

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).

Esa interpretación, no compartida por la práctica judicial mayoritaria, ha provocado un doble efecto: (i) que, en cierto modo, los justiciables se hayan olvidado que, en determinados supuestos, pueden acudir a las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba, para evitar que determinadas pruebas esenciales para el objeto del procedimiento devengan imposibles una vez iniciado el mismo; y (ii) la proliferación de resoluciones judiciales que desestiman la adopción de diligencias preliminares, no por una restrictiva interpretación de los tribunales, sino por el uso indebido que los justiciables tratan de hacer de esta figura procesal.

Ambas circunstancias sólo pueden erradicarse a través de un correcto conocimiento del objeto y alcance de ambas figuras procesales, de forma que puedan desarrollar las finalidades previstas por el legislador, ayudando de forma efectiva a los justiciables a preparar la interposición de un procedimiento.

Las diligencias preliminares

Las diligencias preliminares pueden definirse como las actuaciones previas al proceso cuya realización puede solicitarse a los tribunales para auxiliarles en su preparación, facilitándoles datos necesarios a los efectos de decidir presentar o no una demanda, o de decidir frente a quien debe dirigirse la demanda.

La vigente Ley ritaria regula las diligencias preliminares en su Capítulo I, Título I, Libro II, dentro de las «Disposiciones Comunes a los Procesos Declarativos», artículos 256 a 263. No obstante, esta circunstancia no debe llevarnos al equivoco de pensar que las diligencias preliminares sólo pueden solicitarse en los procedimientos declarativos, pues como de forma literal se establece en el artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «todo juicio podrá prepararse [...]» mediante esta figura.

Las diligencias preliminares que pueden solicitarse a los efectos de preparar un juicio son las que de forma tasada señala el artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Veámoslas sucintamente:

(i) Determinación de la capacidad, legitimación o representación. Dice el artículo 256.1.1.º que todo juicio podrá prepararse «*por petición de que la persona a quien se dirigirá la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir la verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitima-*

ción». Esta diligencia tiene como finalidad que el justiciable pueda averiguar determinados datos sobre la personalidad del potencial demandado, no para determinar si es responsable del procedimiento que contra él se puede entablar —pues está vedada la posibilidad de formular preguntas sobre el fondo de la cuestión debatida—, sino para conocer si reúne las condiciones que la ley exige para que, una vez interpuesta la demanda, esté obligado a comparecer en juicio y contestarla.

Resulta útil en todos aquellos casos en que el justiciable tenga dudas sobre la legitimación pasiva de una determinada persona, ya sea por su posible falta de capacidad de obrar, su condición de representante legal o necesario de otra persona (sucesión *inter vivos* o *mortis causa*).

(ii) Exhibición de la cosa a la que haya de referirse el juicio. Consiste en solicitar a la persona «*a la que se pretende demandar que exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio*» (artículo 256.1.2.º). La finalidad de esta diligencia es doble: (a) fijar la legitimación pasiva del procedimiento; y (b) determinar el objeto de la pretensión de dicho proceso. La actual regulación —a diferencia de la anterior— ya no exige que haya de tratarse de una acción real o mixta, por lo que puede solicitarse previa al ejercicio de cualquier clase de acción —también personal— si la misma puede conducir a obtener la entrega de la cosa.

(iii) Exhibición de un acto de última voluntad. Tal y como establece el artículo 256.1.3.º, todo juicio podrá prepararse «*por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado*». Esta diligencia es útil tanto para determinar la legitimación pasiva como la activa. Así, el heredero de un determinado bien, al conocer mediante la diligencia que bien es el que se le transmite, está fijando el objeto del proceso que entablará para reclamarlo, así como la persona contra la que se dirigirá la demanda. El único requisito que se exige para acordar la exhibición es la acreditación del fallecimiento del autor del acto de última voluntad.

