

Tema 7

Actos de preparación

1. Planteamiento

Tal y como veremos en el tema siguiente, los procedimientos declarativos se ponen en marcha mediante la interposición de la demanda por la parte actora. Sin embargo, en algunas ocasiones resulta necesario –o conveniente– instar con anterioridad la realización de actos procesales preparatorios del proceso, que permitan el adecuado planteamiento del conflicto o faciliten un mejor desarrollo de la causa.

Dejando ahora al margen las fórmulas alternativas estudiadas en el tema 1 (mecanismos que pretenden evitar el proceso resolviendo la controversia por vías como la conciliación, la mediación o la reclamación previa en caso de accidente de circulación), nos corresponde ocuparnos en este momento de otras actuaciones previas que responden a una finalidad distinta.

En primer lugar, se encuentran las llamadas diligencias preliminares, en virtud de las cuales se persigue la obtención de información o datos esenciales para la adecuada formulación de la demanda y el correcto planteamiento del pleito.

Por otra parte, se prevé igualmente la realización de actuaciones para garantizar la práctica de los distintos medios de prueba en el momento procesal oportuno, entre las que se contemplan el acceso a fuentes de prueba, la práctica anticipada de prueba y la adopción de medidas de aseguramiento de prueba.

Por último, para evitar los perjuicios derivados de la duración del proceso, o para asegurar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria, es posible que se adopten medidas cautelares también con anterioridad a la interposición de la demanda.

Al estudio de las distintas instituciones indicadas dedicaremos los siguientes epígrafes.

2. Las diligencias preliminares

2.1. Concepto y supuestos

En el proceso civil no se contempla una fase de instrucción o de investigación previa impulsada y dirigida desde instancias públicas. Por el contrario, cuando un particular pretende la tutela de sus derechos e intereses legítimos en este orden jurisdiccional, se ve obligado a desarrollar por su cuenta toda la actividad preprocesal que resulte oportuna para obtener la información necesaria que le permita diseñar una estrategia procesal y plantear el pleito de forma solvente.

Sin embargo, el legislador es consciente de que hay situaciones en que no basta que el futuro actor tome la iniciativa y actúe con diligencia, ya que no cuenta con recursos suficientes para acceder a información esencial que se encuentra fuera de su alcance. Para estos casos, los arts. 256 a 263 LEC regulan las diligencias preliminares, actuaciones procesales que puede promover el futuro actor para, a través del órgano judicial, obtener del potencial demandado o de un tercero esos datos imprescindibles para el proceso a los que no puede acceder por sus propios medios.

Las diligencias preliminares se conciben entonces como posibles actuaciones previas y preparatorias de cualquier procedimiento declarativo, aunque algunas posibilidades hacen referencia exclusiva a procesos con determinados objetos. El propio art. 256.1 LEC recoge los distintos supuestos previstos, e incluye como cláusula de cierre la remisión a las eventuales leyes especiales que prevean otras posibilidades para casos concretos.

En dicho precepto se contemplan las distintas peticiones, indicando a quién irán dirigidas y, en algunos casos, limitando quién puede instarlas. La redacción de este art. ha sido objeto de varias modificaciones, en virtud de las cuales se han ido ampliando las posibilidades, hasta ofrecer un espectro significativamente más amplio que el previsto en la versión original de la LEC.

Entre las distintas posibilidades podemos distinguir y agrupar los diferentes supuestos. Por un lado, están las previsiones más sencillas y genéricas:

- La declaración sobre hechos o la exhibición de documentos relativos a la propia capacidad, representación o legitimación.
- La exhibición de la cosa litigiosa.

Por otro lado, se contempla la exhibición de determinados documentos:

- El acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.
- Los documentos y cuentas de una sociedad o comunidad.
- Un contrato de seguro de responsabilidad civil.
- Una historia clínica.

También se recoge de forma específica la colaboración para la concreción de los integrantes de un grupo de consumidores o usuarios afectados cuando no estén determinados y sean fácilmente determinables.

En otro orden de cosas, se contemplan previsiones específicas en los casos en que se pretenda ejercitar acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial mediante actos desarrollados normalmente a escala comercial:

- La facilitación de nombres y direcciones de productores, fabricantes, distribuidores, suministradores, prestadores y poseedores de mercancías y servicios.
- La facilitación de nombres y direcciones de mayoristas y minoristas a quienes se hubieran distribuido mercancías o servicios.
- La determinación de las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas, encargadas y satisfechas como precio, y los modelos y características técnicas de las mercancías.
- La exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado momento.
- La identificación del prestador de un servicio de la sociedad de la información que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta contenidos, obras o prestaciones objeto de derecho de propiedad intelectual o industrial.
- La aportación de los datos que permitan identificar a un usuario de los servicios de un prestador de servicios de la sociedad de la información.

