

La sentencia que aquí se comenta estima parcialmente la demanda, concediendo el actor la mayor parte del perjuicio reclamado.

La sentencia comienza por declarar que lo preceptuado en el artículo 13.2 de la LDC debe combinarse con los requisitos que, en cuanto a la acción por responsabilidad extracontractual, establece el artículo 1902 del Código Civil. En cuanto a la existencia de la acción ilícita y culposa, el Juzgado asume la declaración de anticompetitividad ya realizada por las autoridades judiciales y administrativas. Declara a tal efecto el Juzgado que *«sin entrar a analizar los motivos que llevaron al Tribunal de Defensa de la Competencia, a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo, a declarar que las actuaciones denunciadas eran contrarias a la libre competencia [...], combinando lo señalado en las mismas con lo preceptuado en el artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, llevaría a estimar la existencia de la acción culposa determinante de la responsabilidad»*. Considera igualmente acreditada la existencia de la relación causal, toda vez que los perjuicios reclamados se ofrecían como consecuencia de las conductas sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sentada la concurrencia de estos dos elementos, el resto de la sentencia se centra en la determinación y cuantificación del lucro cesante objeto de reclamación, cuestión que absorbió la mayor parte del debate procesal durante el procedimiento. Para ello, parte del artículo 1106 del Código Civil y del concepto general de lucro cesante asentado en nuestra jurisprudencia: *«las ganancias susceptibles de ser reclamadas (son) aquellas en que concurre verosimilitud suficiente para ser reputadas como muy probables, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento dañoso y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico»*.

Para comprobar si concurrían o no estos presupuestos, el Juzgado analiza tanto los informes periciales aportados con demanda y contestación como las declaraciones de sus autores en el juicio, ya que en el supuesto comentado ni las partes solicitaron ni el Juzgado acordó de oficio la designación judicial de perito o la petición de informe al Tribunal de Defensa de la Competencia *«sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones»* (artículo 13.3 de la LDC). Contrastando los informes periciales disponibles *«según las reglas de la sana crítica»*, concluye el Juzgado que la valoración del perjuicio efectuada en el informe pericial aportado junto a la demanda era —con una única salvedad— *«razonable, equita-*

tiva y ajustada a derecho». Y condena, por ello, al pago de una indemnización por un importe que, según los datos disponibles, supera con mucho la máxima compensación otorgada hasta la fecha en Europa como consecuencia de daños derivados de la infracción de las normas *«antitrust»*.

Aunque la sentencia aquí comentada está pendiente de recurso de apelación, constituye un hito importante en cuanto a la aplicación práctica en España de la posibilidad de reclamación de los perjuicios derivados de las conductas contrarias a la libre competencia, singularmente en cuanto a su articulación con las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual y con los preceptos que sobre proposición y valoración de la prueba contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ALFONSO GUTIÉRREZ Y JAVIER GARCÍA SANZ (*)

EL FRAUDE DE LEY TRIBUTARIA NO CONSTITUYE DELITO FISCAL PORQUE NO IMPLICA OCULTACIÓN NI ENGAÑO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/2005 SE OPONE A LA TESIS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El delito fiscal, ¿exige ocultación de datos fiscalmente relevantes o basta con no pagar? («Teoría del engaño» vs. «Teoría de la infracción de deber»)

«Defraude». Defraudar. Ése es el verbo que emplea el artículo 305 del Código Penal para describir la conducta típica del delito fiscal (*«El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública [...] eludiendo el pago de tributos [...]»*) Pero ¿qué significa defraudar? Si decimos que un contribuyente defrauda, ¿significa que no paga y además engaña a la Administración Tributaria (por ejemplo, ocultando sus bienes o declarando unos ingresos inferiores a los reales)? ¿O quizá un contribuyente defrauda, simplemente, dejando de pagar el tributo a que está obligado, aunque no engañe ni oculte, aunque haya facilitado a la Administración Tributaria todos los datos relevantes?

