ser más operativa que la competencia se atribuyera al órgano jurisdiccional donde la prueba pudiera practicarse⁵²⁹, y de que la incertidumbre de un futuro proceso pueda implicar que, por último, la competencia pueda corresponder a órgano distinto (por ejemplo, supuesto en el que se ha de incluir a otro litisconsorte inicialmente no considerado), considero adecuada esta previsión atendiendo a la mayor calidad decisoria que implica la inmediación; y, por supuesto, los términos legales no permiten otro expediente interpretativo más que concluir que competente es y ha de ser el que se estime para la futura demanda⁵³⁰, lo que exigirá argumentar en la petición sobre esta futura atribución competencial.

Se reitera a continuación que este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en

529. Entre otros, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, cit., pág. 217. LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 128. PICÓ I JUNOY, J., “La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Justicia*, 2001, pág. 136. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 341.

530. Con referencia en algunas citas de autoridad, argumenta en contra RIVERA MIRANDA, R., “La prueba anticipada”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 325-8.

normas imperativas⁵³¹, sin que sea admisible la declinatoria. Exclusión de la declinatoria que, aunque pueda justificarse en no favorecer que se abran debates cuando ni siquiera se ha iniciado un proceso, o en evitar eventuales sumisiones tácitas por estas actuaciones⁵³², podría generar eventuales dificultades para una parte ante decisiones incorrectas, arbitrarias o contradictorias con otras anteriores.

Iniciado el proceso, una norma de competencia funcional determina que la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto. Ha de presuponerse que el órgano que esté conociendo tenga atribuida e indiscutida su jurisdicción y competencia. En ese caso, ha de ser competente por ello para un acto fundamental del procedimiento como la práctica de prueba aunque sea anticipada. Ahora bien, podría ocurrir que su jurisdicción o competencia se encuentre ya negada de oficio o fruto de la resolución de una declinatoria. A tal efecto habría de estarse a lo ya resuelto, dirigiéndose la petición de prueba anticipada ante el órgano que se considera competente. En cambio, cuando la declinatoria todavía no se encuentra resuelta, habrá de formularse al órgano que la está conociendo. En primer lugar porque, cuando se funde en la competencia territorial, supuesto que es el más habitual en la práctica, en el peor de los casos que decida estimar la declinatoria tendrá como efecto que el órgano se inhibirá a favor del órgano que corresponda la competencia y acordará remitirle los autos incluidas las correspondientes solicitudes sobre prueba. En segundo lugar, y sobre todo, puesto que, aunque inicialmente la declinatoria tenga el efecto de suspender el curso del procedimiento, conforme al art. 64.2 LEC, “no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba”.

531. Previsión enfática sobre un control de oficio que ya está contemplado en los arts. 38, 48, 58 y 62 LEC.

532. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 531.

Ciertamente no es lo mismo anticipación que aseguramiento de la prueba. Es más, se presentan como antitéticos puesto que el aseguramiento parte de la base de que todavía no se ha practicado. Practicar prueba obvia cualquier actividad de preparación. Con el aseguramiento se tiende a establecer condiciones idóneas para que en el futuro pueda practicarse la prueba con medidas que eviten el peligro para su práctica en el momento procesal oportuno; con la anticipación, al practicarse previamente se obvia cualquier peligro –y cualquier medida para evitarlo- para una práctica que ya ha sido realizada.

Ahora bien, en ocasiones, la mejor cuando no la única vía posible para asegurar la prueba es a través de la anticipación de su práctica⁵³³. Por ejemplo, cuando sea sencillo manipular o hacer desaparecer los datos relevantes en un futuro proceso, siendo que la eventual presentación de la demanda permitirá prevenir a un demandado para frustrar la prueba, es posible el secuestro del material informático (mero aseguramiento) o sencillamente practicar la prueba mediante entrada y registro de la comisión de juzgado con perito para inspeccionar y controlar el mismo material informático de modo que se redacte informe pericial al respecto (práctica anticipada). En este caso, parece que la opción más conveniente para las partes es esta última posibilidad, en cuanto incide de un modo mucho menor en la actividad de la empresa, pues de lo contrario se inutilizaría el material informático durante mucho más tiempo. El temor a una eventual manipulación de datos permitiría apreciar la causa prevista en el art. 293.1 y 297.1 de la LEC al mismo tiempo⁵³⁴, para autorizar una prueba anticipada que

533. Comparto con DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., págs. 95-6, que el régimen sería igual porque la suspensión es una forma de aseguramiento.

