



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 22 (2018), pp. 71-96

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2018.22.0.5204>

LA APLICACIÓN DE LA CAUCIÓN EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES DEL PROCESO CIVIL (¿UN LABERINTO NORMATIVO SIN SALIDA?)

CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ*

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal
Universitat Internacional de Catalunya (UICbarcelona)*

Resumen: En el marco de las diligencias preliminares del proceso civil, constituyó una significativa novedad de la reforma del año 2000 la exigencia de que el promotor de las mismas prestase caución. Para responder, *prima facie*, de los gastos y los perjuicios que comportase la práctica de las primeras. Concluido el procedimiento, la Ley previó, sin demasiado acierto, el destino que debía darse a dicha caución. El presente trabajo se consagra a analizar, con detenimiento, el sistema regulatorio de una cuestión aparentemente nimia pero con una honda repercusión práctica, cuya disciplina normativa, como se verá, adolece de muchos y severos déficits.

Palabras clave: Diligencias preliminares, caución, sanción procesal, daños y perjuicios.

Abstract: In the framework of the preparatory inquiries of the civil proceedings, a requirement for the promoter of the same to lend security was a significant novelty of the 2000 reform. In order to answer, *prima facie*, of the expenses and damages that the practice of the former entailed. At the end of the procedure, the law provided, without too much certainty, the fate to be given to such a bond. The present work consecrates to analyze, in detail, the regulatory system of a seemingly small issue but with a deep practical repercussion, whose normative discipline, as will be seen, suffers from many severe deficits.

Key words: Preparatory inquiries, guarantee, procedural penalty, damages.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UN INTENTO POR CONJUGAR LOS ARTS. 256.3 Y 262 LEC. III. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA EN TORNO AL ART. 256.3 IN FINE LEC. IV. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGAL PARA LA APLICACIÓN DE LA CAUCIÓN. V. VICISITUDES PROCESALES PARA LA RESTITUCIÓN DE LA CAUCIÓN AL PROMOTOR DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. VI. PROPUESTA DE LEGE FERENDA. VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades de la LEC 2000, en materia de diligencias preliminares, fue exigir al solicitante el ofrecimiento –y, normalmente, la posterior prestación– de caución¹.

La caución, como se señala en el art. 256.3 LEC, tiene como propósito asegurar la eventual futura reparación de los gastos y asimismo de los daños y perjuicios que se le pudieren irrogar a los intervinientes en las propias diligencias. Me atrevería a decir que cumple una función de garantía patrimonial que, entiendo, nadie discute².

* Quiero agradecer expresamente las observaciones recibidas de la Dra. Di Ciommo, que, sin duda alguna, han contribuido a mejorar significativamente este trabajo.

¹ Cfr., por todos, GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau, Coords.), tomo I, Barcelona, 2000, p. 1159; BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Proceso Civil Práctico* (V. Gimeno Sendra, Dir., y P. Morenilla Allard, Coord.), tomo III, Madrid, 2002, p. 941; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Madrid, 2003, p. 57; CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas”, *Actualidad Civil*, enero 2006 (1), quincena 1-15, p. 2.

² Al respecto véase, entre otros, a ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Los procesos declarativos ordinarios (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, Madrid, 2000, p. 40; DAMIÁN MORENO, J., “Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (A. M. Lorca Navarrete, Dir., y V. Guilarte Gutiérrez, Coord.), tomo II, Valladolid, 2000, p. 1687; GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1161; GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las diligencias preliminares”, en VV. AA., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (J. C. Cabañas García, Coord.), Madrid, 2000, p. 300; PAZ RUBIO, J. M., ACHAERANDO GUIJARRO, F. J., DE ANDRÉS HERRERO, A., ILLESCAS RUS, A. V., PUENTE SEGURA, L., SALGADO CARRERO, C., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada y con jurisprudencia*, Las Rozas (Madrid), 2000, p. 405; AGUILERA MORALES, M., “Las diligencias preliminares”, *Tribunales de Justicia*, 2001 (abril), pp. 27-28; BARONA VILAR, S., “Capítulo II. De las Diligencias Preliminares”, en VV. AA., *El proceso civil* (F. Escribano Mora, Coord.), vol. III, Valencia, 2001, pp. 2020, 2022 y 2024; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Las cauciones procesales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pp. 37-47; RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Formularios, Texto legales, Comentarios y Jurisprudencia* (J. M. Suárez Robledano, Coord., y R. Márquez Carrasco, Vicecoord.), tomo II, Madrid, 2003, p. 916; GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., “La regulación de las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, en VV. AA., *Homenaje a Don Eduardo Font Serra*, tomo I, Madrid, 2004, p. 792; LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II. De las Diligencias preliminares”, en VV. AA., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, (J. M. Asencio Mellado, Coord.), Madrid, 2013, p. 853; ROVIRA, O., “Aplicación de la caución en las diligencias preliminares”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 184, 2013 (2) enero, p. 27; LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias preliminares en el proceso civil* (Tesis Doctoral inédita), Valencia, 2014, p. 437; BELLIDO PENADÉS,

No me interesa a los efectos de este trabajo ni su fijación –por el juez-, ni las circunstancias de su prestación –por el solicitante de las diligencias preliminares-, sino el destino que se deba conferir a la caución una vez finalizada la tramitación de las diligencias preliminares.

La aplicación de la caución viene regulada a caballo entre dos preceptos, distintos y distantes³. Por un parte, se localiza en el art. 256.3 *in fine* LEC⁴. Y, por otra parte, seis preceptos más adelante, en el art. 262 LEC⁵.

Tal disciplina legal ha venido suscitando abundante controversia⁶.

De un lado, la combinación de ambos preceptos presenta numerosos puntos de fricción, generando –como seguidamente veremos- escenarios en que reina la más absoluta incertidumbre acerca de la forma de proceder⁷. De primeras, pudiera parecer que nos enfrentamos a un supuesto de antinomia⁸.

R., y ORTELLS RAMOS, M., “La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares”, en VV. AA., *Derecho Procesal Civil* (M. Ortells Ramos, Dir. y Coord.), 15ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 289.

³ Se han vertido opiniones diferentes acerca de si alguno de ellos es preeminente en cuanto a la regulación de la cuestión que nos ocupa, o si, por el contrario, ambos se encuentran en pie de igualdad, conformando la suma de ambos la ordenación completa de la atribución de la caución. Así, LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias*, cit., p. 437, se inclina por esta segunda postura. En cambio, AGUILERA MORALES, M., “Las diligencias”, cit., p. 28, GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1161, y ROVIRA, O., “Aplicación”, cit., p. 27, sitúan al art. 262 LEC como la clave de arco de bóveda de la regulación, mientras que los arts. 256.3 y 258 LEC se situarían en un segundo plano, oficiando como complemento o respaldo del primero de los preceptos mencionados.

⁴ El tenor literal del art. 256.3 LEC reza del modo siguiente: «Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal».

⁵ El tenor literal del art. 262 LEC se encuentra redactado en los siguientes términos: «1. Cuando se hayan practicado las diligencias acordadas o el tribunal las deniegue por considerar justificada la oposición, éste resolverá mediante auto, en el plazo de cinco días, sobre la aplicación de la caución a la vista de la petición de indemnización y de la justificación de gastos que se le presente, oído el solicitante. La decisión sobre aplicación de la caución será apelable sin efectos suspensivos. 2. Cuando, aplicada la caución conforme al apartado anterior, quedare remanente, no se devolverá al solicitante de las diligencias hasta que transcurra el plazo de un mes previsto en el apartado 3 del artículo 256».

⁶ Se hacen eco de la problemática de la regulación vigente de la aplicación de la caución, entre otras, la SAP Madrid, sec. 20ª, nº 138/2009, de 31 de marzo, FJ 3º (JUR 2009\247267), la SAP Las Palmas, sec. 5ª, nº 213/2010, de 6 de octubre, FJ 1º (JUR 2011\253485) y la SAP Cádiz, sec. 2ª, nº 168/2008, de 18 de noviembre, FJ 1º (JUR 2009\61138).

⁷ Cfr. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias preliminares”, en VV. AA., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (J. Alonso-Cuevillas Sayrol, Coord.), Barcelona, 2000, p. 69, GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1161, GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las diligencias”, cit., p. 300, LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias*, cit., p. 443.

⁸ Así lo da a entender la SAP Illes Balears, sec. 3ª, nº 145/2003, de 18 de noviembre, FJ 3º (JUR 2004\76818).

De otro lado, la previsión recogida en el parte final del art. 256.3 LEC –origen, en alguna medida, del problema concernido- es sumamente cuestionable y entiendo que merece una detenida consideración crítica⁹.

Por último, la regulación del procedimiento para la reparación del interviniente en las diligencias preliminares –enteramente recogido en el art. 262 LEC- presenta tantas lagunas y es tan impreciso en su redacción, que reclama, con urgencia, una severa revisión¹⁰. Pues bien, a estas tres grandes cuestiones se va a consagrar el presente estudio.

II. UN INTENTO POR CONJUGAR LOS ARTS. 256.3 Y 262 LEC

La lectura conjunta de ambos preceptos que más favor se ha ganado es la siguiente: la caución se destinará, en primer lugar, al resarcimiento de los gastos y asimismo de los daños y perjuicios que se hubieren podido irrogar al interviniente¹¹, previa fijación judicial de los mismos –a través del «procedimiento» establecido en el art. 262 LEC-¹². En segundo lugar, y al margen de que haya lugar, o no, a tal reparación, la caución se empleará como mecanismo sancionador con respecto al solicitante que en el plazo de un mes –tras la finalización de las diligencias preliminares- no hubiese deducido la demanda o, cuanto menos, tal dejación no hubiese sido considerada justificada, de forma suficiente, a juicio del tribunal¹³.

⁹ Me reservo el aparato bibliográfico para el momento en que aborde el estudio del precepto de forma detenida.

¹⁰ La justificación bibliográfica de tal afirmación se reserva para un momento posterior, para evitar reiteraciones innecesarias y por cuanto se efectuará más adelante un análisis pormenorizado de los distintos elementos de dicho precepto legal.

¹¹ Por todos, DAMIÁN MORENO, J., “Artículo 256”, cit., p. 1687; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., “Las diligencias preliminares”, en VV.AA., *Los procesos declarativos* (M. Ortells Ramos, Dir.), Madrid, 2000, p. 189; AGUILERA MORALES, M., “Las diligencias”, cit., p. 27; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 57; CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias”, cit., p. 9; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2009, p. 82.