Y la remisión a la legislación especial nos lleva a acudir, por ejemplo, a las previsiones de los arts. 120 a 132 LP en relación con las demandas relativas a propiedad industrial; o al art. 36 LCD en ese ámbito. En cualquier caso, a estos supuestos especiales se aplicará subsidiariamente la normativa general común (263 LEC).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que se trata de una enumeración taxativa, cerrada, de manera que hay que encajar la concreta petición en alguno de los supuestos previstos en la LEC o en una ley especial. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales han ido imponiendo una interpretación flexible e, incluso, extensiva, permitiendo que se canalicen otras solicitudes en que se acredite la necesidad de la colaboración judicial por resultar imposible acceder por otra vía a información esencial para preparar el proceso.

2.2. Competencia

Las reglas para la determinación del órgano competente para resolver sobre la petición de diligencias preliminares se recogen el art. 257 LEC.

Respecto de la competencia objetiva, se atribuye a los juzgados de primera instancia o a los juzgados de lo mercantil, según corresponda en cada caso en atención al objeto del proceso principal en relación con el que se interesan las diligencias preliminares. En consecuencia, habrá que estar a las previsiones de los arts. 86 bis y 86 ter LOPJ sobre la competencia de los juzgados de lo mercantil, analizadas en el tema 3.

En cuanto a la competencia territorial, se aplican fueros distintos según los casos. Así, la regla general es que sea competente el juzgado del domicilio de la persona requerida (quien debe declarar o exhibir cosas o documentos). Sin embargo, la competencia corresponderá al órgano que conocerá del futuro proceso en los siguientes casos:

- Determinación del grupo de consumidores y usuarios.
- Procedimientos en materia de propiedad intelectual o industrial.
- Supuestos previstos en las leyes especiales.

La competencia sólo puede controlarse de oficio, excluyéndose de forma expresa la interposición de declinatoria. Si el órgano aprecia su propia competencia, resolverá sobre la petición de diligencias preliminares en los términos que corresponda. Por el contrario, si no se considera competente para ello, se abstendrá indicando el órgano que estima competente, ante el que, en su caso, tendrá que plantear su solicitud el interesado. Eventualmente, puede producirse un conflicto negativo de competencia, que deberá resolver el tribunal superior común (art. 257.2 LEC, que remite expresamente al art. 60 del mismo texto legal).

2.3. Procedimiento

2.3.1. Inicio

La práctica de diligencias preliminares se interesa mediante escrito fundamentado. En el mismo debe identificarse el objeto del proceso, las concretas diligencias que se pretenden y la justificación de dicha petición, que el legislador concreta en tres aspectos: adecuación al fin perseguido, justa causa e interés legítimo (arts. 256.2 y 258.1 LEC). Además, debe ofrecerse caución para hacer frente a los gastos derivados de estas actuaciones, así como para responder de los eventuales daños y perjuicios que se causen a quienes intervengan en las mismas (art. 256.3 LEC).

Para promover diligencias preliminares está legitimado activamente quien tenga la intención de demandar, incluyéndose en alguno de los supuestos previstos una referencia más concreta (quien se considere heredero, coheredero o legatario; un socio o comunero; el perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil). Por su parte, la petición se dirigirá frente al futuro demandado o un tercero, según corresponda en cada caso.

En cuanto a la postulación, la ausencia de previsiones específicas nos lleva a aplicar las reglas generales establecidas para el orden civil. En consecuencia, la intervención de abogado y procurador será preceptiva cuando se requiera para el futuro proceso al que la solicitud está vinculada (arts. 23 y 31 LEC). Con todo, si se trata de medidas urgentes, puede entenderse que la presencia de dichos profesionales no resulta imprescindible, de acuerdo con lo previsto en los arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC.

2.3.2. Tramitación y resolución

Recibida la solicitud, el juzgador debe examinar en primer lugar su propia competencia, presupuesto que ya hemos visto sólo puede revisarse de oficio, puesto que no procede la interposición de declinatoria. Si el órgano que recibe la solicitud se considera incompetente, se abstendrá y remitirá el asunto al juzgado que considere oportuno, de manera que es posible que se plantee una cuestión negativa de competencia (art. 256.2 LEC).

Apreciada la propia competencia, y en atención a la concurrencia de los requisitos vistos, el órgano decidirá al respecto por medio de auto en el plazo de cinco días. Si deniega las diligencias por entender que no están justificadas, cabe recurso de apelación; si acuerda su práctica por considerarlas procedentes, la decisión es irrecurrible (arts. 258 y 259.1 LEC).