534. En un futuro proceso sobre protección de propiedad intelectual, se requiere conseguir la constatación de si se usan o no copias ilícitamente obtenidas, si se dispone o no de autorización para usarlas. El AJM Bilbao (núm. 1), 30 de mayo de 2005 (Ponente: D. Edmundo Rodríguez Achutegui. AC 2005/906), decide autorizar a la comisión judicial, asistida de perito, para entrar en el domicilio de la futura demandada, además de las oportunas notificaciones: 1.º Comprobar si se utilizan en todos los ordenadores que dispongan dicha sociedad en aquel lugar, reproducciones no autorizadas de los programas de ordenador de los que son titulares los solicitantes, dejando

impida que se frustre la actividad probatoria. En definitiva, en caso de suspensión mediante declinatoria, el juez podrá adoptar toda medida de anticipación o aseguramiento que sea necesaria para impedir los peligros para la viabilidad de la prueba en el ejemplo citado, que el perito pueda elaborar su informe y evacuarlo contradictoriamente en el momento procesal oportuno.

Cuestión distinta es que se autorice a que el demandado preste caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento y que según el tenor del art. 64.2 LEC podría impedir la adopción de medidas de aseguramiento y cautelares durante la tramitación. Caución que, desde luego, no se presenta como idónea, al menos en todos los casos, para justificar que no se adopten las medidas oportunas en el caso de las medidas de aseguramiento de la prueba (ni en las cautelares en procesos cuya pretensión no sea de condena dineraria).

4. Procedimiento

A) Superflua remisión a las reglas generales

La proposición de pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en esta Ley para cada una de ellas, exponiendo las razones en que se apoye la petición (art. 294.1 LEC). En realidad, la remisión resulta básicamente superflua porque las reglas generales o especiales sobre proposición de cada una de las pruebas se limitan a lo que

constancia del nombre de los programas, cantidad de reproducciones encontradas, versión, número de serie y, en su caso, entidad o persona a favor de la cual aparecen licenciados. 2.º Además de garantizar la confidencialidad, se adoptan las medidas precisas para evitar el borrado o destrucción accidental de datos que contengan los mismos. 3.º Requerir al representante legal del futuro demandado o persona responsable, la exhibición de las autorizaciones o licencias de que disponga para la utilización de los mismos, que serán relacionadas o testimoniadas.

dispone el art. 284 LEC, esto es, que la proposición de los distintos medios de prueba se haga “expresándolos con separación”. Asimismo, se hace necesario a efectos de la viabilidad de las pruebas personales que se consigne el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas (podrán ser aportados dentro de los cinco días siguientes en el juicio ordinario en caso de no dispusieren de algunos datos). Igualmente, cuando sea necesario, las partes deberán indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal. A tal efecto habrán de señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial (art. 429.5 LEC).

No se hacen remisiones expresas, en cambio, a la regulación general sobre práctica de la prueba. Parece bastante claro que se llevará a cabo conforme a lo que dispone la LEC para cada medio de prueba. Lo curioso es que remita a efectos de forma a la regulación específica de cada medio de prueba, cuando la regulación desde luego no es prolija ni relevante; y al mismo tiempo omita la remisión a la práctica de la prueba, materia regulada de forma relevante y detallada. En cualquier caso una y otra remisión se presentan innecesarias si se considera como obvio que el hecho de la anticipación no alterará la forma de la práctica, salvo que, como medida de aseguramiento –y no de anticipación– se decida la práctica *inaudita altera parte* o sin previo aviso de la futura o presente demandada.

Lo bien cierto es que, junto a los específicos, son de aplicación los requisitos generales sobre proposición y admisión de la prueba (arts. 281, 283, 299 LEC)⁵³⁵. Ahora bien, habrá de modular el requisito del tiempo, en cuanto la proposición puede ser adelantada incluso a momentos previos al inicio del proceso; y del mismo modo, será necesario argumentar en el escrito de solicitud las referencias al objeto de la de-

535. RIVERA MIRANDA, R., “La prueba anticipada”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 333, defiende una flexibilización de los requisitos de pertinencia y utilidad.

manda principal a los efectos de justificar aunque sea hipotéticamente sobre la pertinencia y utilidad de la prueba.

B) Admisión

Se admitirá por medio de providencia⁵³⁶. cuando, cumplidos los requisitos, el tribunal estime fundada la petición. En tal caso dispondrá que las actuaciones se practiquen cuando se consideren necesarias, siempre con anterioridad a la celebración del juicio o vista (art. 294.2 LEC).

Para la admisión, el solicitante habrá de justificar la existencia de un “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” (art. 293.1 *in fine* LEC). La admisión de la anticipación así como la necesaria contradicción en la futura práctica de la prueba exigen hacer constar los hechos sobre los que versará la prueba cuya anticipación se solicita⁵³⁷. Y a la misma conclusión ha de llegarse aunque sea por la vía de que de ese modo se podrá cumplir con la exigencia de que se justifique un temor “fundado”, puesto que la carencia de una referencia a estos hechos dificulta la posibilidad fáctica de que se adopte la anticipación.

536. La forma de providencia es generalmente criticada. Así, por ejemplo, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2256, atendido lo establecido en el art. 206.2.ª LEC y por la debida motivación que deriva de su vinculación con el derecho a utilizar los medios de prueba. En similares términos ASENCIO MELLADO, J. M.ª, “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-261, quien añade el derecho a recurrir. Para ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., págs. 30-1, justifican esta forma atendida la urgencia que preside la prueba anticipada, si bien estiman que debe incluir una sucinta motivación.

537. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 23. MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2254 lo considera así concretando que debido a que el juez pueda evaluar su competencia.

Nada se regula sobre la inadmisión, en principio, *sensu contrario*, se denegará cuando no se haya justificado el temor fundado de que los actos no podrán realizarse en el momento procesal oportuno. Ahora bien, las características de la providencia impiden que sea resolución idónea para decidir esta inadmisión. Más adecuada sería la forma de auto donde se funden los motivos de la denegación⁵³⁸.

A pesar de que el art. 294 LEC anuncie una referencia a los “recursos”, curiosamente tampoco se regula nada sobre su posibilidad. Lo que, de otro lado, también resultaba innecesario pues se cuenta con la regulación general de los arts. 451 y 285.2 LEC. Recurso que, dada la forma escrita de la providencia, habrá de tramitarse conforme a las reglas generales de los arts. 452 y 453 LEC⁵³⁹. y resolverse mediante auto irrecurrible, “sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir; si fuere procedente, la resolución definitiva” (art. 454 LEC).

C) Designación como garantía de la contradicción

Será necesario que el solicitante designe a la persona o personas a las que se proponga demandar en su día, quienes serán citados con al menos cinco días de antelación para que puedan actuar en la práctica según autorice la LEC para el medio de prueba de que se trate (art. 295.1 LEC).

Aunque de la defectuosa redacción pudiera parecer otra cosa, solamente se exige que no pueda practicarse prueba sin que hayan sido designadas la persona o personas a las que se proponga demandar

538. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., pág. 282. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 24. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 31.

539. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 31.

en su día de modo que puedan ser citados con al menos cinco días de antelación para que puedan actuar en la práctica de la misma. Lo único que contempla es, por tanto, que la designación previa no será indispensable para que pueda autorizarse la anticipación de la prueba, lo que nada obsta para que pueda haberse realizado con anterioridad, normalmente con el escrito de petición. Es más, se trata de una práctica que ha de entenderse recomendable en la medida que las características de la persona o persona que se pretenda demandar pueda incidir en la justificación del temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, los actos de prueba no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.

Por supuesto, si estuviese ya pendiente el proceso al tiempo de practicar prueba anticipada, de modo que ya se encontrara cumplida la exigencia de determinación, las partes podrán intervenir en la práctica según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba.

Así y todo, la necesaria contradicción en la práctica anticipada de prueba puede quedar limitada o diferida en aquellos supuestos en que la anticipación se efectúe fundamentalmente para su aseguramiento⁵⁴⁰.

De otro lado, parece razonable que si, por los más diversos motivos, la prueba se hubiera practicado sin la necesaria contradicción del futuro demandado, el juez valore si se produjo por causa imputable al solici-

540. Indica el AJM Bilbao (núm. 1), 30 de mayo de 2005 (Ponente: D. Edmundo Rodríguez Achutegui. AC 2005\906), que *“la práctica de la prueba con carácter anticipado se hará, además, con la debida contradicción, como exige el art. 295 de la LEC. Pero para posibilitarla es preciso, previamente, obtener datos no manipulados, por lo que habrá que proceder en la manera que se ha expresado sin que la futura demandada conozca de la intención de la actora”*. Incluso, en ocasiones, por la naturaleza de determinados medios de prueba, se entiende que su presentación no requiere del concurso contradictorio de ambas partes, sin perjuicio de que deba colaborar para que el perito acceda al lugar objeto de prueba. Dice el AJPI Santander (núm. 1) 4 de diciembre de 2002. (Ponente: D. José Arsuaga Cortázar. AC 2002\1911) que *“para la presentación del informe no se requiere el concurso contradictorio de la parte contraria, por la propia naturaleza de dicha modalidad de formación de la prueba pericial. Sin embargo, si se requiere de su voluntad de cooperar con la autorización judicial para que pueda accederse al lugar objeto de la prueba”*.

tante de la prueba, lo que incluso podría redundar en un supuesto de ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales⁵⁴¹.

D) Carga de la ratificación y efectos de su incumplimiento

Una vez practicada la prueba, es condición *sine qua non* para su eficacia que se cumpla la carga de la ratificación, esto es, que se presente la demanda que abra el proceso sobre el que la prueba practicada ha de desplegar sus efectos⁵⁴². Como excepción, podrá mantener su eficacia si se acredita que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo (art. 295.3 LEC). Asimismo, parece razonable que pueda mantener su eficacia en la poco probable hipótesis de que quien fue señalado como futuro demandante, sea por último quien presentara la demanda en el plazo señalado⁵⁴³.

Así y todo, el incumplimiento de la carga de la ratificación no impedirá que pueda proponerse y practicarse la prueba en el momento procesal oportuno (art. 295.4 LEC). La prueba practicada anticipadamente no tendrá valor probatorio, pero esto no implica la pérdida del derecho a poder proponer y a que se admita la prueba cuando cumpla los requisitos generales en el momento procesal oportuno⁵⁴⁴.