Alrededor de esta pregunta gravitan actualmente gran parte de los problemas relacionados con la

* Abogados, respectivamente, de los Departamentos de Derecho Europeo y de la Competencia y del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).

aplicación del delito fiscal en nuestro ordenamiento. Destacadamente, el tratamiento jurídico-penal de los supuestos de fraude de ley tributaria. La sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, al resolver un recurso de amparo relativo a uno de estos casos de fraude de ley tributaria, ha respondido nuestra pregunta en sentido inverso al que venía defendiendo el Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos. Sostiene el Tribunal Constitucional (en línea con la doctrina mayoritaria): (i) que defraudar implica engañar, ocultar; y (ii), dado que en el fraude de ley no existe tal ocultamiento, este comportamiento no encaja en el tipo.

La doctrina mayoritaria siempre ha sostenido esta tesis. Según Fernando Pérez Royo, cuando el verbo que comentamos se introdujo en el tipo, «[...] *La doctrina (y también los tribunales) entendieron, sin excesivas dificultades, que lo que el verbo defraudar añadía al puro resultado de daño a la recaudación tributaria en que se condensa la elusión del pago, era precisamente una conducta de ocultación*» (ver su reciente artículo «El estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España», en *La Ley*, número 6281, de 24 de junio de 2005). Este planteamiento es defendido por M. Bajo Fernández, G. Rodríguez Mourullo, F. Morales Prats y J.A. Choclán Montalvo, entre otros.

Sin embargo, surgieron voces discordantes en la doctrina. Algunos autores (E. Gimbernat Ordeig, E. Bacigalupo Zapater, C. Suárez González) defendieron y defienden que el delito fiscal consiste en «*la infracción de un deber*». Es suficiente incumplir el deber de satisfacer los tributos debidos al erario público (por encima del umbral de 120.000 euros) para realizar la conducta típica del delito fiscal. La ocultación o mendacidad no es un requisito del tipo.

Esta línea doctrinal minoritaria, y que amplía el ámbito de la punibilidad, es la que ha acogido recientemente el Tribunal Supremo. Por ejemplo, en su muy citada sentencia de 28 de noviembre de 2003 que volveremos a comentar después: «*El delito fiscal, como se infiere de su definición típica, no constituye una modalidad del delito de estafa que requiera una determinada mise en scène o comportamiento engañoso para provocar un desplazamiento patrimonial inducido por error, sino un delito de infracción de deber que se comete por la elusión dolosa del tributo (desvalor de acción) en su cuantía típica (desvalor de resultado) [...]*» Simplificando, es suficiente con no pagar para cometer el delito fiscal (siempre que se rebase el umbral de 120.000 euros citado).

Fraude de ley, simulación y economía de opción

¿Cómo afecta esta polémica a los supuestos de fraude de ley y su tratamiento jurídico-penal? Antes de contestar es preciso determinar qué ha de entenderse por fraude de ley y deslindar la figura de otras afines.

El fraude de ley tributaria, en principio, responde a la noción que prevé con carácter general el artículo 6.4 del Código Civil: «*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*». El artículo 24.1 de la derogada Ley General Tributaria apreciaba fraude de ley tributaria en la realización de «*[...] Hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible*». F. Pérez Royo (*Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, 1995, página 93) lo ilustra con el ejemplo de quienes, para evitar el impuesto que grava las transmisiones de bienes onerosas, en lugar de celebrar una compraventa, utilizan un contrato de sociedad: una persona aporta al capital social el inmueble, la otra su contravalor en dinero, después se disuelve la sociedad adjudicando el dinero a quien aportó el inmueble y al contrario. El contrato de sociedad se realiza efectivamente, pero con un fin no previsto por el legislador: eludir la aplicación del tributo que grava las transmisiones de inmuebles.

Tradicionalmente, se insiste en la diferencia entre fraude de ley y las categorías «*simulación*», por un lado, y «*economía de opción*», por otro.

Se suele decir que en la *simulación* (sin definición normativa en nuestro Derecho) existe divergencia entre la voluntad interna del sujeto y la que éste exterioriza. En la *simulación absoluta* se aparenta realizar un determinado negocio pero, en realidad, no se quiere realizar y no se realiza ni ese negocio en concreto ni ningún otro. El ejemplo que ofrece L. Díez-Picazo (en *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 1993, página 530) es el siguiente: «*A y B comparecen ante notario, y en escritura pública A vende a B un inmueble, confesando A haber recibido el precio pactado con anterioridad, hecho que no se produjo*». Según el mismo autor, en la *simulación relativa*, «*se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto*». El ejemplo en este caso es la compraventa en la que no se paga el pre-

cio (negocio simulado), porque encubre una donación (el negocio disimulado, realmente querido por las partes).