Además, el auto que acuerde las diligencias fijará la cuantía de la caución (que debe prestarse en el plazo de tres días o se archivarán las actuaciones) y citará y requerirá a los interesados para la práctica de dichas diligencias dentro de los diez días siguientes (arts. 258.3 y 259.1 LEC).

Recibida la citación para la práctica de las diligencias, el requerido cuenta con cinco días para plantear oposición a las mismas; de dicha oposición se dará traslado al solicitante para que pueda impugnarla en el mismo plazo. En sus respectivos escritos, cualquiera de las partes podrá solicitar la celebración de vista, que, en su caso, seguirá los trámites previstos al efecto en el marco del juicio verbal. Realizadas las actuaciones oportunas, el juzgador resolverá por medio de auto, que podrá estimar la oposición –en cuyo caso cabe apelación–, o rechazarla –siendo irrecurrible– imponiendo las costas del incidente (art. 260 LEC).

2.3.3. *Práctica y decisiones complementarias*

Acordadas las diligencias preliminares (y denegada la oposición, en su caso), se procede a su práctica en la comparecencia convocada al efecto y que se desarrollará en los términos previstos en el art. 259 LEC. Así, entre otras previsiones, se contempla que el solicitante pueda hacerse acompañar por un experto o que la declaración y las actuaciones sean declaradas reservadas en determinados supuestos.

Practicadas las diligencias (o estimada la oposición), se decide en cinco días sobre la caución a través de auto (apelable), atendiendo a la indemnización solicitada y los gastos acreditados, con audiencia del solicitante. En cualquier caso, se reserva el remanente hasta la presentación de la demanda, de manera que, si no se interpone en el plazo de un mes, se entrega el importe íntegro al requerido (art. 262 LEC).

Por último, se contempla la posibilidad de que el requerido no comparezca o se niegue a la práctica de las diligencias (sin haber formulado oposición o habiendo sido ésta rechazada). Ante esta eventualidad, el legislador prevé que el juzgador adopte medidas específicas para los distintos supuestos, cuya eficacia resulta, no obstante, muy limitada (art. 261 LEC):

- Considerar que la respuesta es afirmativa o tener por admitidos los hechos, cuando se hubiera acordado la declaración sobre hechos relativos a la propia capacidad, representación o legitimación.
- Acordar la entrada y registro para la ocupación de la cosa litigiosa o los documentos que no se hayan exhibido si resulta acreditada su existencia y ubicación. Previsión de dudosa constitucionalidad en relación con la entrada en un domicilio, ya que se recoge en una norma con rango de ley ordinaria.
- Aceptar los datos o cuentas facilitados por el solicitante, cuando no se exhiban documentos contables.
- Acordar las medidas que resulten oportunas, incluida la entrada y registro para la ocupación de documentos o datos (sin perjuicio de la posible responsabilidad penal por desobediencia) cuando no se colabore en la determinación de los integrantes de un grupo o en la concreción de la eventual infracción de la propiedad intelectual o industrial.

3. Actos en materia de prueba

3.1. El acceso a las fuentes de prueba

3.1.1. Concepto y supuestos

El RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo, introdujo en la LEC una Sección 1ª *bis* en el capítulo relativo a las disposiciones generales en materia de prueba. La inclusión de este apartado fue el resultado de la transposición de determinadas directivas en materia de Derecho de la competencia, y en sus arts. (283 *bis* a-283 *bis* k LEC) se regula un incidente que permite acceder a diferentes fuentes de prueba en el caso de reclamaciones de daños por infracción de tal derecho. Nos encontramos aquí con unas previsiones específicas para procedimientos con tal objeto y que permiten canalizar actos preparatorios en materia de prueba, sin perjuicio de que puedan instarse igualmente en el marco del procedimiento declarativo.

Así, y de acuerdo con lo previsto en estos preceptos, será posible que se adopten medidas a instancia del actor, del demandado o del futuro actor, para permitir que pueda acceder a fuentes de prueba en poder de la contraparte o de un tercero y que resulten imprescindibles para sostener la pretensión, oponerse a la misma o cuantificar el daño que se reclama.

En cuanto al posible objeto, el legislador recoge algunas posibilidades, indicando que se trata de una enumeración abierta (283 *bis* a LEC). Así, por esta vía pueden canalizarse peticiones relativas a datos como los siguientes:

- La identidad o direcciones de los supuestos infractores, los compradores de los productos o servicios o los integrantes del grupo de afectados.
- Las conductas o prácticas constitutivas de la supuesta infracción.
- La identificación, el volumen o los precios de los productos o servicios afectados.

