

Nº 1

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



tirant
lo blanch

**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE
LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 1**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ,
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

2020

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas. Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

Teresa Armenta Deu (*Universidad de Girona*)
José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)
Silvia Barona Villar (*Universidad de Valencia*)
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)
Faustino Cerdón Moreno (*Universidad de Navarra*)
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaume I de Castellón*)
José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)
Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)
José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)
Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)
Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)
Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)
Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)
Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)
Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)
Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
José M^a Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)
Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)
Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)
John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Soraya Amrani Mekki (*Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense*)

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

Ignacio Colomer Hernández (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Stefano Ruggeri (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

M^a Luisa Villamarín López (*Universidad Complutense de Madrid*)

ÍNDICE

ISABEL GONZÁLEZ CANO <i>(in memoriam)</i> <i>Víctor Moreno Catena</i>	8
LA GIUSTIZIA PENALE IN ITALIA DOPO TRENT'ANNI DI CODICE DI RITO <i>Alfredo Gaito - Elvira N. La Rocca</i>	16
EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD JUDICIAL EMISORA DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. <i>Francisco Jiménez-Villarejo Fernández</i>	32
LA PROBLEMÁTICA DE LOS ADR EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA Y LA APLICACIÓN DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS <i>Vicente Pérez Daudí</i>	88
LA INDEMNIZACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL TRAS SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS <i>Montserrat De Hoyos Sancho</i>	126

**EL PROCESO DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES
ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DE MENORES**

María Luisa Escalada López..... 174

**BUENAS PRÁCTICAS EN LA INDIVIDUALIZACIÓN
JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS ANTE LA
VIOLENCIA FILIO PARENTAL**

Francisco Javier Garrido Carrillo..... 212

**LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. HACIA
UNA NUEVA ORDENACIÓN DE LOS MECANISMOS DE
AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE OBTENCIÓN DE
FUENTES DE PRUEBA**

Guillermo Ormazabal Sánchez 258

**CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO
PROBATORIO**

Joan Picó I Junoy..... 334

LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. HACIA UNA NUEVA ORDENACIÓN DE LOS MECANISMOS DE AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE OBTENCIÓN DE FUENTES DE PRUEBA¹

INVESTIGATION IN CIVIL PROCEDURE. RESHAPING THE FACT-FINDING DEVICES AND THE MECHANISMS OF OBTAINING EVIDENCE.

Guillermo Ormazabal Sánchez

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Girona.
guillermo.ormazabal@udg.edu

RESUMEN:

El trabajo se dirige a analizar si el ordenamiento procesal español ofrece instrumentos para averiguar hechos y obtener fuentes de prueba y, en su caso, en qué medida dichos instrumentos satisfacen las necesidades de los justiciables. De modo instrumental, se examina la regulación de la cuestión en dos ordenamientos, el federal de los EEUU y el alemán. A diferencia Derecho norteamericano y de otros ordenamientos del *Common Law*, que poseen la institución del *discovery*, la tradición legal de los países de la Europa continental es más bien reacia, cuando no abiertamente hostil, a admitir una investigación o pesquisa en el ámbito del proceso civil. La comparación de dichos modelos contrapuestos permitirá formular propuestas respecto al ordenamiento español, entre otras, la necesidad de instituir un

¹ La realización del presente trabajo ha sido posible gracias a una beca de la Fundación Manuel Serra Domínguez (FMSD) otorgada en 2017.

cauce procesal único y uniforme que haga posible una verdadera averiguación de hechos y de fuentes de prueba y condicionado a la concurrencia de los presupuestos que el autor propone.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil; Prueba; Fase de alegaciones; Derecho comparado

ABSTRACT:

The paper discusses whether the Spanish civil procedural law offers effective tools to conduct investigations about facts and to obtain evidence and, where appropriate, to what extent these tools meet the needs of those seeking judicial relief. In addition, the issue is examined in two law systems, the US federal and the German. Unlike US law and other Common Law systems with the discovery, the legal tradition of the continental Europe is rather reluctant, if not openly hostile, to admit the parties to conduct investigations about facts and evidence in civil process. The comparison of these opposing models will allow making proposals regarding the Spanish Law, among others, the need to institute a single and uniform procedural channel in order to allow a true investigation of facts and sources of evidence, provided some specific requirements are met.

KEYWORDS: Civil Procedure; Pleadings; Evidence; Discovery; Comparative Law.