A diferencia de lo que sucede en la simulación, en el fraude de ley el negocio es querido y efectivamente realizado por las partes, aunque los motivos que guían a los sujetos no sean los usuales o los previstos por el legislador.

En la *economía de opción* no existe abuso alguno. Entre varias alternativas lícitas previstas por el ordenamiento, el sujeto elige la que supone un mayor ahorro fiscal. No existe elusión, ni retorcimiento del fin usual de una figura jurídica (F. Pérez Royo, en el manual citado, pone el ejemplo de optar por un *leasing* en lugar de una compraventa para adquirir activos empresariales).

En el plano administrativo, la derogada Ley General Tributaria atribuía consecuencias jurídicas diferentes a estas figuras: (i) la simulación era, y es también con la nueva Ley General Tributaria, merecedora de sanción administrativa; (ii) el fraude de ley no merecía sanción, sino meramente la aplicación de la norma tributaria eludida; y (iii) obviamente, la economía de opción, al no tratarse de una conducta antijurídica, no puede merecer reproche alguno.

La tesis del Tribunal Supremo en sus pronunciamientos más recientes: el fraude de ley tributaria es delito

Como se ha dicho, en la simulación existe ocultación (diferencia entre lo querido y lo exteriorizado), pero no en el fraude de ley. Así, quienes defienden que el delito fiscal exige ocultación o engaño como requisito típico (la doctrina y jurisprudencia tradicionales) reconocen que la simulación es típica pero rechazan que el fraude de ley pueda ser punible penalmente.

Por el contrario, quienes sostienen la «*Teoría de la infracción de deber*», y no exigen mendacidad para apreciar delito fiscal, afirman que tanto la simulación como el fraude de ley merecen reproche penal porque en ambos casos se produce perjuicio a la Hacienda Pública.

Además, los partidarios de la punibilidad deben salvar otro importante obstáculo. Como se ha dicho, el legislador tributario ha decidido que el fraude a la ley fiscal no merece sanción administrativa. ¿Puede defenderse el reproche penal (cuando el perjuicio a la Hacienda supera los 120.000 euros) para una conducta que ni tan siquiera merece sanción administrativa?

El Tribunal Supremo ha respondido afirmativamente a esta pregunta: el fraude de ley tributaria es delito por encima de 120.000 euros. Suelen citarse en este sentido dos sentencias de la Sala Segunda: la de 15 de julio de 2002 (Repertorio de Jurisprudencia 2002, 8709) y 28 de noviembre de 2003 (Repertorio de Jurisprudencia 2004, 91) (en el trabajo antes referido, Pérez Royo cita también un antecedente «olvidado», una sentencia cuyo ponente fue D. Marino Barbero —aunque no la identifica, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1991, Repertorio de Jurisprudencia 1991\5210.)

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002, sin embargo, no se adscribe con tanta claridad al postulado. Esta sentencia rechaza que el supuesto de hecho a examen sea un fraude de ley y lo califica como simulación (punible, claro está.) La doctrina entiende que esta sentencia es un antecedente de la tesis a favor de la punibilidad del fraude de ley tributaria porque aquí el Tribunal Supremo tiende a ver cercanas las figuras de simulación y fraude de ley («[...] Figuras en todo caso connotadas de ilicitud y caracterizadas —más allá de sus diferencias— porque quien concurre a ellas busca desfigurar en alguna medida ciertas particularidades de su comportamiento a los ojos del orden jurídico»).

Es en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003 donde más claramente se expresa la tesis de la punibilidad. Al igual que en la sentencia anterior, el Tribunal Supremo también califica aquí el negocio jurídico controvertido como simulación (relativa.) Sin embargo, en este caso el Tribunal Supremo afirma, *obiter dicta* pero con claridad, que en presencia de un fraude de ley habría aplicado igualmente la sanción penal. Podemos resumir en tres ejes los postulados de esta sentencia: (i) acoge la «*Teoría de la infracción de deber*», al defender que no es un requisito del delito fiscal la ocultación o el engaño sino que basta el perjuicio a la Hacienda en cantidad superior al umbral de 120.000 euros para sancionar penalmente («[...] si consta que se ha defraudado a la Hacienda Pública mediante la voluntaria y consciente elusión del pago de tributos por importe superior a la cuota legal, ha de sancionarse, en principio, la conducta como delito fiscal»); (ii) en consecuencia, el fraude de ley, aunque no implica ocultamiento, también es punible; y (iii) no es obstáculo para ello que la norma tributaria no prevea sanción administrativa en estos supuestos.