Por su parte, los arts. 283 *bis* i y 283 *bis* j LEC establecen reglas específicas aplicables a los supuestos en que se interese la exhibición de pruebas contenidas en expedientes de una autoridad de la competencia. Para estos casos se contempla requisitos y limitaciones de uso singulares que deben ser por supuesto tenidos en cuenta.

3.1.2. Competencia

Será competente para conocer de la petición formulada en este sentido el JPI o de lo mercantil al que corresponda la competencia para conocer de la demanda principal. En consecuencia, se aplicarán las reglas generales relativas tanto a la competencia objetiva como territorial (283 *bis* d LEC).

La competencia sólo puede controlarse de oficio, excluyéndose de forma expresa la interposición de declinatoria. Si el órgano aprecia su propia competencia, resolverá sobre la petición de acceso a las fuentes de prueba en los términos que corresponda. Por el contrario, si no se considera competente para ello, se abstendrá indicando el órgano que estima competente, ante el que, en su caso, tendrá que plantear su solicitud el interesado. Eventualmente, puede producirse un conflicto negativo de competencia, que deberá resolver el tribunal superior común (con remisión expresa al art. 60 LEC).

3.1.3. Procedimiento

3.1.3.1. Inicio

La solicitud de acceso a las fuentes de prueba puede plantearse con la demanda, con carácter previo a la misma o en un momento posterior, pero siempre con anterioridad a la celebración de la vista o juicio oral (283 *bis* e.1 LEC). De manera que la iniciativa puede partir del actor, del demandado o del futuro actor, e irá dirigida al demandado efectivo o potencial, al actor o a un tercero.

En cualquier caso, se formulará mediante escrito fundamentado, en el que se debe concretar la información que se requiere y, en su caso, justificar la viabilidad de la acción por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia (283 *bis* a.1). Por otra parte, puede incluir la adopción de medidas de aseguramiento de pruebas, en los términos que veremos en el apartado correspondiente (283 *bis* f.2 LEC).

3.1.3.2. Tramitación y resolución

De la solicitud de acceso a las fuentes de prueba se dará traslado al requerido y, en su caso, al demandado, convocando a todos los implicados a una vista, que deberá celebrarse en el plazo de diez días (283 *bis* f.1 LEC).

En la vista, las partes podrán alegar lo que consideren oportuno para defender sus intereses y proponer los medios de prueba que estimen pertinentes. La admisión y práctica de la prueba tendrá lugar en la misma comparecencia (283 *bis* f.3). En concreto, el requerido podrá solicitar que se preste caución suficiente para hacer frente a los eventuales gastos, daños y perjuicios derivados del acceso a las fuentes de prueba (283 *bis* c.2 LEC).

Finalizada la vista, el juez resolverá por auto en el plazo de cinco días (283 *bis* f.4 LEC). En cuanto a la impugnación de dicha resolución, se establece un régimen distinto según el momento en que se haya formulado la petición. Así, si la solicitud fue previa a la demanda, cabe apelación directamente. Pero si se planteó con la demanda o en un momento posterior, primero debe recurrirse en reposición (que

tendrá efectos suspensivos) y, si este recurso se desestima, se podrá reproducir la cuestión en apelación.

El juzgador acordará la exhibición de pruebas cuando considere que resulta proporcionada, atendiendo a los intereses de las personas implicadas, la justificación de la petición, el alcance y coste de la exhibición interesada y el eventual carácter confidencial de la materia afectada, evitando la búsqueda indiscriminada de información (283 *bis* a.3).

Además, el órgano cuenta con margen de discrecionalidad para acordar la exhibición de elementos de prueba específicos o de categorías lo más acotadas posibles (283 *bis* a.2 LEC). Igualmente, puede adoptar medidas para proteger la confidencialidad, limitando el acceso a la información en los términos previstos en el art. 283 *bis* b, que contempla las siguientes opciones:

- Disociar pasajes.
- Celebrar las audiencias a puerta cerrada o con acceso restringido.
- Limitar las personas que pueden examinar las pruebas.
- Encargar resúmenes de la información a peritos.
- Redactar versiones de resoluciones judiciales omitiendo pasajes.
- Imponer la obligación de confidencialidad a quien acceda a las fuentes de prueba.

Por otra parte, si se acuerda la constitución de caución, esta debe otorgarse por cualquiera de los medios previstos en el art. 529.3 LEC, con anterioridad a la ejecución de las medidas acordadas (283 *bis* g.1 LEC).