¹² La designación del *iter* procesal regulado en el art. 262 lo denomino «procedimiento» siguiendo a BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2066.

¹³ Entre los autores que se postulan por esta tesis se encuentran ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., pp. 69-70; GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1161; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Capítulo II. De las Diligencias preliminares”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 489; BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 942; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 229; RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262”, cit., p. 928; LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias*, cit., pp. 437-438 y 449.

En la jurisprudencia menor, los pronunciamientos favorables a esta postura son los más numerosos: AAP Alicante, sec. 8ª, nº 215/2011, de 1 de diciembre, FJ 2º *in fine* (JUR 2012\45500), AAP Las Palmas, sec. 5ª, nº 213/2010, de 6 de octubre, FJ 1º (JUR 2011\253485), AAP Lugo, sec. 1ª, nº 547/2009, de 10 de julio, FJ 1º (JUR 2009\32887), AAP Madrid, sec. 20ª, nº 138/2009, de 31 de marzo, FJ 3º (JUR 2009\247267), AAP Córdoba, sec. 1ª, nº 169/2008, de 15 de mayo, FJ 3º (JUR 2009\19781), AAP Cádiz, sec. 2ª, nº 13/2008, de 21 de enero, FJ único (JUR 2008\235717), AAP Illes Balears, sec. 3ª, nº 148/2007, de 13 de noviembre, FJ 8º (JUR 2008\56688), AAP Guipúzcoa, sec. 3ª, nº 102/2007, de 3 de octubre, FJ 1º (JUR 2008\41731).

Según esta lectura de las normas objeto del presente estudio que nos ocupan, la caución tiene dos aplicaciones, por así decir, autónomas. La primera y principal es reparar al sujeto pasivo de las diligencias preliminares¹⁴. La segunda, eventual e independiente de la primera, es penalizar al solicitante que no provoca la incoación del proceso en el plazo de un mes o que, cuanto menos, no da razón para tal omisión. Y tal es la independencia de ambos destinos de la caución que puede muy bien suceder que a pesar de no haberse interesado reparación alguna por el sujeto pasivo de las diligencias preliminares, el solicitante pierda la caución en favor de aquél por no deducir la demanda en el plazo señalado, ni excusarse por ello¹⁵.

Frente a tal entendimiento –diría yo que mayoritario– surgen voces discrepantes¹⁶, principalmente entre la jurisprudencia menor¹⁷. Cuestionan que se pueda entregar a los intervinientes el monto completo de la caución sin que se hayan visto perjudicados en modo alguno por las diligencias preliminares. En efecto, puede suceder –y sucede con relativa frecuencia– que a dichos intervinientes se les haga entrega de la caución sin que hayan pedido ser reparados por concepto alguno –es más, en la mayoría de las ocasiones han guardado absoluto silencio tras la práctica de la diligencia preliminar–. Así pues, lo que le resulta chocante a los defensores de esta tesis crítica es que los sujetos pasivos de las diligencias preliminares resulten «premiados» por la sola razón de que el solicitante de las mismas no ha deducido la demanda –ni ha justificado su omisión– en el plazo del mes que fija la norma (256.3 *in fine* LEC). O dicho de otra forma, no puede concebirse que se haga entrega de la caución al sujeto pasivo de las diligencias preliminares que no ha padecido daño o perjuicio algunos, ni tampoco ha incurrido en gastos.

Los valedores de la postura minoritaria sostienen que su planteamiento es el que resulta de una labor interpretativa que permite salvar la antinomia que se advierte entre ambos preceptos¹⁸. Tengo para mí que no es un problema de interpretación, pues la letra de ambas normas es clara e «*in claris, non fit interpretatio*». Por otra parte, si bien no me atrevo a afirmar rotundamente la existencia de una antinomia, sí que sostengo la evidencia de una serie de discrepancias severas a la hora de intentar conjugar ambos

¹⁴ La expresión «sujeto pasivo de las diligencias preliminares» la he tomado prestada de BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2066.

¹⁵ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, ob. cit., p. 229, afirma que «(...) la entrega de la caución (...) no está condicionada a que exista una petición del afectado por la diligencia, ni a que en ella acredite en ese momento la existencia unos perjuicios concretos (...)». La entrega, a su decir, se produce automáticamente. He aquí donde radica sustancialmente el problema. Así lo diagnostica con aguda precisión el AAP Cádiz, sec. 2ª, nº 13/2008, de 21 de enero, FJ único (JUR 2008\235717).

¹⁶ En la literatura procesal únicamente se postula abiertamente por esta concepción ROVIRA, O., “Aplicación de la caución”, cit., p. 27, quien critica que se pueda negar la restitución de la caución al promotor de las diligencias preliminares, aunque no exista petición indemnizatoria alguna, por el solo hecho de no haber deducido la demanda tempestivamente, y no haberse justificado tal cosa suficientemente.

¹⁷ Cfr. AAP Barcelona, sec. 13ª, nº 186/2011, de 20 de diciembre (JUR 2012\95020), AAP Barcelona, sec. 14ª, de 28 de mayo de 2008, nº rec. 687/2007, FJ 2º (JUR 2008\266843), AAP Madrid, sec. 9ª, nº 101/2007, de 13 de abril, FJ 1º (JUR 2007\232324), AAP Murcia, sec. 3ª, nº 55/2007, de 28 de marzo, FJ 3º (JUR 2007\263565), AAP Madrid, sec. 19ª, nº 294/2005, de 1 de diciembre, FJ 2º (JUR 2006\65799).

¹⁸ Cfr. AAP Cádiz, sec. 2ª, nº 168/2008, de 18 de noviembre, FJ 2º (JUR 2009\61138).

preceptos, en función de los distintos escenarios a los que nos podemos enfrentar en la práctica y que me apresto a analizar.

(i) Se advierte, con facilidad, un primer escenario –perfectamente posible- en el que, cuanto menos, se desemboca en un absurdo y, desde luego, se incurre en un esfuerzo baldío, difícilmente aceptable y que es al que seguidamente haré referencia. Pienso en el caso en que el interviniente solicita su reparación económica y se le concede, por importe inferior a la caución, y al cabo del mes, por no haber el solicitante interpuesto demanda –ni haber justificado tal omisión-, se le entrega al interviniente el resto de la caución¹⁹ –*ex art. 262.2 LEC*-²⁰. El solapamiento de ambas finalidades de la caución –reparación y sanción- lleva a situaciones tan poco felices como la que se acaba de dibujar. Cuanto menos, la paradoja descrita parece chocar contra los más elementales dictados de la economía procesal.

(ii) Otro escenario que, como poco, se me antoja desconcertante es aquel en que, antes del transcurso del plazo del mes (*ex art. 256.3 in fine LEC*), el solicitante deduce su demanda –o justifica, al menos, cumplidamente no haberlo hecho- y, al mismo tiempo, el interviniente guarda silencio. El solicitante, haciendo gala de una loable diligencia, interesa que se le restituya la caución. Por supuesto, el órgano jurisdiccional se la entregará sin discusión, pues es lo que se desprende de una lectura, *a sensu contrario*, del art. 256.3 *in fine LEC*²¹. Tiempo después, aunque sea poco –bien pudiera tratarse de unos pocos días-, el interviniente se apresta a demandar la reparación de los gastos y/o de los daños y perjuicios que se le hubiesen podido irrogar con las diligencias preliminares. Con la Ley en la mano, no me veo capaz de aseverar que se incoaría el incidente para la fijación de la reparación económica. Aun con todo, el problema mayor estriba en que ya no hay caución con la sufragar el *quantum* que se llegase a fijar por la vía del art. 262.1 LEC. Y he aquí que se pierde el rastro legal acerca de lo que tenga que venir después y de cómo deba proceder el sufrido interviniente. Albergo muy serias dudas de que se pudiese echar mano de la vía de apremio para verse resarcido y de que, en su defecto, pudiera instar la tutela judicial ejecutiva²², pues el silencio del art. 262

¹⁹ Por supuesto, aunque antes no se haya solicitado nada en este sentido, si no se deduce la demanda, la caución se entregará íntegramente al requerido, como sostiene, entre otros, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias*, cit., p. 84.

²⁰ En la formulación de este escenario me he inspirado en BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 229.

²¹ Así opinan BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 944 y 945; CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias”, cit., p. 10; VV. AA., *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (V. Magro Servet, Coord.), 4ª ed., Madrid, 2010, P. 298 –con base en el tenor literal del art. 262.1 LEC-; PUENTE DE PINEDO, L., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Toribios Fuentes, Dir.), Valladolid, 2012, p. 502; LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., p. 876. Sobre una dudosa base legal, DE LA OLIVA SANTOS, A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., afirman, en “Diligencias preliminares. Decisión sobre la aplicación de la caución”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas* (F. Jiménez Conde, Coord.), Madrid, 2002, p. 206, que, al cabo de un mes, sin pedir nada el sujeto pasivo, se le tendría que requerir para que manifestase –y solicitase, en su caso- la indemnización correspondiente.

²² DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., se plantea, en su monografía *Las cauciones*, cit., pp. 113-116, la cuestión concernida. En su opinión, el art. 742 LEC, en sede medidas cautelares, sí que contempla la posibilidad de recurrir a la exacción forzosa –con respecto a la caución, claro está-. Sin embargo, con respecto al resto de supuestos, donde la norma no abre la puerta a la realización forzosa de la caución, la autora no se pronuncia. Lo que a mi modo de ver está claro es que en este caso no hay solución posible,

LEC impide, a mi modo de ver, enlazar con la previsión del apartado 9º del art. 517.2. LEC.

(iii) Otra situación, un tanto anómala, es la que sigue. Se pone en marcha el procedimiento de fijación del resarcimiento que pretende el interviniente –al amparo del art. 262 LEC-, en los últimos días del plazo del mes –del art. 256.3 *in fine* LEC-. Con carácter previo o al mismo tiempo, el solicitante, demanda o justifica cumplidamente no hacerlo, y reclama la devolución la caución. La falta de coordinación de ambas normas salta a la vista. Desde la perspectiva del art. 256.3 *in fine* LEC, parece abonada la respuesta de la devolución inmediata al solicitante. Si lo enfocamos desde el art. 262 LEC, aun cuando caiga por su propio peso que debiera aplazarse la restitución interesada hasta tanto no se decida sobre la petición del interviniente, la redacción legal no ofrece ningún asidero para esta solución, de puro sentido común. Un eventual pronunciamiento denegatorio –de la petición restitutoria del solicitante de las diligencias preliminares- carecería de una sólida base legal que permitiese su defensa cerrada.