(iv) Exhibición de documentos y cuentas de sociedades o comunidades. En este caso el juicio puede prepararse «*por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas*

o al consorcio o al condueño que las tenga en su poder» (artículo 256.1.4.º). Esta diligencia no es un medio para el ejercicio del derecho de información de socios y comuneros, sino que es una actuación dirigida a la preparación de un potencial procedimiento. Por tanto, el solicitante de la diligencia deberá convencer al tribunal de que necesita determinada información de los libros o cuentas sociales para poder deducir debidamente la demanda. De esos datos el justiciable podrá conocer el alcance de su legitimación activa, así como si puede dirigirse contra algún consorcio o comunero o contra el órgano de administración de la sociedad y por qué montante o concepto.

(v) Exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil. Se trata de la «*petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que exhiba al contrato de seguro por quien lo tenga en su poder*» (artículo 256.1.5.º). Novedad de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, el objeto de esta diligencia es averiguar si un siniestro está cubierto por un contrato de seguro de responsabilidad civil para, en su caso, poder demandar también a la compañía aseguradora. La petición podrá dirigirse tanto contra la presunta compañía aseguradora como contra el supuesto tomador del seguro.

(vi) Concreción de las personas integrantes de un grupo de afectados. Establece el artículo 256.1.6.º prevé la posibilidad de preparar el juicio por la «*petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables*». Esta diligencia está prevista para aquellos casos en los que fuera necesario el auxilio de la autoridad judicial para determinar a los integrantes de un grupo de afectados o para determinar si el hecho dañoso ha perjudicado a un grupo cuyos componentes son fácilmente determinables (intereses colectivos) o son indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos).

(vii) Otras diligencias previstas en leyes especiales. La remisión que se contiene en el artículo 256.1.7.º de la vigente Ley de ritos a las leyes especiales que puedan regular diligencias preliminares no contradice la afirmación anterior de que las diligencias preliminares son *numerus*

clausus. El legislador se remite a aquellas diligencias previstas específicamente en leyes especiales. A día de hoy, el único contenido posible de esta remisión es el de las llamadas diligencias de comprobación de hechos reguladas en la Ley de Patentes.

El escrito solicitando la diligencia preliminar deberá referirse sucinta pero suficientemente al objeto del procedimiento que pretende prepararse, acreditando la justa causa y el interés legítimo del solicitante. Igualmente deberá ofrecerse caución para responder tanto de los gastos que ocasionen a las personas que hubieran de intervenir en las diligencias como los daños y perjuicios que la práctica de la diligencia pudiera causarle al sujeto requerido.

La principal diferencia de la actual regulación de las diligencias preliminares con la precedente reside en las medidas que pueden adoptarse en caso de incumplimiento de la diligencia por parte del sujeto requerido. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las diligencias preliminares previstas en la Ley de 1881 había caído en el desuso dada su falta de efectividad, pues su incumplimiento por parte del sujeto requerido no le reportaba perjuicios significativos en el ulterior procedimiento principal.

El legislador de la vigente Ley procesal ha incidido especialmente en este apartado, poniendo de manifiesto su intención de dotar de eficacia práctica a las diligencias preliminares, convirtiéndolas en un medio útil para que los justiciables puedan preparar adecuadamente los procedimientos judiciales. Así, si el sujeto requerido no atiende al cumplimiento de la diligencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge las medidas oportunas para cada supuesto —en función de la diligencia que se trate—, siempre con el objetivo de dar la mayor efectividad a la omisión a favor del solicitante. Esa efectividad se traduce bien en la adopción de medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento de la diligencia (como medidas de entrada o registro en el domicilio) bien en consecuencias prácticas en el ulterior procedimiento (tener por ciertos los hechos que el solicitante trataba de averiguar).

Medidas de anticipación y aseguramiento de prueba

A diferencia de las diligencias preliminares, las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba sí que tienen como finalidad adelantar o garantizar incluso antes del inicio del procedimiento aque-

lla prueba relativa al fondo del asunto que corre el riesgo de no poder practicarse si se sujeta a las ordinarias disposiciones temporales.