541. PICÓ I JUNOY, J., “La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit., pág. 137. En similar sentido, si bien poniendo de manifiesto las dificultades prácticas de aplicación, RIVERA MIRANDA, R., “La prueba anticipada”, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 337. Otras soluciones posibles son, como propone LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 131, que se repita la práctica de prueba a solicitud de quien no pudo participar en la misma y, si no fuera posible, que no se otorgara valor alguno a la misma.

542. De aquí deriva ASECIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-265, en cuanto a la vista de su práctica puede decidir la oportunidad de iniciar el proceso, que “puede constituirse en un instrumento de evitación de procesos innecesarios”. Lo que, además, entiende como argumento “para no ser restrictivos a la hora de su acuerdo”.

543. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 533.

544. Cfr. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., págs. 100-1.

Para que pueda practicarse en el momento procesal oportuno será necesario que alguna de las partes así lo pida. Nótese que no se requiere que se solicite precisamente por la parte a cuya instancia se practicó la prueba. Una vez formulada la solicitud, el art. 295.4 LEC se pronuncia de modo imperativo independientemente de que pueda considerarse como innecesaria su reiteración⁵⁴⁵, pues indica que en tal caso “admitirá” que se practique la prueba, y valorará la practicada inicialmente y la posterior conforme a las reglas de la sana crítica⁵⁴⁶.

Aunque la reiteración pueda ir en contra de la economía procesal, parece que la aconseja la debida concentración procedimental, si bien en algunos tipos de prueba el paso del tiempo no restaría valor probatorio⁵⁴⁷. En cualquier caso, aunque el carácter imperativo de la norma no distingue los distintos tipos de prueba, parece razonable que se permita rechazar la nueva práctica de prueba cuando con cierta seguridad pueda preverse que la repetición no conducirá a un resultado distinto⁵⁴⁸.

545. MONTERO AROCA, J., “Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: MONTERO), cit., pág. 311, parece negar la posibilidad de reiteración cuando tras afirmar que es posible la reiteración, a continuación indica que “si anticipadamente se practicó con plena contradicción no parece que sea necesaria su reiteración”. Y en similar línea ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-264 cuando estima que será posible la reiteración “sólo en los casos en que la misma pueda llevarse a efecto en el juicio o vista o ante la presencia del tribunal sentenciador, si antes no lo fue así, aunque sea con anterioridad al juicio o vista”.

546. De aquí que LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 134, sostenga que, en contra de lo que sería lógico, el precepto no otorga margen de discrecionalidad para rechazar la repetición de la prueba.

547. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., págs. 24-5.

548. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 533. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 33. Más expeditivo se presenta RIVERA MIRANDA, R., “La prueba anticipada”, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., pág. 339, cuando estima que la repetición de la prueba ya practicada sólo estaría justificada cuando así lo exigiera la necesidad de respetar el principio de contradicción.

Problema distinto se planteará cuando no se haya designado a todos los que luego fueron demandados. En opinión de algún autor⁵⁴⁹, la cuestión se resolvería garantizando la contradicción mediante la lectura en la vista o juicio del acta en que consten los resultados obtenidos, de modo similar a lo que se produce en el proceso penal cuando concurren pruebas preconstituidas.

F) Custodia de materiales

Por último, el art. 296.1 LEC dispone que los materiales de las actuaciones quedarán bajo la custodia del secretario del órgano judicial que hubiere acordado la prueba. Deber de custodia que alcanzará alternativamente al momento en que se presente la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos.

En la hipótesis de que, por último, el órgano ante el cual se practicó la prueba fuera distinto al que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión por conducto oficial de los materiales.

549. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 25.

II. Aseguramiento de la prueba

1. Generalidades

En ocasiones, no se precisa la anticipación de la prueba sino que pueden bastar unas medidas que permitan evitar los riesgos para su práctica en el momento procesal oportuno. Opción que, por cierto, es por lo general la más conveniente atendido el principio de contradicción, como corrobora el hecho de se autorice que la prueba practicada anticipadamente, en caso de ser posible, pueda realizarse de nuevo y, en tal caso, el juez valorará según las reglas de la sana crítica junto con la realizada anticipadamente (art. 295.4 LEC).

El aseguramiento de la prueba consiste en la adopción de medidas dirigidas a evitar que, llegado el momento de su práctica, ésta pueda verse frustrada ante eventuales circunstancias, desde por el mero transcurso del tiempo hasta por actuaciones de la contraparte o de terceros que pudieran impedir o poner en peligro la posibilidad de su práctica al menos de forma fiable. Dadas las características del aseguramiento de la prueba, parece que solamente resultará adecuado cuando se trate de pruebas materiales pues en caso de que sean personales lo más

pertinente será su práctica anticipada⁵⁵⁰.