(iv) Por último, me planteo la situación siguiente²³. Formulada oposición frente a la solicitud de diligencias preliminares, la misma prospera, culminando el procedimiento. Mientras no se decide el promotor de la oposición a instar la incoación del incidente del art. 262 LEC, el solicitante se apresura a interesar la inmediata devolución de la caución. En esta ocasión se vale de la dicción legal del art. 256.3 *in fine* LEC para sostener que, no habiendo habido lugar a las diligencias preliminares (puesto que ni han empezado, ni han terminado), no opera la carga procesal de deducir demanda en el plazo de un mes –o de justificar su dejación-. El argumento se estima lógico. Sin diligencia preliminar, exigir la presentación de la demanda sería un despropósito. Por tanto, no permite el 256.3 *in fine* LEC que se retenga la caución, porque no será posible ya que se le irroga al destinatario de las diligencias perjuicio alguno. Tampoco el art. 262 LEC ofrece justificación seria para denegar la petición restitutoria del solicitante.

En el último supuesto planteado se incrementa la confusión si admitimos que, dentro del concepto «gasto» del 262 LEC, podrían tener cabida las costas procesales –impuestas al solicitante y a favor del promotor de la oposición, que ha salido vencedor-. Aun con todo, me parece que la falta de la debida coordinación entre ambos preceptos permitiría que se le restituyese la caución al solicitante –por la vía de una lectura *a sensu contrario* del art. 256.3 *in fine* LEC-, a pesar de que se admitiera que el promotor de la oposición puede instar la satisfacción de las costas procesales por el cauce procedimental del art. 262 LEC.

Albergando todavía serias dudas de que se trate de una antinomia en sentido estricto, lo cierto es que la regulación del destino de la caución a caballo entre dos preceptos, huérfanos de la necesaria coordinación, presenta escollos difícilmente salvables. En este sentido, me parece justificado sugerir la unificación de la disciplina de esta materia en un solo precepto. Y, asimismo, abogo por acotar el plazo del interviniente para solicitar su resarcimiento patrimonial. De tal suerte que hasta que no se hubiese agotado las

porque tan siquiera se conserva la caución en la cuenta corriente del Juzgado, por haber sido devuelta al solicitante.

²³ Inspirado por GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., “La regulación”, cit., p. 803.

posibilidades de reclamación del interviniente, no debería ser posible restituir al solicitante la caución inicialmente prestada.

III. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA EN TORNO AL ART. 256.3 *IN FINE* LEC

Amén de que no resulte acertada la regulación del destino de la caución a caballo entre dos preceptos, que, además, no se encuentran adecuadamente coordinados²⁴, la redacción del art. 256.3 *in fine* LEC –por si sola- es uno de los principales agentes causales –aunque no el único- del desconcierto reinante en torno a este asunto.

No encuentro afortunado, de entrada, que en el seno de un precepto donde se le exige al solicitante de las diligencias preliminares que preste caución –apostillándose la finalidad a la que responde la misma- se incluya, sin la menor conexión material, lo que haya de acontecer al final de todo el procedimiento con la aludida caución. A mi juicio, mejor hubiese sido integrar esta última cuestión en el art. 262 LEC.

En cuanto a la primera parte del art. 256.3 LEC, ningún reproche merece pues es de todo punto razonable que se exija del solicitante la prestación de una caución con el propósito de servir de garantía de cobro –a los intervinientes en las diligencias- de los gastos y asimismo de los daños y perjuicios que eventualmente se les pudiera irrogar con la práctica de las mismas²⁵. Se ha visto la necesidad de compensar al interviniente como contrapartida de la facultad procesal del solicitante de provocar la actuación del requerido²⁶. En suma, se antoja acertado tanto la previsión legal de reparar económicamente el esfuerzo y los perjuicios padecidos por el interviniente –para un acto que redundaba en exclusivo interés del solicitante-, como la de asegurar dicho resarcimiento.

En segundo lugar, y a renglón seguido de sentar la obligación de prestar caución en los términos indicados, se establece que la caución se perderá a favor de los intervinientes en el caso de que el solicitante no presente demanda en el plazo de un mes desde la

²⁴ Comparto la aguda crítica de ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 52, y de GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau, Coords.), tomo I, Barcelona, 2000, p. 1191.

²⁵ «(...) La finalidad legal de la caución es responder de los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir, y de los daños y perjuicios que se les pudiera ocasionar» (AAP Barcelona, sec. 17ª, 11-11-2009 [ROJ: AAP B 8624/2009]). «(...) La finalidad de la caución impuesta al solicitante de las diligencias preliminares por el art. 256.3 LEC no es otra que la de responder de los gastos, y de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar a las personas que hubieran de comparecer en el expediente con motivo de la comparecencia provocada por el solicitante» (AAP Barcelona, sec. 13ª, nº 186/2011, de 20 de diciembre, FJ 1º [JUR 2012\95020]). «(...) El destino primigenio de la caución es ciertamente la indemnización de daños y perjuicios, así como de gastos justificados (...)» (AAP Lugo, sec. 1ª, nº 547/2009, de 10 de julio [JUR 2009\328887]).

²⁶ «(...) La facultad procesal del demandante de provocar la actuación del demandado antes del inicio del pleito se compensa, según el art. 256.3, poniendo a cargo del solicitante los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias (...)» (AAP Barcelona, sec. 13ª, nº 186/2011, de 20 de diciembre, FJ 1º [JUR 2012\95020]).

terminación de las diligencias, o bien no justifique suficientemente –a juicio del tribunal- no haberlo hecho²⁷. Esta norma introduce una sanción procesal en toda regla²⁸.

Se ha dicho que la finalidad de tan contundente norma es, por una parte, la de disuadir a los solicitantes de promover diligencias preliminares infundadas y, por otra parte, la de evitar que se insten tales diligencias con un propósito torcido²⁹. A ello se puede añadir que, según la jurisprudencia, la pérdida de la caución «(...) se concreta a un supuesto de inutilidad de las diligencias preliminares»³⁰, aunque cuesta trabajo pensar en que un litigante sólo pida diligencias preliminares para perturbar a quienes tengan que intervenir en las mismas. Se me antoja una posibilidad sumamente retorcida.

Sea como fuere y con independencia de que la redacción del precepto sea manifiestamente mejorable³¹, encierra, a mi juicio, un problema de dimensiones considerables, en tanto en cuanto se trata de una sanción procesal, aquejada de numerosos problemas sobre los que reflexionaré seguidamente:

(a) La primera cuestión que nos sale al paso es la de la cuantía de la sanción. Si lo que se quiere penalizar es la promoción de diligencias preliminares que son infundadas, que responden a un fin retorcido, que devienen inútiles o interpuestas con el sólo propósito de causar molestias al requerido, esta conducta siempre debería recibir la misma sanción. El problema es que la cuantía de la caución se establece con arreglo al criterio de la previsión de gastos y de perjuicios que puedan irrogarse a resultas de la práctica de la diligencia. En unos casos pueden ser de escasa cuantía y en otros cifrarse en mucho. Sin embargo, la conducta que se pretende castigar es la misma en ambos casos. De esta suerte, en algunas ocasiones, promover diligencias preliminares con un propósito torcido o sencillamente malicioso puede resultar prácticamente gratuito, mientras que, en otras ocasiones, por criterios completamente ajenos a la conducta en sí, ser sancionados gravemente. De aquí que, como se ha sugerido, el tribunal, a la hora de establecer la caución, debería contemplar, como un factor más, la eventual sanción por

²⁷ Se aplica de forma automática y rigurosa. Así AAP Alicante, sec. 8ª, nº 215/2011, de 1 de diciembre, FJ 2º *in fine* [JUR 2012\45500].

²⁸ Son numerosas las voces que respaldan esta conceptualización de la caución: GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1161; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Capítulo II”, cit., p. 489; ROVIRA, O., “Aplicación”, cit., p. 27 –quien habla de «pseudosanción»-; RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262”, cit., p. 928; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 229; LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias*, cit., p. 449. Por su parte, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 69, más que como una sanción, concibe la pérdida de la caución como una forma de «compeler» al solicitante a que presente la demanda. Para la jurisprudencia menor, se trata de una «sanción civil de pérdida de la caución» (AJM Madrid, nº 6/2015, de 20 de abril, FJ 1º [JUR 2015\148429]; «naturaleza sancionadora» y «sanción civil automática» (AAP Sta. Cruz de Tenerife sec. 4ª, 21.9.2011 [ROJ: AAP TF 842/2011]).

²⁹ Cfr. AAP Sta. Cruz de Tenerife sec. 4ª, de 21 de septiembre de 2011 [ROJ: AAP TF 842/2011]; AAP Córdoba, sec. 1ª, 15 de mayo de 2008; AAP Almería, sec. 2ª, 10 de diciembre de 2003; AAP Las Palmas, sec. 3ª, de 27 de enero de 2006. Sobre el propósito torcido BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 229, afirma que «(...) la ley impone al solicitante que puso en marcha torcidamente –algo que parece presumirse *iuris et de iure* (...)– el procedimiento de diligencias preliminares para obtener una información de la que luego no ha querido hacer uso procesalmente».

³⁰ Cfr. AAP Barcelona, sec. 13ª, 186/2011, de 20 de diciembre, FJ 1º [JUR 2012\95020].

³¹ En idéntico sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., pp. 52, 53 y 69.

dejar de deducir la demanda o de justificarlo oportunamente³². Sin embargo, la propuesta, bienintencionada, se topa con numerosos obstáculos. Para empezar, la determinación de lo que pudiera concebirse como un monto razonable para esta clase de penalización. Y, además, está la deseable, pero imposible, uniformidad en la fijación de los criterios de cálculo de las cuantías.

(b) La segunda cuestión que debe ponerse sobre la mesa es la de la identificación del destinatario de la caución, que pierde el solicitante. De la redacción del art. 262 LEC cabe inferir que es el interviniente, quien, a veces, sin tan siquiera pedirlo, se ve favorecido con la entrega de la totalidad de la garantía. Falla, a mi modo de ver, el título jurídico sustantivo que legitima la percepción del dinero por parte del sujeto pasivo de las diligencias preliminares. Incluso me cuestiono si no pudiera tratarse de un supuesto de enriquecimiento injusto. Máxime en aquellos casos en que se le han resarcido los gastos o los daños y perjuicios en que se haya incurrido y perciba, además, un eventual sobrante, como consecuencia de aplicar el concernido mecanismo sancionador. Lo lógico sería, a mi entender, que –de forma expresa o tácita– se destinara el monto de la caución al erario público, como así han acordado algunos –pocos– órganos jurisdiccionales³³.