3.1.3.3. *Práctica y decisiones complementarias*

Acordada la exhibición de las pruebas, el órgano adoptará las decisiones oportunas sobre el lugar y modo para proceder a la misma (283.bis.g.2). No se fija plazo al efecto, pero sí se establece que el solicitante podrá acudir asesorado por un experto y que correrá con todos los gastos, así como con los daños y perjuicios causados (283 *bis* c.1 LEC).

En cuanto a la práctica, si no se lleva a cabo de forma voluntaria, el juez podrá acordar las medidas oportunas para hacerlo por la fuerza. A estos efectos, y sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal por desobediencia, se contempla expresamente la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios, para la ocupación de documentos y objetos, sin perjuicio de las dudas sobre la constitucionalidad de estas previsiones (283 *bis* g.3 LEC).

Además, ante la actitud obstruccionista del requerido que destruye, oculta las fuentes de prueba o imposibilita el acceso a las mismas, el interesado puede instar la adopción de otras medidas como las siguientes (283 *bis* h LEC):

- Tener por admitidos determinados hechos o por allanado al demandado.
- La desestimación total o parcial de excepciones o reconvencciones.
- La imposición de multas coercitivas entre 600 y 60.000 euros.
- La imposición de las costas del incidente y del proceso principal.

Por otra parte, el art. 283 *bis* k LEC recoge las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte del solicitante de las eventuales obligaciones impuestas en relación con la confidencialidad o uso de las fuentes de prueba. Al margen de la posible responsabilidad penal, a instancia del perjudicado (previas alegaciones del resto de las partes), podrá imponerse alguna de las siguientes medidas:

- La desestimación total o parcial de la demanda o de las excepciones formuladas en el proceso.
- La imposición de la responsabilidad por los daños y perjuicios causados.
- La condena a las costas del proceso principal y del incidente.

También puede el juzgador optar por la imposición de una multa entre seis mil y un millón de euros, si considera que el incumplimiento no es grave y que resulta más adecuada la multa que la sanción interesada por la contraparte.

Por último, hay que tener en cuenta que, cuando la petición se formalice con anterioridad a la interposición de la demanda, ésta debe interponerse en el plazo de veinte días desde el fin de la práctica de lo acordado. En otro caso, procede la imposición de medidas sancionadoras tanto de oficio como a instancia de parte (283 *bis* e.2 LEC). Así, el juez de oficio podrá condenar al pago de las costas y a indemnizar por los daños y perjuicios causados. Igualmente, y a instancia de parte, cabe acordar la revocación de los actos y la imposibilidad de utilizar los datos para otro proceso.

3.2. La prueba anticipada

Tal y como veremos en el tema 10, la prueba, como regla general, se practica en la vista o juicio oral. Sin embargo, en ciertas ocasiones es preciso realizar actos de prueba en un momento procesal previo, incluso con anterioridad al inicio del proceso en sentido estricto. En estos casos hablaremos de *prueba anticipada*, modalidad que se regula en los arts. 293 a 296 LEC.

Así, el legislador contempla la posibilidad de que se solicite al órgano judicial correspondiente la práctica anticipada de una prueba cuando se aprecie un riesgo

real de que dichas actuaciones no podrán llevarse a cabo en el momento procesal correspondiente por motivos que afectan a las fuentes de prueba, es decir, a las personas o a las cosas de las que debe obtenerse o extraerse la información correspondiente (293.1 LEC).

Huelga decir que se trata de supuestos excepcionales, siendo el ejemplo habitual el caso del testigo enfermo cuyo estado de salud hace temer que no podrá declarar en un futuro más lejano. Aunque la casuística es limitada, podemos igualmente hacer referencia a la necesidad de que se practique un examen pericial o un reconocimiento judicial en un edificio que amenaza ruina.

La solicitud de práctica anticipada de prueba puede realizarse con anterioridad a la interposición de la demanda, en cuyo caso procederá de quien tenga la intención de poner en marcha un proceso y se dirigirá al órgano judicial que considere competente respecto del asunto principal. En estos casos, puede considerarse que se trata de medidas urgentes en el sentido de no requerirse la intervención de abogado y procurador (de acuerdo con los arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC) y la competencia sólo puede controlarse de oficio, excluyéndose de forma expresa la interposición de declinatoria. Si el juzgador aprecia su propia competencia, resolverá sobre la petición de prueba anticipada en los términos que corresponda. Por el contrario, si no se considera competente para ello, se abstendrá indicando el órgano que estima competente, ante el que, en su caso, tendrá que plantear su solicitud el interesado. Eventualmente, puede producirse un conflicto negativo de competencia, que deberá resolver el tribunal superior común, aunque en este caso no existe remisión expresa al art. 60 LEC (293.2 LEC).