El Tribunal Supremo no dedica demasiada atención a combatir ese último obstáculo (quizá por tratarse de un razonamiento *obiter dicta*.) Se dice únicamen-

te que esa falta de sanción administrativa no excluye el delito fiscal porque la consecuencia del fraude de ley debe ser la aplicación de todas las normas eludidas, también la penal («[...] *la respuesta legal al fraude de ley consiste efectivamente en la aplicación de la norma eludida en su integridad, incluidas obviamente las consecuencias negativas o sancionadoras que el ordenamiento jurídico atribuya al comportamiento efectivamente realizado*»).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone frontalmente a la tesis del Tribunal Supremo: el fraude de ley tributaria no constituye delito fiscal porque no implica ocultación ni engaño

La sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 supone un hito fundamental en esta polémica. Interesa saber que el órgano *a quo*, la Audiencia Provincial de Barcelona, había rechazado que el negocio jurídico controvertido fuera una simulación —como pretendían las acusaciones—, y lo calificó de fraude de ley. A partir de ahí, la Audiencia aplicó la solución propugnada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003: para el Derecho penal es indiferente la calificación de simulación o fraude de ley, la consecuencia en ambos casos es la condena por delito fiscal. De este modo, al resolver el recurso de amparo frente a la sentencia de la Audiencia de Barcelona, el Tribunal Constitucional se ve obligado a preguntarse: (i) si el fraude de ley tributaria excluye la tipicidad penal; y (ii) si apreciar lo contrario puede suponer la quiebra de algún derecho fundamental del condenado.

Los postulados del Tribunal Constitucional pueden resumirse del siguiente modo:

(i) Que el legislador tributario no haya previsto sanción administrativa para el fraude de ley no implica *per se* que no quepa sanción penal. Se mantiene por tanto la tesis del Tribunal Supremo sobre independencia entre los órdenes administrativo y penal a estos efectos. Para saber si el fraude de ley tributaria merece o no sanción penal habrá que preguntarse si cumple todos los requisitos típicos del artículo 305 del Código penal o por el contrario excluye alguno.

(ii) El fraude de ley se diferencia de la simulación en que no presenta ocultación alguna. Es «transparente». Dice el Tribunal Constitucional «[...] *Mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente*

relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista».

(iii) Precisamente esa transparencia del fraude de ley provoca su atipicidad a efectos del artículo 305 del Código penal. La simulación es típica porque implica ocultación, el fraude de ley es atípico precisamente porque carece de ella. Estas afirmaciones, necesariamente, implican una premisa: la ocultación es un elemento del tipo del delito fiscal (lo que se opone frontalmente a la «Teoría de la infracción de deber».) El Tribunal Constitucional relaciona ese elemento con el tipo subjetivo: «*La evidente merma de los ingresos a la Hacienda pública que determinó la actuación conjuntamente emprendida por el recurrente y por sus socios o encausados no era, sin embargo, como parece latir en el fondo de la sentencia recurrida, requisito suficiente para considerar cometido el delito descrito en el artículo 349 del Código Penal de 1973. Junto a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria [...]*».

(iv) Dado que los supuestos que caen dentro del concepto «fraude de ley tributaria» no reúnen todos los requisitos del tipo del artículo 305 del Código penal, invocar esa figura jurídica para fundar una condena penal en estos supuestos provoca dos tipos de vulneraciones del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución Española: (i) supone una aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal; y (ii) se vulnera la exigencia de previsibilidad de una condena penal (se trataría de una aplicación de la norma punitiva tan carente de razonabilidad que resultaría imprevisible para sus destinatarios.)

En consecuencia, puede decirse que esta sentencia del Tribunal Constitucional no sólo impide apreciar delito fiscal en los supuestos de fraude de ley tributaria. Además, a nuestro juicio, las razones que invocan se oponen frontalmente a la «Teoría de la infracción de deber». Según el Tribunal Constitucional no es suficiente para apreciar tipicidad por delito fiscal

la comprobación de la existencia de un perjuicio a la Hacienda y que su cuantía sea superior a 120.000 euros. El delito fiscal exige además, como elemento típico, la existencia de ocultación o engaño.