(c) Por otra parte, surge la duda de si esta sanción procesal tiene carácter gubernativo o jurisdiccional, inclinándome por la segunda, habida cuenta que ni la LEC establece otra cosa, ni le resulta de aplicación el procedimiento recogido en los arts. 552 a 557 LOPJ, reservado exclusivamente para abogados y procuradores.

IV.- ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO LEGAL PARA LA APLICACIÓN DE LA CAUCIÓN

Sustancialmente, tal procedimiento³⁴ se encuentra recogido en el art. 262 LEC. Sin embargo, dicha regulación ha sido tachada de insuficiente, incluso de esquemática³⁵, albergando numerosas lagunas³⁶. Y llevan razón quienes efectúan tal crítica, porque al tiempo de someter la norma al tamiz de su aplicación práctica asoman por doquier los problemas y las dificultades. Problemas y dificultades que obedecen, en la inmensa mayoría de los casos, a la ausencia de respuesta normativa para los muchos interrogantes que se abren y que a continuación serán objeto de separado análisis.

³² Cfr. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 70.

³³ Cfr. AAP Guipúzcoa, sec. 3ª, nº 102/2007, de 3 de octubre, FJ 1º (JUR 2008, 41731).

³⁴ Quiero recordar que, como ya he afirmado anteriormente, la expresión «procedimiento» la he tomado de BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2066. Se registran otras denominaciones como LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., p. 876, que lo llama «incidente procedimental».

³⁵ Así GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las diligencias”, cit., p. 300; BELLIDO PENADÉS, R., “Diligencias preliminares. Decisión sobre la aplicación de la caución”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, (F. Jiménez Conde, Coord.), Madrid, 2002, p. 203, habla de la «brevedad de la regulación legal»; o CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias”, cit., p. 9.

³⁶ Cfr. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 69 y BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 942.

Sin embargo antes de entrar en *media res*, cabe destacar que consideradas las numerosas lagunas que revela la aplicación práctica del precepto, se ha sugerido, por algunos autores, echar mano, como regulación supletoria, del procedimiento incidental contemplado en los arts. 387 y siguientes de la LEC³⁷. Amén de que no se aducen las razones que soporten dicha remisión, me parece dudoso que se trate efectivamente de un incidente, si nos atenemos a la definición de estos, recogida en el propio art. 387 LEC³⁸. Por otra parte, estimo más apropiado, por guardar, a mi juicio, una conexión material más estrecha, efectuar la aludida remisión al procedimiento regulado en los arts. 712 y siguientes de la LEC³⁹. Fundamentalmente, porque en estos últimos preceptos se contempla un cauce procedimental concebido, entre otras cosas, para la liquidación de daños y perjuicios. Debo admitir que el procedimiento diseñado para sustanciar las cuestiones incidentales –del art. 393 LEC- y el propio para la liquidación de daños y perjuicios –de los arts. 713 a 716 LEC- no distan tanto de lo que, *prima facie*, pudiera parecer. En cualquier caso, la superior especificidad del procedimiento liquidatorio, en relación con la materia que nos ocupa, me convence del acierto de inclinarme por éste, como normativa supletoria, en detrimento del previsto, con carácter general, para ventilar las cuestiones que nos ocupan. Sentado lo anterior, paso a analizar diferentes aspectos problemáticos relativos al procedimiento legal para la aplicación de la caución:

(i) *De la legitimación activa del sujeto pasivo de las diligencias preliminares*. Antes de entrar de lleno en el examen del procedimiento legal relativo a la aplicación de la caución, debe alzarse que sólo podrá ser el sujeto pasivo de las diligencias preliminares –en estas circunstancias concretas, el «interesado»- el que interese la incoación de dicho procedimiento⁴⁰. De tal forma que no cabe en modo alguno que la iniciativa la tome el órgano jurisdiccional⁴¹. Se trata de la aplicación del principio dispositivo, que, entiendo, con la mejor doctrina, que se encuentra expresamente contemplado en la literalidad del art. 262 LEC⁴².

No quiero dejar pasar la oportunidad para referirme a otro aspecto, procedimental, que la Ley pasa por alto, y que puede ocasionar problemas. Me refiero al supuesto en que la

³⁷ Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las diligencias”, cit., p. 301; BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 944; LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., pp. 876-877.

³⁸ Son cuestiones incidentales las que «siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del pleito, guarden éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso», *ex art.* 387 LEC.

³⁹ De hecho, DE LA OLIVA SANTOS, A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., “Diligencias preliminares”, cit., p. 206, se refieren a la petición de la indemnización siguiendo los arts. 712 y ss., «(...) aplicables por analogía (...)». En igual sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Capítulo II”, cit., p. 489 y RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262”, cit., p. 928.

⁴⁰ Cfr., entre otros, BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 943 y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias*, cit., p. 82.

⁴¹ Sobre todo este particular, cfr. DAMIÁN MORENO, J., “Artículos 262 y 263 (LEC)”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (A. M. Lorca Navarrete, Dir., y V. Guilarte Gutiérrez, Coord.), tomo II, Valladolid, 2000, p. 1701; BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 943 o LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., p. 876.

⁴² Pues bien, de la propia literalidad del citado precepto se desprende que el tribunal resolverá sobre la aplicación de la caución «a la vista de la petición de indemnización y justificación de gastos que se le presente, (oído el solicitante)».

parte pasiva del procedimiento de diligencias preliminares estuviese integrado por más de un sujeto⁴³. A este respecto, entiendo que cada uno de ellos se encuentra legitimado individualmente para interesar su propio resarcimiento, sin tener que actuar conjuntamente con el resto. Es más, se me antoja perfectamente posible que uno lo interese y el otro, u otros, no.

(ii) *De la fijación de los plazos*. Otra cuestión que nos sale al paso es la relativa a la fijación del *dies a quo* y del *dies ad quem* para la solicitud de la indemnización por parte del sujeto pasivo de las diligencias preliminares.

(iii) *De la fijación del dies a quo*. Con respecto al primero de ellos, la norma no establece nada en absoluto⁴⁴. Quizás obedezca tal vacío a que al Legislador le parezca una obviedad. Es cierto que no entraña una especial dificultad. Pues es razonable pensar que, una vez culminada la práctica de la diligencia preliminar, el interviniente podrá presentar en cualquier momento su solicitud. En muchos casos, no podrá ser posible hasta tanto no se acaben de manifestar, o devengar, los gastos realizados. Ya sea porque el sujeto pasivo de la diligencia preliminar debe regresar a su domicilio o a sus tareas profesionales, con las consiguientes impensas de desplazamiento, o porque se prolongue por unos días la concreción del coste de paralizar una máquina para proceder a su exhibición. Y por lo que hace al supuesto de que se denieguen, previa oposición del requerido, habrá que esperar a la notificación a éste último de la correspondiente resolución.

(iv) *De la fijación del dies ad quem*. Más dificultades encierra, a mi modo de ver, la cuestión del *dies ad quem*. Con base en la redacción legal del art. 262 LEC, el sujeto pasivo de las diligencias preliminares podrá interesar su indemnización *sine die*⁴⁵. La Ley no fija el más mínimo umbral temporal, ni tan siquiera indirectamente. Como quiera que esta omisión del Legislador provoca numerosos problemas y es, a todas luces, una deficiencia seria del procedimiento que nos ocupa, algunos autores han querido leer en la redacción legal que el solicitante dispone de cinco días –desde que se haya practicado o se haya denegado la diligencia preliminar– para presentar su solicitud de resarcimiento⁴⁶. Para alcanzar tal solución, extienden el plazo de cinco días, que el precepto fija para que el juez se pronuncie sobre la aplicación de la caución, a cualquier otro lapso de tiempo que pueda darse en este singular cauce procedimental⁴⁷. Como decía, si bien es loable anhelar la existencia de un límite temporal para la solicitud de indemnización, no puede efectuarse una «interpretación» semejante⁴⁸. Y ello por dos

⁴³ Se lo plantea GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1161.

⁴⁴ Cfr. BELLIDO PENADÉS, R., “Diligencias preliminares”, cit., p. 204.

⁴⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., “Diligencias preliminares”, cit., p. 205. Lo denuncia claramente BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 943.

⁴⁶ Claramente señala BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2066, que «debe entenderse a contar desde que se puso fin a la práctica de las diligencias o desde que se denegó mediante auto (...)». Por su parte, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 233, también lo entiende así y añade que más allá de dicho límite temporal precluye la posibilidad de pedirlo.

⁴⁷ De hecho, DAMIÁN MORENO, J., “Artículos 262 y 263 (LEC)”, cit., p. 1701, defiende que todo el procedimiento deba desarrollarse en el plazo de cinco días al que se refiere el texto legal.

⁴⁸ Sigo a BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 943.

razones. La primera es que la norma es clara cuando señala que los cinco días son para el juez, y únicamente para éste, en el trance de resolver sobre la petición de indemnización. La segunda es que, por querer poner coto a la situación de indefinición que nos ocupa, se establece un plazo excesivamente corto, para un justiciable que, además, de no tener que actuar con abogado y procurador a tal efecto, no siempre sabrá que goza de esta vía procesal de resarcimiento⁴⁹. Y aunque aceptásemos –a los solos efectos dialécticos- tal extensión analógica (del plazo que tiene el juez para resolver sobre la aplicación de la caución), otro problema que se advierte inmediatamente es que no se establece en la norma trámite alguno a través del cual se informe al requerido de su derecho a petitionar la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan irrogado con ocasión de las diligencias preliminares.

A este respecto me parece de sentido común la solución adoptada en alguna ocasión por los órganos jurisdiccionales y propugnada por algunos autores. Se trata de conceder expresamente al interviniente plazo por cinco días para que formule su petición indemnizatoria, bastando con que relaciones los gastos y los daños que haya padecido⁵⁰.

También hay quien defiende que el requerido tiene un mes, el que se concede al solicitante para deducir la demanda⁵¹.

En definitiva, no hay, ni se puede establecer –de forma voluntarista-, un plazo o un *dies ad quem* para deducir la solicitud indemnizatoria⁵². Cosa distinta es que, de *lege ferenda*, se proponga su fijación expresa, en la norma, extendiendo su ámbito temporal al mes posterior a la conclusión de la práctica de la diligencia preliminar o a la notificación del auto que estima la oposición a las diligencias preliminares. Asimismo, tan necesario precepto debería imponer al órgano jurisdiccional la obligación de informar, de forma comprensible, al sujeto pasivo de la diligencia preliminar acerca del derecho que le asiste y el plazo que tiene para ejercitarlo.