Como novedad de la nueva legislación es que, bajo esta denominación se recogen dos instituciones procesales distintas: (a) las medidas de anticipación de prueba, que suponen la verdadera práctica de la prueba con anterioridad al inicio del procedimiento (o una vez iniciado este en un momento anterior al previsto); y (b) las medidas de aseguramiento de prueba que pretenden que, en el momento procesal ordinario, tenga sentido proponer y sea posible practicar una prueba pertinente y útil.

Puede sostenerse que estas medidas, desde un punto de vista procedimental, presentan cierta similitud con las medidas cautelares. Y ello porque, en uno y otro caso, el solicitante deberá acreditar tanto el riesgo de que esas pruebas, de esperar al momento ordinario de su práctica, no podrían practicarse (esto es, una especie de *periculum in mora* si bien en un sentido más amplio, siendo suficiente un juicio de probabilidad) como la pertinencia y utilidad de la prueba (para lo cual será necesario una cierta exposición del litigio en el que dicha prueba habría de resultar relevante, lo que conlleva en cierto modo la acreditación de un *fumus boni iuris*).

La Ley de Enjuiciamiento Civil no establece prioridad alguna entre estas dos figuras, siendo, por tanto, cometido del justiciable determinar en cada caso cual de las dos instituciones se adapta mejor a su pretensión. Desde un punto de vista práctico, a la hora de optar por una u otra figura, deberían tenerse en cuenta las siguientes particularidades:

(i) Las medidas de aseguramiento de prueba no permiten operar directamente sobre las personas, porque se refieren a «*objetos materiales*» o «*estado de las cosas*» (artículo 297.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si la persona es el sujeto u objeto de la prueba que corre peligro, procederá la prueba anticipada.

(ii) En las medidas de anticipación de prueba el artículo 295 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé expresamente la contradicción del sujeto pasivo, según el tipo de medio de prueba de que se trate. Así, podrá impugnarse la prueba por considerarla impertinente o inútil o por considerarla de origen o de obtención ilícita.

Por el contrario en las medidas de aseguramiento de prueba no está prevista la contradicción—dado que la Ley da por sentado que las medi-

das de aseguramiento resultarán gravosas a personas ajenas al ulterior procedimiento judicial—estableciéndose a tal efecto dos posibilidades: (a) que el solicitante de la medida ofrezca garantizar la indemnización de los daños y perjuicios que la medida pudiera causar y; (b) que la persona que haya de soportar la medida ofrezca caución bastante para responder de la práctica de la prueba en su momento—es decir, lo que se denomina una contracautela—(apartados 2 y 3 del artículo 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(iii) Las pruebas que pueden anticiparse son las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deberán practicarse conforme a las normas establecidas para cada una de ellas. Por el contrario, las medidas de aseguramiento de prueba no son típicas, sino innominadas: las que resulten útiles para evitar que, a causa de conductas o de acontecimientos naturales, se destruyan o alteren objetos materiales o estados de cosas de modo que, en su momento no tenga sentido proponer o sea imposible practicar una prueba.

(iv) La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone expresamente (artículo 295.3) que las pruebas practicadas anticipadamente perderán todo su valor probatorio si la demanda no se interpone en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada de practicó, salvo que se acredite impedimento provocado por fuerza mayor o causa de análoga entidad. Aunque no se establece una predisposición análoga para las medidas de aseguramiento de prueba, debe entenderse que cuanto más se dilate la presentación del procedimiento principal mayor será la cuantía de los daños y perjuicios que podrá reclamar aquel sujeto al que afecte el aseguramiento de la prueba.

Conclusión

En definitiva, frente a la común impresión de que la preparación de un procedimiento solo puede llevarse a cabo de forma extrajudicial, la regulación vigente pone al alcance del justiciable dos figuras sumamente útiles para solicitar el auxilio judicial en esa tarea y que, adecuadamente empleadas, facilitarán a los potenciales demandantes determinados datos procesales (diligencias preliminares) o de fondo (medidas de anticipación y aseguramiento de prueba) que facilitarán la preparación y posterior interposición de la demanda.