Por otra parte, puede igualmente que la prueba anticipada se interese por cualquiera de las partes en el marco de un proceso ya en marcha, supuesto en que será competente el tribunal que esté conociendo del asunto (art. 293.2 LEC).

En cualquier caso, la petición se hará por escrito y debe justificar la concurrencia de los motivos que permiten la práctica anticipada de prueba, adaptándose, además, a las previsiones específicas para la proposición de cada medio de prueba (294.1 LEC). Además, en la petición previa al proceso deberá identificarse al potencial demandado para que pueda intervenir en las actuaciones (295.1 LEC).

Recibida la solicitud, el órgano competente, además de valorar la justificación de la petición, deberá atender a los criterios que determinan la admisión o inadmisión de la prueba (pertinencia, utilidad, legalidad y licitud) para decidir al respecto. La resolución adoptará la forma de providencia y, frente a la misma, cabe recurso de reposición según las reglas generales (294.2 LEC).

Aceptada la petición, se acordará la práctica de la prueba en el momento en que se considere oportuno -siempre con anterioridad a la vista o juicio oral-, con citación de los afectados para respetar las exigencias del principio de contradicción

(294.2 y 295.1 y 2 LEC). La prueba anticipada se practicará de acuerdo con las reglas previstas para cada medio de prueba y estas actuaciones podrán repetirse en la vista o juicio oral si fuera posible y alguna de las partes así lo interese (295.4 LEC).

Finalmente, corresponde al LAJ la custodia de los documentos, las piezas de convicción y las actas o grabaciones, que se incorporarán a los autos correspondientes de acuerdo con lo previsto en el art. 296 LEC, que prevé la reclamación de dichas actuaciones a instancia de parte cuando la competencia para el asunto principal se atribuya a un tribunal distinto del que conoció de la petición de prueba anticipada.

Por último, hay que tener en cuenta que, si la prueba se practicó con anterioridad al inicio del proceso, el solicitante debe interponer la correspondiente demanda en el plazo de dos meses desde la finalización de dicha práctica. En caso contrario, se privará a lo actuado de valor probatorio, salvo que el retraso se deba a causa de fuerza mayor o equivalente (295.3 LEC).

3.3. El aseguramiento de prueba

Distintas de la prueba anticipada son las llamadas *medidas de aseguramiento de prueba*, reguladas en los arts. 297 y 298 LEC. En esta ocasión el legislador contempla la posibilidad de que se lleven a cabo actuaciones tendentes a la conservación de las fuentes de prueba para garantizar que la prueba podrá practicarse en el momento oportuno. Se trata entonces de evitar la alteración o destrucción de cosas u objetos –bien por intervención humana, bien por acontecimiento natural– mediante una intervención directa sobre los mismos (297.1 LEC).

A estos efectos, se permite que puedan acordarse aquellas medidas que resulten adecuadas para evitar la alteración, garantizar la conservación o dejar constancia de la existencia y características de las cosas afectadas. En este sentido, se hace referencia expresa a la posibilidad de incluir mandatos de hacer o no hacer y a contenidos específicos en relación con infracciones de derechos de propiedad intelectual o industrial (297.2 LEC). Igualmente, se contempla que, de oficio, el juzgador pueda optar por medida distinta a la interesada cuando la considere más adecuada para el supuesto concreto (298.1.3º LEC).

La solicitud de medidas de aseguramiento puede realizarse con anterioridad a la interposición de la demanda por quien tenga la intención de poner en marcha un proceso (297.1 LEC), y se dirigirá al órgano judicial que considere competente respecto del asunto principal (293.2 LEC, por remisión del 297.3 del mismo texto legal). En estos casos, puede considerarse que se trata de medidas urgentes en el sentido de no requerirse la intervención de abogado y procurador (de acuerdo con los arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC) y la competencia sólo puede controlarse de oficio,

excluyéndose de forma expresa la interposición de declinatoria. Si el juzgador aprecia su propia competencia, resolverá sobre la petición de prueba anticipada en los términos que corresponda. Por el contrario, si no se considera competente para ello, se abstendrá indicando el órgano que estima competente, ante el que, en su caso, tendrá que plantear su solicitud el interesado. Eventualmente, puede producirse un conflicto negativo de competencia, que deberá resolver el tribunal superior común, aunque en este caso no existe remisión expresa al art. 60 LEC.

Por otra parte, puede igualmente que las medidas de aseguramiento de prueba se interesen por cualquiera de las partes en el marco de un proceso ya en marcha, supuesto en que será competente el tribunal que esté conocimiento del asunto (297.1 LEC).