(v) *De los gastos de las partes y de terceras personas ajenas al proceso*. Se ha planteado, en alguna ocasión, y entrando de lleno en otro asunto, que «los únicos gastos que pueden reclamarse y reembolsarse son aquellos que se generen con ocasión de la llamada al procedimiento de diligencias preliminares de terceras personas ajenas al proceso (...)»⁵³. Con lo dicho, parecía darse a entender que el requerido -parte en el procedimiento de diligencias preliminares- resultaría deslegitimado para interesar su

⁴⁹ No obstante, los propios defensores de esta tesis reconocen que en algunos casos los referidos cinco días pueden resultar claramente insuficientes. Así, GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 262”, cit., p. 1193.

⁵⁰ Cfr. AJM Madrid, nº 6, de 20 de abril de 2015, FJ 1º (JUR 2015\148429). Por la doctrina científica, GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 262”, cit., p. 1192 y DE LA OLIVA SANTOS, A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., “Diligencias preliminares”, cit., p. 206.

⁵¹ Así, PUENTE DE PINEDO, L., “Artículo 262”, cit., p. 502, inspirado por la AAP Valladolid, de 29 de marzo de 2007. También da por hecho que el requerido cuenta con dicho margen de tiempo GIRBAU COLL, A., “Especial Diligencias Preliminares. Consideraciones generales”, *Economist & Jurist*, nº 115, noviembre de 2007, p. 51.

⁵² Así, BELLIDO PENADÉS, R., “Diligencias preliminares”, cit., p. 204 y el mismo autor en “Artículo 262”, cit., p. 944.

⁵³ Cfr. SAP Cáceres, sec. 1ª, nº 517/2012, de 4 de diciembre, FJ 5º (AC 2012\2280).

indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia se muestra tajante al respecto en el sentido de considerar que: «(...) toda persona que intervenga en unas diligencias preliminares y, desde luego, también las partes, podrá interesar el reembolso de los gastos (...)». Y sigue: «(...) el precepto (...) no se limita o concreta a los terceros que puedan intervenir en las diligencias preliminares y, por tanto, su ámbito de aplicación puede entenderse también referido a las propias partes del proceso»⁵⁴. Se me antoja un argumento difícilmente contestable. *Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*.

(vi) *De los gastos de los expertos que puedan auxiliar al solicitante*. Se ha postulado que lo que quizás se quisiera reflejar en la norma es la diferencia que existe entre los propios intervinientes y los expertos que pueden auxiliar al solicitante en la práctica de las diligencias preliminares (y a los que se hace expresa referencia en el art. 259.2 LEC)⁵⁵. Debe reconocerse que la lectura de la primera frase del apartado 3º del art. 256 LEC alienta esta tesis⁵⁶. Y en alguna medida contribuye a ello la frase siguiente⁵⁷. Sin embargo, no comparto tal hipótesis. No alcanzo a vislumbrar tal distinción que, en todo caso, sería tácita. Lo único que dice la Ley es que el solicitante deberá correr con los gastos que se les ocasionen a los intervinientes, sin mayor precisión. Y tanto son intervinientes los expertos que le auxilian –*ex art. 259.2 LEC*–, como los propios requeridos. Se añade a esto que en la segunda frase del art. 256.3 LEC se alude indistintamente a los gastos y daños y perjuicios que se les pudiera irrogar a los intervinientes, en plural, y dudo mucho que se pueda reputar daños y perjuicios los honorarios de dichos auxiliares del solicitante. En esta línea, entiendo que las expensas de los expertos que auxilian al solicitante corren de cuenta de éste, sin que la Ley les reconozca a los primeros un mecanismo de especial protección para cobrar sus honorarios (al calor de la caución), fuera de los procesos declarativos ordinarios o especiales (pensando expresamente en el juicio monitorio). Es más, ni tan siquiera creo que el Legislador pensara en ellos al redactar el precepto concernido.

(vii) *Del concepto indemnizatorio*. En cuanto al concepto indemnizatorio, que se puede reclamar, surge la pregunta de si hay que restringirlo a los puros gastos, o cabe entenderlo en un sentido mucho más amplio, como cualquier clase de daño y perjuicio padecido por el sujeto interviniente.

Tanto en el art. 256.3, como en el 262.1 LEC, el Legislador se ha referido expresamente a dos conceptos que, a todas luces, se antojan distintos y autónomos. Por una parte, se encuentran los gastos, y, por otra, los daños y perjuicios. Al respecto se han formulado varios interrogantes. El primero de ellos atiende a la posibilidad de que esta aparente dualidad de conceptos indemnizatorios no pase de ser un exceso verbal de la norma,

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 52, defiende que, quizás, la norma ha querido diferenciar: los expertos del 259.2 y los propios intervinientes. LORCA NAVARRETE, A. M., “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000 (6), p. 1919, distingue entre daños y perjuicios que se puedan irrogar y «(...) los gastos que se ocasionan a las personas que hayan de intervenir en la diligencia preliminar».

⁵⁶ «Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieran de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares».

⁵⁷ «Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar».

tratándose en realidad de una misma y única cosa⁵⁸. Sin embargo, la respuesta mayoritaria, prácticamente unánime, es que efectivamente el Legislador quiso referirse a dos conceptos diferentes. Que sea la respuesta que cuenta con más respaldo, no significa en absoluto que sus defensores hayan ofrecido una explicación clara y rotunda al por qué de semejante dicotomía⁵⁹.

(viii) *Del contenido que integra cada uno de los conceptos indemnizatorios.* Asumiendo la respuesta dominante en la literatura, surge inmediatamente la pregunta de cuáles sean los contenidos que integran cada uno de los conceptos. Sobre esta cuestión se ha avanzado, por un lado, la tesis de que los gastos, como tales, harían referencia a los gastos judiciales, mientras que los daños y perjuicios podrían entenderse como los gastos extrajudiciales⁶⁰. Más bien creo –adhiriéndome a la postura mayoritaria– que los gastos aluden a las costas que el requerido tendrá derecho a cobrar si ve estimada su oposición a las diligencias preliminares⁶¹. Sin embargo, añadiría que, con base en el concepto de gastos procesales del art. 241.1 LEC, evidentemente más amplio que las meras costas, podrían entenderse incluidos en esta categoría, por ejemplo, la copia de documentos o el transporte de la cosa objeto de reconocimiento hasta el juzgado, cuando sea el caso⁶². Los daños y perjuicios quedarían, por tanto, para el resto de posibles menoscabos patrimoniales –de todo orden– que las diligencias preliminares le supongan al requerido, directa o indirectamente⁶³.

Bajo una perspectiva distinta, se conceptúan como gastos aquellos perjuicios que se han irrogado a terceras personas distintas al requerido⁶⁴. Así, por ejemplo, los que se «(...) ocasionan al Notario por la exhibición y copia del acto de última voluntad, o los gastos que pudieran derivarse de la búsqueda por el tribunal de cuantos datos sean necesarios

⁵⁸ Me parece que apunta en esta dirección BELTRÁ CABELLO, C., “Diligencias preliminares: destino de la caución”, *Revista CEF Legal*, nº 31, 2009, p. 42.

⁵⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 70, se pregunta por la diferencia, que no acaba de ver, salvo, dice, que sea para diferenciar gastos judiciales de gastos extrajudiciales (y yo aun así tampoco lo veo).

⁶⁰ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 70, conjetura que sea para diferenciar gastos judiciales de gastos extrajudiciales. Aun así, no me parece que sea el sentido que deba dársele.

⁶¹ Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Capítulo II”, cit., pp. 488-489. En este punto conviene matizar que, por una parte, los arts. 258.3 y 260 LEC establecen claramente que aunque se formule oposición por el requerido, antes habrá tenido el solicitante que depositar la caución. Y, por otra parte, que pese al silencio del art. 260.4 LEC, en relación con las costas, y precisamente por ello, rige el art. 256.3 LEC, de modo que, de prosperar la oposición del requerido, se le tendrán que imponer las costas al promotor de las diligencias preliminares.

⁶² Sigo a BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 231. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias*, cit., p. 82, por los acertados ejemplos de los gastos del transporte hasta la sede judicial o las impensas de conservación de la cosa o del documento a exhibir. No entran aquí, sin embargo, y a mi modo de ver, los honorarios del abogado que haya asistido a la práctica de la diligencia a instancia del requerido, como defiende BELTRÁ CABELLO, C., “Diligencias preliminares”, cit., p. 42. Tampoco deberían incluirse los derivados de la negativa a llevar a cabo la diligencia preliminar, como parece sostener DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Capítulo II”, cit., p. 489.

⁶³ Como bien apunta GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias*, cit., p. 83, debe resarcirse al requerido que, a resultas de haber tenido que atender a la práctica de las diligencias preliminares, no haya podido desarrollar su actividad comercial, profesional o de análoga índole con normalidad.

⁶⁴ Así lo interpreto de las palabras de BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2023.

para averiguar quiénes son los integrantes de un colectivo de consumidores o usuarios (...)»⁶⁵.

(ix) *De la prueba de los gastos, daños y perjuicios.* En otro orden de cosas, pero estrechamente vinculado con la cuestión relativa a los gastos y daños y perjuicios, se ha sostenido, a mi modo de ver acertadamente, que «(...) el resarcimiento de daños y perjuicios requiere la constancia de su existencia, y la prueba de los mismos, correspondiendo a quien interesa su resarcimiento la carga de la prueba de los daños y perjuicios, de acuerdo con la norma general de distribución de la carga de la prueba del art. 217 LEC, como hecho positivo y constitutivo de su pretensión de resarcimiento»⁶⁶. Así pues, cuanto menos, deberá el solicitante aportar los documentos que objetiven la existencia de los menoscabos padecidos⁶⁷. Lo que estimo a todas luces insuficiente es que el requerido se limite a aportar tales documentos acreditativos sin más. Considero más apropiado que los acompañe a un escrito, siquiera sea informal, donde exponga en qué gastos ha incurrido y en qué han consistido los daños y perjuicios cuyo resarcimiento pretende, porque, de ordinario, la simple aportación de los justificantes no arrojará suficiente luz sobre la identidad de los conceptos reclamados⁶⁸. En dicho escrito debería contenerse una reseña de los gastos, daños y perjuicios que se le hayan irrogado al solicitante, con la correspondiente determinación cuantitativa –importe- y cualitativa –concepto- de los mismos⁶⁹.