Con estas medidas se pretende mantener o constituir una situación adecuada para que, en el momento que corresponda, pueda practicarse la prueba sin mermas, obstáculos o impedimentos. Su función y efectos son parcialmente coincidentes a la los que corresponden a las medidas cautelares, concretamente a su efecto de aseguramiento⁵⁵¹. La diferencia principal radica en que las medidas cautelares son instrumentales del proceso principal, destinadas a que no pueda frustrarse la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se dicte en el mismo. En cambio, las de aseguramiento tienen como objetivo evitar los peligros que podrían impedir la práctica de un determinado medio de prueba⁵⁵². Su finalidad última será que la sentencia se dicte sin mermas en las posibilidades de fijación fáctica.

Como presupuesto para su adopción, conforme al art. 297.1 LEC, quien pretenda incoar un proceso, o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo (en momentos anteriores a su práctica), podrá solicitar su adopción presuponiendo que concurren circunstancias que, sea por conductas humanas o por acontecimientos naturales, puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, de modo que resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla.

Las medidas no se encuentran en principio concretadas. Solamente se describen, primero, de un modo negativo. Exige que las medidas sean “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

550. ASECIO MELLADO, J. M^a., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-267.

551. Sobre los efectos de las medidas cautelares, véase ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 138-9.

552. En palabras de VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 25. “no se adoptan para asegurar lo que es o será objeto principal del pleito, sino para asegurar lo que será objeto de una diligencia de prueba”.

o incluso carezca de sentido proponerla”. Se exige por tanto que sean de utilidad, no que garanticen necesariamente que se practicarán las pruebas⁵⁵³. Y asimismo, se describen genéricamente de modo positivo. Autoriza el art. 297.2 LEC a que se adopten aquellas “disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características”.

Las posibilidades de medidas de aseguramiento son bien variadas. Por ejemplo, serán admisibles depósitos de muebles, precintos de inmuebles, informes de estado de las cosas, reconocimientos judiciales, o mandatos de hacer o no hacer. En realidad, solamente cabría excluir aquellas que supongan operar sobre las personas pues, en tal caso, será necesario recurrir a la práctica anticipada⁵⁵⁴. Así y todo, el art. 297 LEC no se conforma con descripciones genéricas sino que, a título ejemplificativo, a continuación menciona en concreto la posibilidad de que el juez dirija mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, encaso de infringirse tales mandatos por desobediencia a la autoridad. Y todavía más, en el párrafo siguiente se refiere al supuesto particular de infracción de derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, en cuyo caso, una vez presentadas las pruebas de la infracción, las medidas podrán consistir “en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas”.

2. Jurisdicción y competencia

El art. 297.3 LEC remite a lo dispuesto sobre prueba anticipada en lo relativo a la jurisdicción y competencia, esto es, al art. 293.2 LEC. De ese modo, si las medidas de aseguramiento se solicitan antes de la ini-

553. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 102.

554. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 535.

ciación del proceso, la solicitud “se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria”. En el caso de que ya se hubiere iniciado el proceso, la petición de aseguramiento “se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto”.

3. Deber de ratificación en el caso de solicitud de medida se solicita antes de la iniciación del proceso

Introducido por la Ley 19/2006, de 5 de junio, dispone con buen criterio el art. 297.4 LEC que las medidas quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas. Este plazo es bastante inferior a los dos meses previstos en la regulación de la prueba anticipada (art. 295.3 LEC) a la que se formulan constantes remisiones. Sin embargo, ha de entenderse correcto por la analogía de la solicitud previa de las medidas de aseguramiento de la prueba con la de medidas cautelares. Para este último supuesto se prevé igualmente un plazo de veinte días en un art. 730.2.II LEC que, por cierto, es prácticamente un calco al nuevo art. 297.4 LEC.

En caso de que se supere el plazo de veinte días, se dictará auto de oficio ordenando que se alcen o revoquen los actos los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará su responsabilidad de los daños y perjuicios producidos al sujeto pasivo de las medidas.

4. Requisitos para su adopción

Para que puedan adoptarse las medidas de aseguramiento, mediante providencia, han de cumplirse los requisitos previstos en el art. 298.1 LEC.

A) Requisitos generales

Los requisitos generales de admisibilidad han de darse en el momento en que se pretenda el aseguramiento, y se concretan en posibilidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Son menos exigentes que los generales. La propia funcionalidad de la medida de aseguramiento permite eximir de la proposición previa de la prueba, de modo que cabe obviar el requisito de tiempo y forma en su proposición. Y lo mismo cabe decir, por idéntica razón, del requisito de necesidad por no existir conformidad en los hechos. Ahora bien, puestos a mencionar requisitos legalmente, no hubiera estado de más recordar que la prueba ha de ser necesaria por no tratarse de normas legales incluidas en el brocardo *iura novit curia*, o consistan en ciertas reglas de naturaleza no jurídica cuando sean conocidas por el juez.

Tampoco parece adecuado el silencio legal sobre el requisito de legalidad y licitud de la prueba así como sobre su no exclusión legal, salvo que se alcance la a todas luces errónea conclusión de que es admisible el aseguramiento de una prueba inadmisibile por alegal o ilegal.