En cualquier caso, la petición se hará por escrito y deberá justificar tanto la necesidad y viabilidad de las medidas interesadas como la oportunidad de la prueba cuya fuente se pretende proteger, pudiendo incluir un ofrecimiento de garantía para cubrir los eventuales daños y perjuicios que se deriven de tales actuaciones (298.2 LEC).

Recibida la solicitud, el órgano competente decidirá de forma inmediata al respecto, atendiendo a la eventual concurrencia de las siguientes circunstancias (298.1 LEC):

- Posibilidad y admisibilidad de la prueba cuya fuente se pretende proteger (teniendo en cuenta su pertinencia, utilidad, legalidad y licitud).
- Acreditación de la existencia de un riesgo real de que la inacción en ese momento impida la práctica de la prueba en el momento correspondiente.
- Proporcionalidad de la medida (de acuerdo con su adecuación al fin, su duración y los posibles perjuicios a terceros).

La decisión se prevé que sea por medio de providencia (aunque sería más adecuado auto) y podrá aceptar el ofrecimiento de garantía que, en su caso, haya realizado el solicitante (298.2 LEC).

Con anterioridad a la adopción de la medida acordada (para lo que no se prevé plazo), se dará audiencia a la persona que deba soportarla y, en su caso, también al demandado, quienes podrán formular oposición a la misma (298.4 LEC). A estos efectos, cabe alegar la inexistencia del riesgo invocado o la imposibilidad o inadmisibilidad de la prueba que se pretende garantizar (298.7 LEC) y también se contempla el ofrecimiento de caución sustitutiva (298.3 LEC). Del escrito de oposición se dará traslado al resto de afectados y se convocará a todos ellos a una vista para decidir al respecto, por medio de auto en este caso, que será irrecurrible (298.8 LEC).

Excepcionalmente, cuando la urgencia de la medida no permita esperar a que se agote el trámite de oposición, cabe la adopción de las medidas de forma

inmediata e *inaudita parte*. Nuevamente se prevé que esta decisión se haga a través de providencia (siendo más adecuado un auto), que será irrecurrible, pero frente a la que se podrá formular oposición en el plazo de veinte días (298.5 y 6 LEC).

Por último, hay que tener en cuenta que, si las medidas de aseguramiento se acordaron con anterioridad al inicio del proceso, el solicitante debe interponer la correspondiente demanda en el plazo de veinte días desde su adopción. En caso contrario, dichas medidas quedarán sin efecto y se alzarán de oficio, con imposición de costas y responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios causados (297.4 LEC).

4. Las medidas cautelares: planteamiento y remisión

Todo proceso judicial requiere para su adecuado desarrollo de un tiempo más o menos dilatado según su complejidad procedimental y otros condicionantes, como los eventuales retrasos o dilaciones que operen en el caso. Así las cosas, la mayor duración de la tramitación normalmente redundará de forma negativa en la eficacia de la resolución definitiva y en su efectiva puesta en práctica. En consecuencia, para evitar los riesgos derivados del transcurso del tiempo –justificado o no–, se contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares, garantizando en lo posible el cumplimiento de lo acordado y la satisfacción de los intereses de las partes.

Es por ello que, de acuerdo con lo previsto en el art. 5.1 LEC, la tutela cautelar constituye una de las modalidades de protección que puede obtenerse de los órganos jurisdiccionales, siendo parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Este tipo de pretensiones se ejercitan a través de las acciones cautelares, que se dirimen en un procedimiento autónomo pero vinculado a un procedimiento principal, pues no constituyen una finalidad en sí mismas.

A estos efectos, pueden definirse las medidas cautelares como actuaciones directas o indirectas sobre bienes o derechos del demandado (o futuro demandado), que se acuerdan por el órgano judicial a instancia de parte –o excepcionalmente de oficio– de acuerdo con lo previsto en los arts. 721 a 747 LEC. Tal y como se indicaba en el planteamiento de este tema, también con anterioridad a la interposición de la demanda es posible que se lleven a cabo este tipo de actuaciones, siendo su objeto evitar los perjuicios derivados de la duración del proceso o asegurar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria.

De manera que las medidas cautelares pueden solicitarse con la demanda, con anterioridad a la misma o, incluso, en un momento posterior. Cabe su denegación automática, la adopción *inaudita parte* (en cuyo caso es posible plantear oposición) o la convocatoria de una vista para alegaciones y pruebas. En cualquier caso, la solicitud de medidas cautelares sólo tiene sentido en el marco de un proceso en el

que se ejercite una acción declarativa de condena cuyo resultado se pretende garantizar.