SUMARIO

I. LA NECESIDAD DE POSIBILITAR UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES PROBATORIAS COMO ACTIVIDADES PRÁCTICAMENTE INDISOCIABLES. II. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO SOMETIDA A PLAZOS PRECLUSIVOS RÍGIDOS. REPERCUSIONES RESPECTO A LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA. III. LA PENURIA DE MEDIOS LEGALES PARA POSIBILITAR UNA

VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL. IV. SUPUESTOS EN LOS QUE CABRÍA HABLAR DE UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DE UN PROCESO CIVIL Y LA ESCASEZ DE MEDIOS QUE EL DERECHO ESPAÑOL OFRECE PARA LLEVARLA A CABO. V. SUPUESTOS EN LOS QUE, DE MODO EXCEPCIONAL, EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL PROVEE AL JUSTICIABLE DE CAUCES PARA REALIZAR CIERTA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN. 1. Exhibición documental ex art.328.3 LEC 2. Las diligencias de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia (arts.283 bis a y ss. LEC). 3. Las diligencias del art.732.2. II LEC en materia de medidas cautelares. 4. El expediente de jurisdicción voluntaria del art.112 LJV relativo a la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad. 5. En particular: las diligencias preliminares como instrumentos que posibilitan la averiguación de hechos y la obtención de prueba. VI. ¿OSTENTAN LOS JUSTICIABLES EN EL PROCESO CIVIL UN DERECHO CON ANCLAJE CONSTITUCIONAL A DISPONER DE MEDIOS PARA AVERIGUAR HECHOS Y ACCEDER A LAS FUENTES DE PRUEBA? VII. LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL NORTEAMERICANO: LA FORMACIÓN SUCESIVA DE LA PRETENSIÓN Y LA FASE DE DISCOVERY. 1. El punto de partida: fase de alegaciones flexible y formación sucesiva de la pretensión procesal como presupuestos de la actividad de investigación en la fase de discovery. 2. Hacia una fase de alegaciones rígida more europeo: la involución del sistema flexible de alegaciones por obra de la jurisprudencia más reciente. 3. La fase de discovery como máxima expresión del “excepcionalismo” procesal norteamericano. 3.1. Consideraciones generales y finalidades de la fase de discovery. 3.2. Alcance de la actividad investigativa que cabe desarrollar mediante el discovery. 3.3. La persistencia del discovery pese a sus indiscutidos inconvenientes y a sus evidentes posibilidades de abuso. VIII. EL PROCESO CIVIL ALEMÁN COMO CONTRAPUNTO EUROPEO AL DISCOVERY AMERICANO. 1. Consideraciones generales. 2. Las pretensiones informativas del derecho sustantivo (Auskunftsansprüche)

como medio tradicional para canalizar las peticiones de exhibición documental. 3. El deber de exhibición del § 142 ZPO (Aufklärungspflicht): la carga del actor de aportar un relato de hechos concluyente (schlüssiger Vortrag) y de individualizar suficientemente la petición. 4. La denominada carga alegatoria sobrevenida (sekundäre Behauptungslast) como mecanismo para remediar el desconocimiento del actor en relación con los hechos necesarios para fundar su pretensión. 5. Conclusión.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE INSTITUIR UN CAUCE PROCESAL ÚNICO Y UNIFORME PARA CANALIZAR LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES DE PRUEBA. 1. Los aspectos precisados de reforma en el régimen actual de la LEC. 2. La nonata propuesta de ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE para introducir un régimen general en materia de averiguación de fuentes de prueba. 3. Dos aspectos adicionales para considerar en una posible reforma: la conexión de las diligencias de averiguación con las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba y la necesidad de prueba plena en relación con el carácter injustificado de la negativa a cooperar. 4. Consideración final: regular la actividad de averiguación de hechos y fuentes de prueba no precisa importar los inconvenientes del discovery. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NECESIDAD DE POSIBILITAR UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES PROBATORIAS COMO ACTIVIDADES PRÁCTICAMENTE INDISOCIABLES.

Aun a riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, cabe afirmar que toda la actividad procesal, desde la interposición de la demanda hasta la sentencia, se encamina a situar al juzgador en condiciones de realizar el así llamado silogismo judicial, es decir, a verificar si los hechos afirmados por el actor pueden subsumirse en la norma jurídica de la que se deriva el efecto jurídico pretendido. Lo que presupone, a su vez, verificar si tales hechos han quedado probados o fijados mediante su admisión o a través de presunciones. Tanto al actor como al demandado incumben, pues, dos cargas distintas, una alegatoria y otra probatoria, que, por regla general, recaen sobre los mismos hechos.