No hace mención, a su vez, a que la prueba que se pretenda deba ser “relevante”, como se reputa la prueba a asegurar en el art. 297.1 LEC. Ante esta omisión cabría en principio interpretar que no es exigible⁵⁵⁵. Sin embargo, tal afirmación supone entender que la calificación de la prueba a asegurar en el citado precepto no pasa de ser un mero ejercicio de literatura jurídica sin mayor eficacia normativa. En mi opinión, el legislador sencillamente ha dado este requisito por obvio, como en el caso anterior de legalidad. Además, no se encuentra utilidad alguna en desperdiciar esfuerzos asegurando una prueba que ha de considerarse irrelevante.

555. Para VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 27, el contexto no invita a pensar que deba ser relevante en cuanto no se exige tampoco en la práctica anticipada de prueba.

Por último, en cuanto a la referencia a la posibilidad en el momento en que se “pretenda” el aseguramiento, solamente indicar que la utilización de un término relativo a la “pretensión” puede provocar equívocos evitables. El momento en que se pretende no ha de entenderse el de solicitud sino el instante en que la medida de aseguramiento deba formalizarse, salvo que nos encontremos ante el feliz aunque improbable acontecimiento de que solicitud y aseguramiento constituyan una suerte de sucesión inmediata.

Por lo demás, es plausible que se exija pertinencia y utilidad de la prueba a asegurar, puesto que no se conciben medidas de aseguramiento que no guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener o con lo que sea objeto del proceso; como tampoco se entienden cuando según reglas y criterios razonables y seguros no sirvan para contribuir a esclarecer hechos que puedan estar controvertidos. Precisamente la exigencia de estos requisitos impondrá la necesidad de que en la solicitud de medidas de aseguramiento se haga una referencia al objeto del proceso y a los medios de prueba que se pretenden asegurar.

Como valoración general, para contener una relación parcial y a veces inadecuada de requisitos, en mi opinión, más habría valido una simple remisión a los requisitos generales para la admisión de la prueba que sean aplicables en función del momento de solicitud de las medidas de aseguramiento.

B) Peligro para la posibilidad de práctica de prueba

Han de concurrir razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba. Resulta razonable, como condición para la adopción de medidas de aseguramiento, que la prueba merezca ser asegurada, esto es, que concurren motivos para temer que, de no adoptarse las medidas, pueda resultar imposible en el futuro, la práctica de dicha prueba.

Lo que no se dice es el grado de acreditación que es exigible para que el juez se convenza de que efectivamente hay razones o motivos para temer. El problema recuerda al que plantea el art. 728 LEC con ocasión del *periculum in mora* en las medidas cautelares cuando habla de “justificar” situaciones que impidieran o dificultaren la efectividad de la tutela. En este caso, sencillamente se omite el grado de acreditación cuando se exige “que haya razones o motivos para temer”. Las razones y motivos pueden argumentarse, pero otra cosa es que estos argumentos se correspondan con la realidad ni, por tanto, que “hayan”. No creo que baste con un alegato convincente sobre las razones y motivos que puedan concurrir para temer cuando todas las afirmaciones puedan no corresponderse con la realidad o ser falaces. Tampoco parece que tenga ningún sentido ni utilidad una prueba plena –ni mucho menos siempre con plenas garantías de contradicción entre otras-, sobre el fundamento de la necesidad de la medida de aseguramiento. El legislador deja una vez más al buen criterio del juzgador, no la concreción, cosa que sería explicable sino la labor de conclusión creativa de una norma incompleta.

C) Otros requisitos. Medida conducente, que pueda llevarse a cabo dentro de un tiempo brevé y sin causar perjuicios graves y desproporcionados

Se exige, por último, que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

Resulta obvio a todas luces que la medida de aseguramiento que se proponga, o la que estime preferible el tribunal, haya de ser conducente para el fin de asegurar la prueba. Que pueda llevarse dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporciona-

dos a las personas implicadas o a terceros, igualmente se presenta como una exigencia razonable, incluido el punto de partida de que pueda plantear perjuicios. Así y todo, ha de resaltarse la relatividad del calificativo breve que, depende con qué se compare, puede referirse a prácticamente cualquier lapso de tiempo.

Ahora bien, no me resisto a mencionar un detalle lingüístico. El uso de la conjunción copulativa “y” en lugar de la “o” que puede ser disyuntiva o explicativa, al referirse a los daños, permite entender que se exige la concurrencia de ambas cualidades, de modo que cabría la medida de aseguramiento a pesar de producir un daño grave no desproporcionado, o desproporcionado pero no grave.

D) Eventual ofrecimiento de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar

Todo lo anterior se completa con el art. 298.2 LEC que, aunque no como requisito necesario, contempla un criterio que permitirá conformar completamente la decisión sobre la adopción. Dispone que el “tribunal” podrá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar.