(x) *Del tipo de responsabilidad.* Por otra parte, el texto legal da pie para entender que la responsabilidad que aquí se reclama es de carácter objetivo, lo que, por consiguiente, eximiría al solicitante de la indemnización de acreditar la existencia de un nexo causal entre la práctica de las diligencias preliminares y el perjuicio patrimonial padecido⁷⁰. Sin embargo, el AAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2011⁷¹, parece apuntar en otra dirección al señalar que «sólo se admite dispensa o relajación de la exigencia y del rigor de la prueba de la existencia de los daños en muy específicos supuestos, como son los casos en los que la existencia de los daños se deduce fatal y necesariamente, o en que son consecuencia forzosa, natural, o inevitable, o se trata de daños incontrovertibles, evidentes o patentes (...), lo que no ocurre en el presente supuesto». Conviene aclarar, no obstante, que, en el caso enjuiciado, no se presentó solicitud alguna de resarcimiento por gastos y daños, atendido que la requerida se mantuvo ausente durante todo el

⁶⁵ Cfr. BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., pp. 2022-2023.

⁶⁶ Cfr. AAP Barcelona, sec. 13ª, nº 186/2011, de 20 de diciembre, FJ 1º (JUR 2012\95020).

⁶⁷ Cfr. LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., p. 876.

⁶⁸ DAMIÁN MORENO, J., “Artículos 262 y 263”, cit., p. 1701, da por supuesto lo del escrito.

⁶⁹ BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2066, afirma, en este sentido, que «(...) habrá que justificar en la solicitud los conceptos reclamados y las cantidades correspondientes».

⁷⁰ En palabra de RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262”, cit., p. 927, «el precepto (...) parece establecer una suerte de responsabilidad objetiva del solicitante (...)». Me permito discrepar de dicho autor porque aunque las diligencias preliminares se hayan planteado legítimamente y hayan ofrecido un resultado provechoso, el sujeto pasivo sólo recibirá la caución si acredita haber tenido que soportar gastos y daños y perjuicios. Alude dicho autor, por otra parte, a que un sector de la doctrina, sin especificar, habría defendido que no procede indemnizar cuando las diligencias preliminares se demuestren apropiadas y conducentes a su finalidad propia, cosa que tampoco comparto.

⁷¹ Cfr. AAP Barcelona, sec. 13ª, nº 186/2011, de 20 de diciembre, FJ 1º (JUR 2012\95020).

procedimiento. Por consiguiente, pudiera ser que la Audiencia Provincial de Barcelona se esté refiriendo a que los daños y perjuicios en supuestos de diligencias preliminares no admiten la menor dulcificación de la exigencia probatoria. Tal incertidumbre interpretativa me convence del acierto del planteamiento inicial, esto es, de la exención de prueba del nexo causal.

(xi) *De la solicitud*. En cuanto a la solicitud misma, considero poco dudoso que la Ley no demanda que conste en aquélla la firma de abogado y procurador, bastando con que el sujeto pasivo de la diligencia preliminar estampe su firme en la petición indemnizatoria.

(xii) *De la oposición*. De dicha solicitud, señala la norma con evidente parquedad, se conferirá traslado al promotor de las diligencias preliminares para que alegue lo que tenga por conveniente. A falta de limitación legal, se entiende que el ámbito de su oposición es tan amplio como permite el contenido objetivo de la propia solicitud⁷². Así, entiendo, que podrá discutir los conceptos que se afirman como gastos o como daños y perjuicios, amén de su cuantía. Incluso voy más allá. En el caso de que frente a la solicitud de diligencias preliminares se hubiese opuesto el requerido, habiendo sido desestimada su oposición, el promotor de las mismas podrá aducir el monto de las costas del incidente de oposición, pudiendo interesar su compensación con los gastos y/o con los daños y perjuicios afirmados por el sujeto pasivo⁷³.

De dicho trámite de audiencia, tan críticamente disciplinado, llama poderosamente la atención que no se contemple un plazo máximo para que el promotor de las diligencias preliminares evacúe, si es el caso, su escrito de oposición. Me inclino por aplicar analógicamente el apartado 2º del art. 713 LEC, de modo que en la resolución de ordenación procesal por la que se le confiere traslado se le otorgue un plazo de diez días para que «(...) conteste lo que estime conveniente». No me cabe duda, por otro lado, que a dicho escrito de oposición el promotor de las diligencias preliminares pueda acompañar documentos que le permitan sostener su postura. Más dudoso me parece que dicho escrito deba, necesariamente, estar firmado por abogado y procurador, aunque me inclino por una respuesta afirmativa. Y ello por dos razones: la primera, es que ya ha venido contando con su concurso, resultando indispensable para promover las diligencias preliminares encontrarse representado por procurador y asistido de letrado; y la segunda es que los arts. 23 y 31 LEC no contemplan exención alguna a este respecto.

En este punto me parece obligado abrir un paréntesis, porque se hace inevitable abordar una cuestión que el art. 262 LEC elude absolutamente. Cabe preguntarse si no sería sensato que, para el caso de que el promotor de las diligencias preliminares, se opusiera a la solicitud indemnizatoria del sujeto pasivo, y alguno de ellos lo solicitase, se les remitiera a la celebración de una vista de juicio verbal, al modo que acontece en el procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios y, concretamente según se

⁷² No obstante, no se desconoce la postura de quienes –como CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias”, cit., p. 298- sostienen que dispone de cinco días para contestar, entiendo que por aplicación analógica del art. 393.3 LEC. Incluso se ha sostenido que todo el procedimiento deba desarrollarse en cinco días, como afirma BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 943.

⁷³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 70, lo ve perfectamente posible. LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., p. 877, habla de descontar una cosa a la otra. También BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 942.

contempla en el art. 715 LEC⁷⁴. Bien pudiera ser que el Legislador tan siquiera lo consideró al diseñar este «incidente», de orden muy menor, y lo juzgase innecesario. A mi juicio, atendido que el peticionario de la reparación económica puede actuar sin la asistencia técnica de un abogado y que es discutible en el caso del llamado a indemnizar, no es ocioso escuchar sus argumentos oralmente. Constituiría, entiendo, una inmejorable oportunidad para que el juzgador pudiera instruirse mejor sobre la petición de uno y la resistencia del otro. Pero, además, vislumbro la posibilidad, real, de que la acreditación de los gastos o de los daños y perjuicios se pudiera sostener también en pruebas personales⁷⁵, satisfaciéndose así las exigencias del derecho a la prueba (ex art. 24.2 CE)⁷⁶.

(xiii) *De la resolución del órgano jurisdiccional.* Concedido dicho trámite de audiencia al sujeto activo de las diligencias preliminares, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse en el plazo de cinco días, entiendo –siguiendo lo dispuesto en el art. 262.1 LEC– que mediante auto⁷⁷, que, por su propia naturaleza, deberá ser motivado⁷⁸. Está bien que el Legislador quiera acotar los tiempos de acción de los operadores forenses y, en particular, que se proponga delimitar el margen temporal para la obtención de respuesta del juez, pero mejor hubiese sido que hubiese explicitado el *dies a quo* para ello. Así las cosas, dicho plazo queda en gran medida vacío de contenido. Sin olvidar el corto alcance de la redacción legal, me aventuro a sugerir la integración de la norma, entendiendo que los cinco días se deberán contar desde que el solicitante haya evacuado el trámite de alegaciones –frente a la petición indemnizatoria del requerido–, o, en su defecto, desde que haya transcurrido el plazo que se le hubiese concedido a tal efecto. Todo ello sin olvidar que, en cualquier caso, dicho plazo tendría naturaleza ordenatoria y no perentoria por lo que su no acatamiento no generaría sanción procesal alguna, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caber, en su caso.

(xiv) *De las costas.* Cabe preguntarse si en el caso de que se desestime la oposición, deberán imponerse las costas al promotor de las diligencias preliminares, que se ha resistido a la pretensión indemnizatoria. No encuentro razón alguna para negar tal posibilidad. Bien es verdad que, de ordinario, el solicitante de la reparación económica habrá presentado su petición sin valerse de abogado y procurador, en cuyo caso la imposición de las costas carece de verdaderos efectos prácticos. A este respecto, vislumbro un escenario sumamente interesante que ha dividido a los pocos autores que han abordado la presente temática. Supongamos que, frente a la decisión del tribunal de acordar las diligencias preliminares solicitadas, el sujeto pasivo de las mismas se opuso, desestimándose su resistencia y siéndole impuestas las costas. El procedimiento siguió su curso, se llevaron a término las actuaciones indagatorias y, al término de las mismas, dicho sujeto pasivo ha solicitado su indemnización, que es acogida favorablemente.

⁷⁴ Hay quien lo sostiene sobre la base, en cambio, del art. 393.3 LEC, como es el caso de CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias”, cit., p. 298.

⁷⁵ GARNICA MARTÍN, J. F., en “Artículo 262”, cit., p. 1993, afirma que «(...) la posibilidad de practicar prueba no puede descartarse (...)».

⁷⁶ Sobre el derecho a la prueba en el proceso civil, véase, por extenso, PICÓ i JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996.

⁷⁷ Cfr. DAMIÁN MORENO, J., “Artículos 262 y 263”, cit., p. 1701; LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II”, cit., p. 876; BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 945.

⁷⁸ Cfr. BARONA VILAR, S., “Capítulo II”, cit., p. 2068.

Salta a la vista la posibilidad de que ambas condenas en costas se compensen⁷⁹. A mi juicio, una vez que resulten tasadas ambas, entiendo que se extinguirán recíprocamente, en las cuantías concurrentes, sin mayor problema. Si resultase un saldo a favor de cualquiera de ellas, opino que podría hacerlo efectivo por la vía ordinaria de la exacción.

(xv) *Del recurso*. Frente a la antedicha resolución, y a pesar del silencio legal, estimo que cabrá interponer recurso de apelación, si bien a un solo efecto, esto es el devolutivo, sin que tenga eficacia suspensiva, como expresamente señala el art. 262.1.II LEC⁸⁰. Evidentemente, si la respuesta judicial es de signo contrario a los intereses del solicitante de la indemnización, ahora sí que se verá constreñido a actuar procesalmente representado por procurador y asistido de letrado. En cambio, cuando el pronunciamiento favorece al sujeto pasivo de las diligencias preliminares, en tanto en cuanto el recurso no tiene efectos suspensivos –como ya hemos visto–, deberá procederse a la entrega de la caución, o la parte de ella que corresponda según el importe de los daños y perjuicios fijados por el juez. No se nos puede ocultar el riesgo de que, estimado en un futuro el recurso de apelación, no resulte posible la restitución de la caución entregada al sujeto pasivo de las diligencias preliminares, por cuanto éste ha devenido insolvente. Pese a todo, este peligro no se puede conjurar con la Ley procesal civil en la mano. La única solución –si es que se la puede llamar tal– pasaría porque el promotor de las preliminares interesase, por vía cautelar, el embargo del importe a entregar -o ya entregado- a la contraparte. Para ello resulta indispensable acreditar que, ya en ese momento, concurren claros signos de insolvencia en la persona del destinatario de la caución, empresa especialmente costosa si se trata de una persona física.