El estudio detallado de las medidas cautelares corresponde al contenido de la asignatura *Derecho Procesal III*, a la que nos remitimos. Sin embargo, no podemos dejar en este punto de abordar los aspectos esenciales de las mismas, como las características, los requisitos o presupuestos y la referencia a alguna de las medidas expresamente previstas.

Como principales características de las medidas cautelares, el legislador destaca las siguientes notas (726 LEC):

- En primer lugar, su instrumentalidad o accesoriedad, en cuanto que las medidas cautelares sólo tienen sentido en relación con un proceso principal (actual o futuro) en el que se ejercite una acción declarativa de condena (730 y 731 LEC).
- Por otra parte, su funcionalidad, ya que las medidas cautelares deben tener un contenido acorde con la pretensión planteada en el proceso con el que se vinculan, garantizando o anticipando la eventual ejecución.
- Además, deben ser proporcionales o proporcionadas, adoptándose siempre la medida cautelar que resulte menos gravosa para alcanzar el objetivo perseguido (726.1.2ª LEC), y permitiéndose, como regla general, su sustitución por una caución (746 LEC).
- Por último, las medidas cautelares tienen vocación de provisionalidad o temporalidad (726.2 LEC), de manera que pueden modificarse o dejarse sin efecto si ya no resultan imprescindibles. En concreto, se alzarán en los siguientes casos:
 - o Si se solicitan con anterioridad al inicio del proceso, cuando no se interponga la demanda en el plazo de veinte días desde su adopción (730.2.II LEC).
 - o Si el proceso permanece en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al actor (731.1.II LEC).
 - o Si se insta la ejecución provisional de la sentencia condenatoria no firme y recurrida (731.2 LEC).
 - o Si no se reitera la petición de que se adopten medidas cautelares al recurrir una sentencia absoluta (744.1 LEC).
 - o Una vez deviene firme la sentencia absoluta (745 LEC).
 - o Una vez deviene firme la sentencia condenatoria, se inste o no la ejecución de la misma (731.1 LEC).

En otro orden de cosas, la concesión de las medidas cautelares se condiciona a la existencia de dos requisitos o presupuestos cuya concurrencia el solicitante debe acreditar debidamente (728 LEC):

- Por un lado, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que supone una acreditación indiciaria de la viabilidad de la pretensión, sin prejuzgar el fondo del asunto. A estos efectos, debe aportarse un principio de prueba por cualquier medio que justifique mínimamente la razonabilidad de la pretensión.
- Y, además, el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal, que implica la existencia de un riesgo de que se aproveche la duración del proceso para dificultar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria, o de durante el proceso se pueda provocar un daño efectivo difícilmente reversible.

Además, la efectiva adopción de las medidas acordadas requiere que, previamente, el interesado preste caución suficiente para responder de los eventuales daños y perjuicios causados, para el caso de que se estime la oposición o la sentencia sea absolutoria. La cuantía de dicha caución la determinará el tribunal en atención a la naturaleza, el contenido y el fundamento de la pretensión, pudiendo eximir al solicitante si lo considera adecuado (728.3 LEC).

Puede criticarse la exigencia de tal garantía, ya que la adopción de las medidas cautelares no deriva de la mera petición del actor, sino que se requiere la concurrencia de los presupuestos vistos. En consecuencia, si se dan tales condiciones, procede la adopción de dichas medidas, independientemente de que posteriormente se estime la oposición o no se obtenga finalmente una sentencia condenatoria.

En última instancia, hay que tener en cuenta que la concreta medida cautelar a adoptar estará en función de la acción ejercitada y de la condena pretendida. A estos efectos, el legislador ofrece muy distintas opciones, sin perjuicio de que pueda igualmente interesarse una actuación distinta que no esté expresamente prevista. A título meramente ejemplificativo, podemos señalar las siguientes posibilidades (727 LEC):

- Medidas cautelares para asegurar una ejecución dineraria:
 - o El embargo preventivo de bienes.
 - o La intervención, depósito o consignación de cantidades.
 - o La intervención y administración judicial de bienes productivos.
- Medidas cautelares para asegurar la entrega de una cosa específica:
 - o El embargo de un bien concreto.

- La intervención y administración de la cosa litigiosa.
 - El depósito de cosa mueble.
 - La formación de inventario de muebles.
 - La anotación preventiva de la demanda.
 - Otras anotaciones registrales como prohibiciones de disponer o gravar.
- Medidas cautelares para asegurar una condena de hacer o de no hacer:
- El cese provisional de actividad.
 - La prohibición de interrumpir la realización de una prestación.
 - La realización de una obra.
 - La prohibición de difusión de noticias u obras artísticas.
 - El secuestro de publicaciones.