En el diseño legal, se contempla que el solicitante de la medida, ante eventuales daños que, aunque no pueden ser “graves y desproporcionados”, como hemos visto antes pueden tener alguna entidad, *motu proprio* haga un ofrecimiento razonable para garantizar eventuales daños y perjuicios. El tribunal podrá tenerlo en consideración y aceptarlo. Esto implica, primero, que tal ofrecimiento no es necesario e imprescindible, sino sencillamente posible o a lo sumo conveniente; segundo, que no parece que se autorice al tribunal, caso de estimarla insuficiente, para que pueda requerir un complemento o aumento de la

cuantía correspondiente. Se limitará a tener en consideración el ofrecimiento del solicitante y, ante ello, simplemente lo tendrá en consideración a los efectos de resolución⁵⁵⁶. Desde luego, en muchas ocasiones el juez deberá hacer un ejercicio de ponderación importante, lo que contrasta llamativamente con la resolución prevista en forma de mera providencia (art. 298.1 LEC).

5. Sustitución de la medida de aseguramiento por caución. En especial, su determinación cuantitativa

Una de las cuestiones más problemáticas en este punto se plantea por la autorización de que pueda acordarse en lugar de la medida de aseguramiento “la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda” (art. 298.3 LEC).

La caución, por tanto, podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Esta autorización ha recibido, con buenas dosis de razón, duras críticas doctrinales⁵⁵⁷. Básicamente, éstas se basan en su inutilidad para sus-

556. MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2274 crítica que sólo puedan ser acordadas por el tribunal cuando es el solicitante quien las ofrece.

557. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., págs. 283-4. Idénticamente, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 26. ASENCO MELLADO, J. M^º., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-273.

tuitir a la medida de aseguramiento. Las medidas de aseguramiento tienen como fin asegurar la prueba frente a los peligros que impidan o dificulten su práctica en el momento procesal oportuno. La caución, sin embargo, no evita el peligro de que pueda ser destruida la prueba. A pesar de que pueda perder la caución, esta circunstancia puede todavía resultar interesante al sujeto pasivo de la medida en cuanto la destrucción de la prueba al final podrá servirle para obtener un resultado favorable a su pretensión.

Comparto este inicial planteamiento. Sin embargo, la previsión poco optimista de la utilidad del precepto, más que para su crítica dando por sentada su definitiva inutilidad, ha de servir para su debida aplicación en el caso concreto. En realidad, la caución puede resultar conveniente siempre que se cumpla la circunstancia a la que precisamente se refiere el art. 298.3 *in fine* LEC, esto es, que se trate de “caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda”. De ese modo, la viabilidad sustitutiva de la caución se relaciona directamente con su adecuada determinación.

En mi opinión, solamente habría de autorizarse la sustitución por caución cuando la pérdida de la sanción no pueda resultar más conveniente para el sujeto pasivo de la medida⁵⁵⁸. Conveniencia que se daría en aquellos casos en los que la pérdida de la caución venga compensada, a través de la inutilidad de la prueba no asegurada, en que por último se estime su pretensión. Consecuencia esta última que, a pesar de no estar prevista expresamente, el juzgador debería contemplar a la hora de la valoración⁵⁵⁹.

558. Comparto con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., pág. 536, que procederá aceptar la contracautela cuando “se pueda considerar que la pérdida de la caución a quien la ofrezca no compensa los beneficios que este mismo sujeto pudiera obtener de la imposibilidad de practicar la prueba en el futuro”.

559. Como indica ASENCIO MELLADO, J. M³., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 268, “las consecuencias derivadas de la pérdida de la prueba no serían sólo la de la cantidad que se eleve la caución, sino las propias de una presunción contraria a la parte obligada al mantenimiento exacto de la fuente probatoria, y ello al margen incluso de las sanciones penales a las que se vería expuesto”.

Y además, sin perjuicio del eventual vencimiento en el pleito fruto de la misma inutilidad de la prueba, éste no ha de servir como excusa o fundamento para reclamar la recuperación de la caución perdida.

Ciertamente en su concreción práctica el cumplimiento de estas premisas puede plantear interesantes problemas de determinación y hasta cabe que se convierta en un ejercicio poco viable. En los procedimientos de cuantías elevadas, la caución podría alcanzar cifras astronómicas difícilmente disponibles –o garantizables- en los términos del art. 64.2.II LEC. Asimismo, la determinación de la caución habría de ponderarse, de un lado, con la relevancia de la prueba o su concurrencia con otras; y de otro, con la propia medida de aseguramiento que, como tal, tampoco representa una total garantía de que la prueba no va a ser destruida.

Así y todo, estimo que solamente con los citados presupuestos podrá garantizarse plenamente que la sustitución de la medida de aseguramiento por caución no podrá convertirse en un instrumento inútil debido a que al sujeto pasivo de la medida pueda serle más conveniente perder la caución que el pleito.

Desde luego, dados los términos en que se redacta el art. 298.3 LEC lo que no ofrece discusión es que la aceptación de la caución ha de ser potestativa para el juez, sin perjuicio de lo que previene el art. 64.2 LEC en los casos de suspensión por declinatoria⁵⁶⁰.