Temores, dudas y cuestiones no resueltas

La misma doctrina que ha aplaudido la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 ya ha expresado su temor acerca de que, ante esta jurisprudencia constitucional, la Administración Tributaria (y aun la Jurisdicción ordinaria) pueda sentir la tentación de huir de la calificación de fraude de ley y acudir a la simulación con profusión para salvar la laguna de punibilidad que se abre. También suele decirse que los funcionarios de la Agencia Tributaria ya incurrían de antiguo en esa huída, con el fin de soslayar la tramitación del expediente de declaración de fraude de ley que preveía la derogada Ley General Tributaria y que sigue regulando la norma vigente.

Un elemento que el Tribunal Constitucional no entra a analizar en la sentencia 120/2005 es la posible influencia que en esta discusión pueda tener la nueva Ley General Tributaria, que ha suprimido la expresión «*fraude de ley*» contenida en el artículo 24 del texto derogado. El artículo 15 de la Ley General Tributaria vigente regula la figura denominada «*Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*», que vendría a sustituir a la regulación contenida en el antiguo artículo 24. No es éste el lugar para un análisis de este cambio legislativo. Baste decir que la doctrina aprecia que los supuestos que antes encajaban en el fraude de ley tributaria podrían subsumir también sin dificultad en la nueva figura, que se mantiene exceptuada de sanción administrativa (si bien, en las fases iniciales de la tramitación de la norma sí se preveía la sanción.) Jesús López Tello ha realizado un profundo estudio de esta nueva categoría, con abundante mención de Derecho comparado, en estas mismas páginas (ver «La “cláusula antiabuso” del Anteproyecto de Nueva Ley General Tributaria», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 5, 2003, páginas 45 y siguientes) y en «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria», en *Boletín del ICAM*, número 28, Febrero 2004, páginas 53 y siguientes.

Un aspecto sobre el que la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se desliza sin detenerse es en qué medida la falta de sanción administrativa del fraude de ley puede tener relevancia en su tratamiento jurídico-penal. Los Tribunales suelen zanjar la cuestión afirmando la independencia del orden

penal con respecto del orden administrativo. Sin embargo, este argumento, cercano a la petición de principio, no satisface a la doctrina. Y nos parece una crítica acertada. Si realmente pretende dotarse de un contenido real a los principios de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio* del Derecho penal no puede, creemos, despacharse esta cuestión afirmando, sin más, que la represión penal no necesita siempre de una sanción administrativa correlativa para poder ser aplicada. Evidentemente, no existe una sanción administrativa para el homicidio doloso, pero no se trata de eso. Se trata de que, en aquellos ámbitos en que confluyen Derecho penal y otros aparatos represivos del Estado, como el Derecho administrativo sancionador, en aplicación de los principios citados el Código penal debe reservarse *solamente* para las infracciones más graves. Si el legislador tributario ha decidido no sancionar el fraude de ley tributaria es —parece obvio— porque lo estima menos lesivo para los intereses generales que la simulación, que sí merece sanción administrativa. No se trata, creemos, de que el legislador tributario haya previsto que, como el homicidio doloso, la represión natural del fraude de ley tributario deba residenciarse en el Código penal.

Comentario final

Quizá lo más relevante de la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 sea su oposición a la «*Teoría de la infracción de deber*» en el delito fiscal. Según esta nueva doctrina constitucional, el verbo «*defraudar*» del artículo 305 del Código penal no significa sólo dejar de pagar sino que, necesariamente, también implica ocultar o engañar.

Por ello, dejamos apuntado que tal vez, sólo tal vez, un prisma útil para ver el problema que nos ha ocupado pudiera consistir en no centrar el debate en el uso y el contenido de conceptos como «*fraude de ley*» y «*simulación relativa*», figuras de contornos ya imprecisos en su origen, la doctrina civilista, y que su azaroso viaje a través del Derecho tributario sancionador hasta al Derecho penal, no ha hecho sino desdibujar aun más sus perfiles y plantear más dudas que respuestas. Quizá un enfoque provechoso pudiera hallarse en esta nueva doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005. Interesará saber si el requisito típico del delito fiscal de ocultación o engaño concurre en una determinada estructura contractual. Interesará determinar si las partes han ocultado datos a la Administración tributaria o si el negocio es transparente, «*salta a la vista*» como dice el Tribunal Cons-

titucional. Interesarán más estas cuestiones, quizá, que discutir el eventual encaje del negocio en categorías jurídicas controvertidas de por sí (recordemos que el propio legislador tributario ha optado por eliminar la expresión «fraude de ley» de la nueva Ley General Tributaria).