(xvi) *Del reclamo de la eventual insuficiencia de la caución*. En otro orden de cosas, se vislumbra un problema sumamente interesante en aquellos supuestos en que no habiéndose exigido caución –lo cual constituye un escenario anormal, a juzgar por la dicción del art. 258.1 LEC–, o habiéndose prestado ésta por determinada cantidad, la misma resulta inferior al monto de los gastos y/o de los daños y perjuicios irrogados al requerido⁸¹. La solución que se ha propuesto al respecto pasa por reclamar –el juez, me imagino– al solicitante de las diligencias preliminares que abone el resto hasta completar el importe de los conceptos reclamados⁸². Incluso se ha llegado a hablar de su «condena» al pago⁸³. Entendiendo que tal propuesta se dirige derechamente a la consecución de la justicia material para con el requerido, perjudicado. Sin embargo, no me parece que el art. 262 LEC albergue en su redacción una suerte de vía de exacción y autorice el constreñimiento del patrimonio del solicitante de las diligencias preliminares. Es evidente que, en este punto, la Ley se ha quedado corta. Atisbo –como

⁷⁹ Así, BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262”, cit., p. 942.

⁸⁰ De modo que, como señala RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262”, cit., p. 928.

⁸¹ Plantea agudamente el problema ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 69.

⁸² Así, RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262”, cit., p. 928, sin ofrecer el menor fundamento normativo. Por su parte, Díez-Picazo Giménez, I., “Capítulo II”, cit., p. 489, habla de ejecución forzosa. DAMIÁN MORENO, J., “Artículos 262 y 263”, cit., pp. 1701-702, menciona expresamente la posibilidad de que se proceda a la exacción de las cantidades faltantes.

⁸³ El propio ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias”, cit., p. 69, ofrece la solución apuntada.

una posible solución- de *lege ferenda*, que se regulase expresamente, como parte del incidente, un mecanismo de apremio para la satisfacción de dicho probable déficit.

Por otra parte, aunque guardando una estrecha ligazón con lo anterior, se encuentra la cuestión relativa a la posibilidad de que los daños y perjuicios se reclamen, con o sin reserva previa, en el declarativo ordinario que corresponda en razón a la cuantía⁸⁴. Aunque la Ley no brinde un expediente judicial específico para tal propósito, lo cierto es que, a la vista de los problemas anteriormente descritos, considero que interesar la indemnización mediante la formulación de demanda constituye una mejor opción. Amén de que la LEC no lo prohíbe, ni expresa, ni tácitamente. Asimismo, podría darse el caso de que no habiéndose solicitado el resarcimiento por parte del sujeto pasivo en sede de diligencias preliminares, al deducir la posterior demanda el promotor de las mismas, el ahora demandado –antes sujeto pasivo del procedimiento pesquisitorio-reconviniere para perseguir por este cauce su indemnización. Sin embargo, nos sale al paso, como principal inconveniente, la ausencia de la debida conexión entre la acción noxal, del demandado reconviniere, con la ejercitada en la demanda principal (*ex art. 406.1 in fine LEC*). La ligazón entre ambas es débil, o mejor dicho accidental, toda vez que ambas causas de pedir no guardan mayor relación entre sí que la circunstancia de que para preparar la primera se promovieron diligencias preliminares, de las que surgió la segunda. En suma, y a mi modo de ver, no cabría vehiculizar la pretensión resarcitoria por el cauce de la demanda reconvencional.

V. VICISITUDES PROCESALES PARA LA RESTITUCIÓN DE LA CAUCIÓN AL PROMOTOR DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Se ha señalado anteriormente que es perfectamente posible que el sujeto pasivo de las diligencias concernidas no interese su resarcimiento o que, habiéndolo hecho, resulte un sobrante. Para que el monto de la caución sea devuelto al sujeto activo del procedimiento, ya sea en todo, o sólo en parte, debe cumplirse cierto requisito. Éste estriba –como resulta del art. 256.3.I *in fine LEC*- en que, habiendo transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, el promotor de las diligencias preliminares haya deducido la demanda o, que no habiéndolo hecho, ofrezca una justificación suficiente a criterio del tribunal. Si no se verifica ninguna de las anteriores dos condiciones, no cumulativas, la restitución deberá denegarse y la caución tendrá que ser entregada al sujeto pasivo de las diligencias preliminares. Por tanto, lo único obvio que se desprende de lo dicho es que ni la restitución de la garantía al sujeto activo de las diligencias, ni la entrega al sujeto pasivo de las mismas, son automáticas. Ahora bien, el mecanismo legal que haya de hacer posible el retorno de la caución, en todo o en parte, al promotor de las preliminares encierra numerosos problemas de interpretación.

La primera cuestión que nos sale al paso es la relativa al correcto entendimiento del plazo legal «del mes», que debe computarse desde la terminación de las diligencias preliminares⁸⁵. Al hablar la Ley del plazo de un mes, me sumo al entendimiento de que

⁸⁴ Así lo sostiene GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 262”, cit., p. 1193.

⁸⁵ Así, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias*, cit., p. 84. Lo que este autor no especifica es si debe contarse, a los efectos de dicho plazo, el día mismo en que concluye materialmente la práctica de las

su cómputo debe efectuarse de fecha a fecha, en aplicación de lo dispuesto en el art. 133 LEC, apartado 3º.I. Asimismo, «cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes», tal y como establece claramente la norma precitada en su segundo párrafo. Por último, y según el art. 133.4º, «los plazos que concluyan en sábado, domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil»⁸⁶. Asimismo, será de aplicación la prórroga legal que permitirá extender el plazo hasta las quince horas del día siguiente al propio del vencimiento del plazo⁸⁷. Más enjundia presenta, en cambio, la fijación precisa del *dies a quo*. La norma parece situarlo en la jornada misma en que se haya practicado –o culminado su práctica, si se realizó en varias jornadas- la diligencia preliminar. En mi opinión, a la redacción legal le faltó incluir la expresión «desde el día siguiente» antecediendo a «su terminación». Además de que es posible, a mi juicio, una extensión analógica de las palabras y el sentido del art. 133.1 LEC, estimo injustificado privar al justiciable de un día de plazo que, a buen seguro, no le sobrará para la formulación de la demanda. Comentario que me da pie a sugerir, de *lege ferenda*, una ampliación del plazo del mes a uno mayor, como bien podrían ser dos (al modo de la Ley de Patentes).

En cuanto a la justificación de la deducción de la demanda, que debe acompañarse a la petición de reintegración de la garantía, por parte del sujeto activo de las diligencias, estimo de todo punto insuficiente la mera presentación de una copia de aquella⁸⁸. Se presta al fraude procesal con demasiada facilidad, pues tal documento no acredita su efectiva presentación. Estimo más cauteloso que dicha copia llevase, en su primera página, estampado el sello de entrada en Decanato. Aun así, me permito recelar de que se conjure definitivamente cualquier posibilidad de engaño, habida cuenta que siempre le resulta posible al promotor de las diligencias preliminares retirar la demanda, una vez justificada su deducción. En este sentido, y sin perjuicio de que se permita acreditar la efectiva presentación de la demanda para su reparto –a fin de tener por salvado el requisito temporal de constante mención-, haría falta, además, acreditar su reparto, su admisión a trámite y el emplazamiento de la parte demandada para su eventual personación y contestación. Pero, con todo y ser de la más elemental prudencia la adopción de las anteriores precauciones, reconozco que me muevo en un terreno pantanoso pues la propia Ley, con evidente despreocupación, no instituye ningún requisito, ni reclama ninguna acreditación con respecto a la efectiva presentación de la demanda. Quizás se pueda intuir, y más por sentido común, que porque die pie a ello la redacción del art. 256.3 LEC. En todo caso, y desde una perspectiva eminentemente práctica, si el sujeto activo de las preliminares quiere recuperar la caución, tendrá que afirmar y –creo- acreditar que ha deducido la demanda. Y no creo disparatar mucho si

diligencias. A juicio de GIRBAU COLL, A., “Especial Diligencias”, cit., p. 51, debe iniciarse el cómputo en la notificación del proveído por el que se den por terminadas.

⁸⁶ Cfr., por todos, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 228, y LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias*, cit., p. 438.

⁸⁷ Cfr. LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias*, cit., p. 438 y SAP Madrid, sec. 8ª, 29-3-2012 (LA LEY 53724/2012).

⁸⁸ BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 228, da a entender que se tiene que presentar una copia íntegra de la demanda.

acentúo la severidad en relación con dicha acreditación, pues constituye terreno abonado para la añagaza.

Se abre un interrogante en aquellos supuestos en que la demanda se dirija frente a quien no fue el sujeto pasivo de las diligencias preliminares. Cabe preguntarse si también en tales casos se debe reputar cumplido el requisito legal del plazo del mes. A mi entender, no debería haber inconveniente. Y ello por dos razones. La primera es que la propia LEC no establece tal suerte de restricción subjetiva. La segunda es que, precisamente merced a las diligencias preliminares, su promotor puede caer en la cuenta de que no debe ser el sujeto pasivo de las mismas el destinatario de la demanda. Que pese a ello resultara forzoso demandarle –a los efectos de poder recuperar la caución- me parecería un despropósito descomunal⁸⁹.

Cambiando el punto de vista, procedamos ahora a considerar el caso de que no se haya deducido demanda, por existir razones que lo desaconsejaron y que permitiesen pronosticar su fracaso. Guarda silencio la norma también a este respecto. Opino que bastará con que el promotor de las diligencias preliminares exponga, de forma razonada, qué información se ha desvelado merced a aquéllas que le haya hecho desistir de su intención primigenia de ejercitar acciones judiciales. Queda al arbitrio del interesado el alcance, la extensión y el enfoque del escrito justificativo. Empero ser éste, entiendo, el supuesto más frecuente para dejar de iniciar el proceso que se tenía proyectado emprender, se me ocurre que también podría ser el caso de que, aun existiendo fundadas razones para esperar el éxito de la acción, la enjundia de la redacción de la demanda o las dificultades para allegar elementos probatorios haga previsible que no se pueda cumplir con el plazo del mes⁹⁰. También en este caso, *prima facie*, se antoja razonable restituir la caución, o el sobrante de la misma, según sea el caso. Evidentemente, en este escenario la justificación se torna un tanto más dificultosa. Por último, deben mencionarse otras justificaciones igualmente legítimas, y por ello atendibles, como que las partes hayan llegado a un acuerdo o hayan decidido someterse a mediación⁹¹.