6. Procedimiento: contradicción, oposición y decisión

La ley 19/2006, de 5 de junio, por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen

560. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III*, (coor.: CORTÉS y MORENO), cit., pág. 27.

normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, introduce en su apartado siete los puntos 4 a 7 del art. 298 LEC que configura el procedimiento para la adopción de medidas de aseguramiento, y más concretamente, regula las posibilidades y alcance de la oposición.

Despeja las dudas que originaba la ausencia de regulación expresa sobre cómo había de concretarse la contradicción en la adopción de estas medidas, deslindando los supuestos posibles de aseguramiento, previo o posterior al inicio del procedimiento. Contrasta el detalle que merece esta regulación en el seno de una Ley de Enjuiciamiento Civil en general poco prolija en lo que atañe a desarrollos procedimentales⁵⁶¹.

A) Oposición con audiencia previa

La regla general es que el aseguramiento se adoptará mediante audiencia previa con independencia de que se soliciten antes o después de iniciado el proceso. En esta audiencia previa, cuyo contenido se limita al más estricto contenido de oír (y ver), de modo que poco o nada tiene que ver con la audiencia previa del juicio ordinario regulada en los arts. 414 y ss LEC, no solamente será oída la persona que vaya a ser demandada o ya lo haya sido sino todas aquellas personas que hayan de soportar la medida. Se oír, en términos genéricos, a todos aquellos que vayan a ser sujetos pasivos de la medida.

Ahora bien, quienes no vayan a tener o no tengan ya la condición de parte tendrán vedada la posibilidad de aducir en su oposición la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba (art. 298.4 LEC). En este caso, las posibilidades de oposición se limitarán básicamente a

561. Antes de la introducción de estas normas ya decía RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 376, sobre la anticipación y aseguramiento de prueba que “la ley regula, con una prolijidad digna de encomio y sobredimensionándolas, estas dos actividades”.

los daños graves y desproporcionados que la medida pueda causarles, así como lo relativo al ofrecimiento de prestar caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda en los términos del art. 298.3 LEC.

Oídos los sujetos pasivos de las medidas, se decidirá sobre la adopción de la medida conforme a las reglas generales: mediante providencia y cuando se cumplan los requisitos generales

B) Oposición diferida

Como excepción, podrá solicitarse que el tribunal acuerde la medida sin más trámites, por tanto, sin audiencia previa, cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica (art. 298.5 LEC).

El juez decidirá acordarla de ese modo mediante providencia. Ahora bien, no se trata de una providencia común puesto que en la misma se precisarán, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado. Más que sucinta, se trata de una relativa motivación, puesto que la exigencia se limita a la fundamentación fáctica, sin tener que expresar necesariamente los fundamentos jurídicos. En realidad, lo único que va a diferenciar esta resolución con un auto es que no será necesario hacer mención expresa a los artículos 297 y 298 LEC. Para tal ahorro, en mi opinión, hubiera sido preferible dictar auto⁵⁶². Aunque estrictamente la decisión sobre medida de aseguramiento no consista en la admisión o inadmisión de la prueba ni tampoco la medida de aseguramiento sea una medida cautelar, las

562. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pág. 349.

afinidades objetivas y analogías de las medidas de aseguramiento con ellas justificarían sobradamente la decisión en forma de auto en los términos del art. 206.2.2ª LEC.

Por lo demás, esta providencia será irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas (art. 298.5 *in fine* LEC).

Quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido (no, al parecer, el resto de personas que ya la hubieren soportado), podrán formular oposición en el plazo de veinte días desde la notificación de la providencia que la acordó (art. 298.6 LEC).

Esta oposición podrá fundarse en la inexistencia de riesgos de daños irreparables en el derecho para la futura práctica de la prueba, así como en la posibilidad de acordar otras medidas igualmente conducentes que resulten menos gravosas. Y también podrá sustituirse por caución.

No resulta coherente, sin embargo, que en el art. 298.7 *in fine* LEC se reitere, aunque sea en correlación con lo dispuesto para el supuesto de audiencia previa, que sólo quien fuera a ser demandado o ya lo hubiese sido podrá aducir la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba (art. 298.7 LEC). Si, como parece, solamente podrán formular oposición quien vaya a ser parte o ya lo sea, no se explica la razón de esta matización excluyente de quienes ya lo habían sido. Mejor hubiera sido no decir nada o, a lo sumo, reiterar que en la oposición podrá aducirse la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba.

C) Vista y decisión

Con independencia de que la oposición se haya producido mediante audiencia previa o diferida, del escrito de oposición se dará traslado

al solicitante y, en su caso, al ya demandado o a quien hubiera de soportar la medida. Todos ellos serán citados a una vista, en el plazo de cinco días, tras cuya celebración se decidirá sobre la oposición, en el plazo de tres días, por medio de un auto que es irrecurrible (art. 298.8 LEC).