Sucede también que, dado el elevado grado de tecnificación del Derecho tributario y de la contratación mercantil, lo que está «a la vista» para un especialista pudiera no ser tan transparente para otro o, menos aun, para un operador jurídico no especialista, como un órgano jurisdiccional penal. Aunque esa es otra cuestión.

ISMAEL CLEMENTE CASAS (*)

DILIGENCIAS PRELIMINARES Y MEDIDAS DE ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBA

Introducción

Conforme dicta la Ley de Enjuiciamiento Civil y la lógica jurídica, todo procedimiento civil comienza con la presentación de una demanda, por ser el único cauce procesal para la fijación de nuestras pretensiones delimitadoras de la controversia litigiosa. Sin embargo, existen ocasiones en las que por ausencia o incertidumbre respecto de algún elemento clave para el litigio resulta necesario desarrollar determinadas actividades tendentes a la preparación del proceso. En el ámbito procesal civil, la mayor parte de estas actividades preparatorias no están reguladas, sino que se desarrollan directamente por las partes o por los abogados de forma extrajudicial. En términos del Profesor de la Oliva «la preparación del proceso civil es algo que, como regla, el ordenamiento no regula y deja en manos de los justiciables y sus abogados» (De la Oliva, A. y Díez-Picazo, I: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 2001, página 227).

No obstante lo anterior, existen determinadas actuaciones preparatorias que sí son objeto de regulación normativa en el seno de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que para su práctica el justiciable necesita del auxilio de la autoridad judicial. De estas actuaciones preparatorias, en el ámbito

civil interesa destacar dos de ellas, inicialmente previstas por el legislador para facilitar la labor de los particulares a la hora de interponer una demanda: las diligencias preliminares y las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba.

Destinadas ambas medidas a facilitar la preparación del procedimiento, su objeto es muy diferente. Las diligencias preliminares tienen como finalidad la averiguación de datos relevantes, esencialmente, para la determinación de la legitimación pasiva —esto es, lo que el justiciable tratará de averiguar es a quien tiene que demandar—, si bien también pueden servir para determinar la capacidad y/o la legitimación activa. Por el contrario, las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba tienen como finalidad averiguar incluso antes de su inicio cualesquiera hechos relevantes para el fondo del procedimiento.

Así planteada, la diferenciación entre ambas figuras resulta en apariencia sencilla: mientras las diligencias preliminares tienen como finalidad que el justiciable pueda determinar con exactitud ciertos elementos jurídico procesales del hipotético procedimiento (y esencialmente a quien debe demandar), las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba tienen por objeto garantizar la práctica de determinadas pruebas relevantes para el fondo del asunto —y por tanto, de carácter sustantivo— sin necesidad de sujetarse a las ordinarias disposiciones temporales.

A pesar de lo indicado, esa aparente simplicidad no encuentra su debida correspondencia en la práctica judicial, en la que puede apreciarse como los justiciables acuden en excesivas ocasiones a las diligencias preliminares para tratar de anticipar o asegurar pruebas relativas al fondo del potencial procedimiento. Esa errática actuación encontraría su primigenia explicación en el intento de eludir los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone para permitir la adopción de medidas de anticipación y aseguramiento de prueba, circunstancia que se habría visto posteriormente acrecentada por ciertas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que han venido defendiendo una interpretación más laxa de las diligencias preliminares, sosteniendo que si bien «no tienen como finalidad la de obtener pruebas [...] facilitan el fundamental derecho a la prueba, sobre todo respecto de aquellas que deben aportarse con la demanda» (Ruiz de Gordejuela López, L. Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. «Las diligencias preliminares» incluida en el cuaderno de derecho judicial «Los procesos declarativos». *Consejo General del Poder Judicial*. Madrid. 2000, página 177).

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).