Siguiendo con este asunto, conviene apuntar la idea de que la justificación se debe ofrecer dentro del plazo del mes, según se desprende del propio tenor literal⁹². De esta suerte, no se debería admitir escrito justificativo alguno que se presentase con posterioridad a la expiración del plazo concernido. Igualmente que tampoco debería restituirse la caución al promotor de las diligencias preliminares que dedujese la demanda más tarde del umbral temporal que contempla la norma.

Retomando el hilo de la exposición en la justificación escrita de la falta de presentación de la demanda, o de no poder hacerlo en plazo –por concurrir razones impeditivas de carácter objetivo-, la decisión definitiva queda en manos del órgano jurisdiccional, como, por otra parte, es natural. El inconveniente es que la LEC no brinda al juzgador

⁸⁹ En contra, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., “La regulación”, cit., p. 792.

⁹⁰ Por ejemplo, y como indica GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias*, cit., p. 85, cuando se trate de una demanda contra una pluralidad de demandados. Supuesto éste que aborda el AAP Madrid, sec. 9ª, de 13 de abril de 2007.

⁹¹ Cfr. ROVIRA, O., “Aplicación”, cit., p. 27.

⁹² Cfr. AAP Las Palmas, sec. 5ª, nº 213/2010, de 6-10, FJ 2º (JUR 2011\253485).

asidero firme alguno, limitándose a confiar en su prudente criterio⁹³. Con todo, el *quid* de la cuestión estriba en la clase de resolución que deba dictar el órgano jurisdiccional, extremo que tampoco se contempla en el texto legal. A mi juicio, debería tratarse de un auto, y en modo alguno de una providencia⁹⁴. Estimo defendible que por ser una cuestión incidental, podría encontrar cabida este pronunciamiento en el art. 206.1.2^a LEC⁹⁵. Resolución ésta que, por demás, es definitiva, toda vez que no existe pronunciamiento judicial alguno posterior⁹⁶. Frente a dicho auto no parece que quepa interponer recurso de reposición (*ex* art. 451 LEC), pero debería admitirse su eventual apelación, atendido que el Legislador no veta expresamente tal posibilidad. Más bien todo lo contrario, me da la sensación de que la dicción del art. 455.1 LEC abona esta posibilidad⁹⁷.

Por último, y en cuanto a la pérdida automática de la caución en favor del sujeto pasivo de las diligencias preliminares, el texto legal no provee de ninguna clase de procedimiento y ni tan siquiera se contempla el dictado de alguna resolución en este sentido. Se podría considerar, al respecto, que transcurrido un mes sin noticias del promotor de las diligencias, bastaría con una providencia, que ordenase el libramiento de un mandamiento de devolución a favor del sujeto pasivo de las mismas. Entiendo, asimismo, que en el caso de que surgiesen dificultades para la efectiva entrega de la caución, ésta debería pasar a integrar las arcas públicas.

VI. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Lo que se sugiere, con miras a una necesaria –a mi juicio– reforma de la regulación concernida, es que:

(i) Se discipline todo lo relativo a la aplicación de la caución en una sola norma, en un único precepto o en dos o más preceptos pero subsiguientes entre ellos.

(ii) Se precise que, desde el día siguiente a la conclusión de la práctica material de las diligencias preliminares, el requerido disponga de un plazo de caducidad para solicitar la indemnización que crea que le corresponde, justificando su petición, tanto cualitativa, como cuantitativamente, pudiéndose valer, además de documentos, de cualesquiera otros medios de prueba.

⁹³ GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1162, sostiene que se trata de una «(...) resolución de carácter sancionador cuyos presupuestos son estrictamente de equidad». GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las diligencias”, cit., p. 301 es más dura y dice que el precepto deja la cuestión «(...) a la total arbitrariedad del juez (...)». Más bien creo que se debe hablar de discrecionalidad judicial. Por su parte,

⁹⁴ GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1162 entiende que por medio de auto, salvo que no haya habido discusión, siendo entonces más apropiado el dictado de una providencia.

⁹⁵ Anteriormente ya defendió esta postura BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 228.

⁹⁶ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 228.

⁹⁷ Así BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, cit., p. 228. En contra, GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256”, cit., p. 1162, quien afirma que «(...) contra esta resolución no procede recurso alguno». Se basa en que al tratarse de un pronunciamiento sustentado en presupuestos de equidad, no tiene sentido el recurso.

(iii) Sería aconsejable la previsión de que el juez pudiese acceder a la petición de proceder a la fijación de una vista si una o ambas partes así lo solicitaran en su solicitud o su oposición, respectivamente, para proceder a la práctica de una prueba de la que las partes manifiestan valerse en sus prospectivos escritos, en su caso.

(iv) Se hace necesario que la nueva regulación fije con claridad y determinación los plazos de que disponga el promotor de las diligencias preliminares para oponerse y el juzgador para pronunciarse. Asimismo, debería contemplarse que, a solicitud de cualquiera de ambas partes, se celebrase una vista, al estilo de la propia del juicio verbal, especialmente cuando alguna de ellas quiera valerse de prueba personal.

(v) Si habiendo transcurrido el señalado mes para que el requerido interese lo que a su provecho convenga en términos indemnizatorios, se restituirá la caución al promotor de las diligencias preliminares, siempre y cuando, bien acredite la deducción de la demanda, aun cuando sea frente a terceros ajenos a la persona del requerido, bien justifique la razón para no haberlo hecho aún o para no hacerlo definitivamente, por concurrir circunstancias que desaconsejen promover el pleito.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M., “Las diligencias preliminares”, *Tribunales de Justicia*, 2001 (abril), pp. 25-29.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Las diligencias preliminares”, en VV. AA., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (J. Alonso-Cuevillas Sayrol, Coord.), Barcelona, 2000, pp. 25-70.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Los procesos declarativos ordinarios (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, Madrid, 2000.

BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Madrid, 2003.

BARONA VILAR, S., “Capítulo II. De las Diligencias Preliminares”, en VV. AA., *El proceso civil* (F. Escribano Mora, Coord.), vol. III, Valencia, 2001, pp. 2001-2078.

BELLIDO PENADÉS, R., “Diligencias preliminares. Decisión sobre la aplicación de la caución”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, (F. Jiménez Conde, Coord.), Madrid, 2002, pp. 203-205.

BELLIDO PENADÉS, R., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Proceso Civil Práctico* (V. Gimeno Sendra, Dir., y P. Morenilla Allard, Coord.), tomo III, Madrid, 2002, pp. 941-950.

BELLIDO PENADÉS, R., y ORTELLS RAMOS, M., “La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares”, en VV. AA., *Derecho Procesal Civil* (M. Ortells Ramos, Dir. y Coord.), 15ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 233-239.

BELTRÁ CABELLO, C., “Diligencias preliminares: destino de la caución”, *Revista CEF Legal*, nº 31, 2009, pp. 41-42.

CALLEJO CARRIÓN, S., “Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas”, *Actualidad Civil*, enero 2006 (1), quincena 1-15, pp. 1-37.

DAMIÁN MORENO, J., “Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (A. M. Lorca Navarrete, Dir., y V. Guilarte Gutiérrez, Coord.), tomo II, Valladolid, 2000, pp. 1680-1687.

DAMIÁN MORENO, J., “Artículos 262 y 263 (LEC)”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (A. M. Lorca Navarrete, Dir., y V. Guilarte Gutiérrez, Coord.), tomo II, Valladolid, 2000, pp. 1701-1702.

DE LA OLIVA SANTOS, A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., “Diligencias preliminares. Decisión sobre la aplicación de la caución”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas* (F. Jiménez Conde, Coord.), Madrid, 2002, pp. 205-206.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Las cauciones procesales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Capítulo II. De las Diligencias preliminares”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pp. 477-490.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2009.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., “La regulación de las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, en VV. AA., *Homenaje a Don Eduardo Font Serra*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 773-803.

GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau, Coords.), tomo I, Barcelona, 2000, pp. 1144-1162.

GARNICA MARTÍN, J. F., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau, Coords.), tomo I, Barcelona, 2000, pp. 1191-1193.

GIRBAU COLL, A., “Especial Diligencias Preliminares. Consideraciones generales”, *Economist & Jurist*, nº 115, noviembre de 2007, pp. 44-51.

GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las diligencias preliminares”, en VV. AA., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (J. C. Cabañas García, Coord.), Madrid, 2000, pp. 296-301.

LÓPEZ YAGÜES, V., “Capítulo II. De las Diligencias preliminares”, en VV. AA., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia* (J. M. Asencio Mellado, Coord.), Madrid, 2013, pp. 845-881.

LORCA NAVARRETE, A. M., “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000 (6), pp. 1918-1931.

LLORENTE CABRELLES, L.-R., *Las diligencias preliminares en el proceso civil* (Tesis Doctoral inédita), Valencia, 2014.

PAZ RUBIO, J. M., ACHAERANDO GUIJARRO, F. J., DE ANDRÉS HERRERO, A., ILLESCAS RUS, A. V., PUENTE SEGURA, L., SALGADO CARRERO, C., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada y con jurisprudencia*, Las Rozas (Madrid), 2000, pp. 403-413.

PICÓ i JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996.

PUENTE DE PINEDO, L., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Toribios Fuentes, Dir.), Valladolid, 2012, pp. 505-506.

ROVIRA, O., “Aplicación de la caución en las diligencias preliminares”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 184, 2013 (2) enero, p. 27.

RUEDA LÓPEZ, J. C., “Artículo 262. Decisión sobre aplicación de la caución”, en VV. AA., *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Formularios, Texto legales, Comentarios y Jurisprudencia* (J. M. Suárez Robledano, Coord., y R. Márquez Carrasco, Vicecoord.), tomo II, Madrid, 2003, pp. 926-928.

RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., “Las diligencias preliminares”, en VV.AA., *Los procesos declarativos* (M. Ortells Ramos, Dir.), Madrid, 2000, pp. 175-194.

VV. AA., *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (V. Magro Servet, Coord.), 4ª ed., Madrid, 2010, pp. 7-9.