El levantamiento de dichas cargas puede deparar, sobre todo al actor, considerables dificultades y alzarse como un poderoso obstáculo para obtener la tutela judicial de su derecho. El legislador y los tribunales son en buena medida conscientes de dichos obstáculos. En el caso de la carga probatoria, se han realizado esfuerzos para socorrer al actor mediante las así llamadas “facilitaciones probatorias” (*Beweiserleichterungen*), expresión que compendia un abigarrado conjunto de instrumentos y técnicas jurídicas, tales como la inversión de la carga de la prueba, el establecimiento de presunciones legales, el rebajamiento del estándar probatorio o grado de certeza que debe suministrar la prueba para tener los hechos por fijados etc.²

Los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba, a diferencia de las facilitaciones probatorias ahora referidas, tienen como finalidad acceder física y efectivamente a las fuentes de prueba, lo que puede significar obtener la exhibición de documentos, acceder a lugares y cosas para su inspección u obtener informaciones mediante la práctica de un interrogatorio, oral o

2 . Se trata, en estos casos, de instrumentos destinados a contrarrestar, corregir o alterar el funcionamiento ordinario de la carga de la prueba o, con otras palabras, de trasladar los perjuicios derivados de la ausencia de prueba al litigante que se opone ilegítimamente, obstaculiza o frustra su obtención. O, simplemente, de favorecer a quien encuentra graves dificultades para obtener la prueba frente a quien goza de mayor facilidad para clarificar los hechos controvertidos. Sobre los medios de facilitación probatoria, véase mi trabajo *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.

por escrito etc.

En materia de acceso a las fuentes de prueba existe una distinción de importancia trascendental. Se trata, concretamente, de que el acceso puede pretenderse con base en el conocimiento preciso de la existencia y características de cierta fuente probatoria (un documento de cierto contenido, una cosa de ciertas características) o bien cabe que el solicitante sólo tenga indicios, sospeche o crea con buen fundamento que dicha prueba existe y puede poseer el contenido o características que resultan relevantes para demostrar los hechos que le interesa probar. La diferencia estriba en que, en este segundo caso, lo que se pretende es una verdadera diligencia de investigación, actividad que en el Derecho procesal civil de los países de tradición jurídica europea continental suscita más bien una considerable resistencia cuando no una expresa aversión.

Por lo que se refiere a la alegación de los hechos, se trata de una carga que precede lógicamente a la de la prueba, pues, obvio es decirlo, el levantamiento de ésta sólo puede tener lugar una vez satisfecha aquélla. Arrostrar dicha carga puede resultar más o menos sencillo si el actor conoce los hechos que fundamentan la legitimación pasiva y la causa de pedir. En cambio, si alguno de aquellos hechos no le resultan conocidos, deberá realizar las correspondientes averiguaciones. Tratándose de “encontrar” o “descubrir” hechos que de momento se desconocen, aunque se sospechan o intuyen con buen fundamento, la actividad que habría de desplegar la parte procesal interesada sería calificable también como de verdadera investigación o indagación.

Quizá en la mayor parte de los casos, la necesidad de averiguar hechos se refiere a la determinación o descubrimiento del sujeto frente al que ha de dirigirse la demanda, a quien se atribuye la infracción del derecho con base en el que se acciona. Sería, por ejemplo, el caso del titular de un derecho de propiedad industrial o intelectual que desconoce quién ha puesto en circulación su obra o su invención. Pero existen otros supuestos. Por ejemplo, para reclamar los daños generados por una infracción relativa a prácticas colusorias de la competencia (no precedida de un expediente sancionatorio por parte de la autoridad antitrust española o europea correspondiente), el actor no puede limitarse a alegar genéricamente una actuación concertada de varias empresas encaminada a la fijación precios, sino que debe alegar la existencia de concretos pactos o acuerdos en dicho sentido. Una demanda con afirmaciones hipotéticas o genéricas, carente de

un cierto grado de concreción o sustanciación respecto a dichos extremos, no podría prosperar. No exactamente por falta de prueba, sino propiamente por la insuficiencia de la base fáctica en que descansa.

Es preciso advertir desde este momento que, aunque conceptualmente quepa distinguir la actividad de averiguación de hechos y la actividad de obtención de prueba sobre los mismos, ello no impide que, en la práctica, resulten actividades coetáneas, inextricablemente unidas y apenas diferenciables. Si el ordenamiento jurídico ofrece al titular de un derecho de autor cauces para averiguar un hecho que forma parte de la carga alegatoria o base fáctica de su pretensión (por ejemplo, la identidad de la persona que tal vez ha vulnerado su derecho de autor), dicho cauce, una diligencia preliminar, por ejemplo, podría permitir también tomar conocimiento de documentos, que, a su vez, podrían ser aportados al proceso y servir como prueba sobre la identidad del infractor.

El presente trabajo se dirige a analizar si el ordenamiento procesal español ofrece instrumentos para averiguar hechos y obtener fuentes de prueba y, en su caso, en qué medida dichos instrumentos satisfacen las necesidades de los justiciables. No se trata de examinar en detalle el régimen jurídico de cada uno de ellos, sino de analizar su posición sistemática en el ordenamiento procesal civil, determinar el alcance de la cobertura que prestan, detectar sus deficiencias y formular propuestas de reforma.