Sin embargo y como revela la práctica judicial, el incorrecto empleo de estas dos figuras no sólo entorpece la finalidad pretendida por el legislador sino que además puede desembocar en su completa ineficacia, cayendo en desuso, por lo que es necesario su debida diferenciación, conforme a los parámetros sucintamente analizados.

AGUSTÍN CAPILLA CASCO (*)

CONVENIOS INTERNACIONALES RECIENTEMENTE RATIFICADOS POR ESPAÑA EN EL ÁMBITO MARÍTIMO

En recientes fechas España ha ratificado distintos Convenios Internacionales en el ámbito marítimo de indudable trascendencia en distintas materias, como la regulación de los créditos privilegiados o el salvamento.

Por lo que respecta a la primera de esas materias, y tras la denuncia por España del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1926, denuncia que surtió efecto el pasado 27 de mayo de 2005, el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, y vigente para nuestro país desde el 5 de septiembre de 2004, ha pasado a ser el único instrumento internacional en la materia actualmente vigente en nuestro ordenamiento. Desaparece así la coexistencia de ambos Convenios, situación que sólo podía generar inseguridad jurídica.

Si bien ambos Convenios Internacionales siguen criterios similares en el tratamiento de determinadas cuestiones, es el propósito de esta nota destacar las novedades que introduce el Convenio de 1993. Como ya tuvimos ocasión de adelantar en la sección de Actualidad del Transporte de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* número 8, el Convenio de 1993 profundiza en la regulación de la publicidad del registro de las hipotecas, *mortgages* y demás gravámenes reales inscribibles (prendas) sobre buques, al objeto de poder ser reconocidos y ejecutados en cualquier Estado Parte del Convenio.

Así, se detallan las menciones que deben constar en dicho registro (nombre y dirección del beneficiario, o el hecho de que la garantía se ha constituido al

portador, la fecha y otras circunstancias que determinen el rango de la garantía y, en su caso, el importe máximo garantizado).

El sistema general de prelación es idéntico al contenido en el Convenio de 1926: su artículo 4 contiene una lista de créditos garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque que tendrán preferencia sobre las hipotecas, *mortgages* y gravámenes inscritos, los cuales a su vez tendrán preferencia sobre los restantes créditos. Este sistema admite excepciones en supuestos especiales, como los créditos derivados de operaciones de salvamento del buque, que tendrán preferencia a los demás privilegios marítimos a los que se halle afecto el buque antes de efectuarse las operaciones de salvamento.

El Convenio de 1993 resultará de aplicación a todos los buques de navegación marítima matriculados en un Estado Parte o aquellos que —no estando matriculados en un Estado Parte— estén sujetos a su jurisdicción. Tiene, por tanto, un ámbito de aplicación mucho más extenso que el ya derogado Convenio de 1926 y permite eliminar cualquier discusión sobre su aplicabilidad a supuestos íntegramente nacionales, como así había ocurrido con el artículo 14 del Convenio derogado. Si bien la interpretación de tal artículo quedó meridianamente fijada por nuestro TS en distintas sentencias dictadas a partir de 1989, un sector minoritario de la doctrina venía negando la aplicabilidad del derogado Convenio a supuestos íntegramente nacionales. Por otro lado, no era infrecuente su aplicación a buques de pabellón de Estados no miembros.

En otro orden de cosas, se sigue manteniendo el principio según el cual los privilegios marítimos seguirán al buque a pesar de cualquier cambio de propiedad, matrícula o pabellón, y se extinguirán por el transcurso de un año a menos que, con anterioridad, el buque haya sido objeto de un embargo preventivo o ejecución.

Para gozar del privilegio los acreedores habrán de ostentar dicho crédito, bien frente al propietario, bien frente al arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque.

Por lo que respecta al Convenio Internacional de 1989 en materia de salvamento marítimo, éste entrará en vigor para España el próximo 27 de enero de 2006, con un retraso más que notable respecto de los países de nuestro entorno y de la comunidad marítima internacional en general. Dicho lo anterior, ha de señalarse que este Convenio Internacional aprobado hace dieciséis años contiene una regula-

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