De modo instrumental, en el trabajo se dará cuenta de la regulación de la cuestión en dos ordenamientos que sostienen puntos de partida bien diversos y llegan a soluciones muy diferentes. Los ordenamientos procesales de la Europa continental no ponen un especial esmero en proporcionar al litigante que los precise medios para levantar sus cargas alegatoria y probatoria o, más precisamente, para investigar sobre los hechos que precisa alegar y la prueba que necesita aportar para sostener su pretensión. Entre nosotros, una actividad de este tipo, de modo generalizado, prácticamente es solo conocida en la fase de instrucción del proceso penal. A diferencia Derecho norteamericano y de otros ordenamientos del *Common Law*, con la institución del *discovery*, la tradición legal de los países de la Europa continental es más bien reacia, cuando no abiertamente hostil, a admitir una investigación o pesquisa en el ámbito del proceso civil (*Ausforschungsverbot*). Lo cierto es que, en la actualidad cada vez son más numerosas las voces que abogan por una reforma expansiva. La comparación de dichos modelos contrapuestos nos permitirá más

adelante formular propuestas con mayor fundamento respecto a nuestro ordenamiento.

II. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO SOMETIDA A PLAZOS PRECLUSIVOS RÍGIDOS. REPERCUSIONES RESPECTO A LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA.

Como decía, quien pretende obtener la tutela de los tribunales puede topar en ocasiones con el desconocimiento de los hechos en los que se apoya su pretensión. Esta afirmación puede resultar, a primera vista, paradójica y sorprendente. En efecto, si alguien acude a los tribunales para reclamar la tutela de un derecho que considera lesionado, lo hace con base en ciertos hechos que han dado lugar a dicha lesión o quebranto. Podría encontrar problemas –cabría añadir– en lo que concierne a la prueba o acreditación de aquellos hechos. Si éstos no le resultasen conocidos, sin embargo, no se plantearía la necesidad de acudir a los tribunales.

Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas. Como se dijo antes, puede suceder que los hechos que se desconocen sean los relativos a la identidad de quien ha vulnerado el derecho, no a la vulneración en sí misma considerada. Cabe, además, que alguien carezca de constancia acerca de los hechos que podrían generar un derecho a su favor, pero cuente con indicios o sospechas, más o menos fundadas, de que así es y precise llevar a cabo algún tipo de investigación o indagación para confirmarlo.

A este respecto, la ley procesal española no concibe una fase de alegaciones que vaya más allá de los escritos de demanda y de contestación, y de las eventuales alegaciones complementarias que puedan formularse en la audiencia previa al juicio³. De hecho, el elemento fáctico de la pretensión debe quedar sustancialmente fijado en los escritos de alegaciones. Cabe también que se incorporen al proceso hechos nuevos o de nueva noticia

3 . En todo caso, dichas alegaciones complementarias no están concebidas para permitir la introducción de un nuevo objeto procesal, deduciendo hechos nuevos que alteren sustancialmente la causa de pedir delimitada en el escrito de demanda o nuevas peticiones esencialmente diversas de las iniciales. Véase al respecto y por todos, VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, editorial Civitas, Madrid 2004, pp.217 y ss.

en momentos procesales diferentes de los anteriores (cfr. art.286 LEC)⁴. Sin perjuicio de las referidas alegaciones complementarias y, en su caso, hechos nuevos o de nueva noticia, como regla general, resulta extraño al ordenamiento procesal español una suerte de formación sucesiva de la pretensión o la posibilidad de ir modificando el petitum o los hechos delimitadores de la acción en virtud de nuevas averiguaciones, fruto de eventuales indagaciones realizadas en el curso del proceso.

El actor queda, pues, al albur de las indagaciones o pesquisas que pueda llevar a cabo por sí mismo, mediante actividades jurídicamente lícitas. Si éstas son suficientes para esclarecer los hechos que fundan su pretensión, no existe necesidad alguna de que ordenamiento jurídico acuda en su socorro. Pero si dichas actividades de investigación supusiesen afectar derechos de terceras personas o requiriesen compelerlas a realizar ciertas actuaciones, sería precisa la oportuna previsión legal y, en su caso, la necesaria autorización judicial.

Pero no es sólo eso. Si dichas actuaciones sólo pudiesen llevarse a cabo una vez interpuesta una demanda sustentada en afirmaciones generales e hipotéticas, el actor estaría corriendo un enorme riesgo, ya que, si no llegasen a aflorar los hechos que intuía o no se obtienen las pruebas necesarias para su acreditación, sus pretensiones quedarían definitivamente desestimadas con la fuerza de la cosa juzgada. La adecuada protección de los derechos del actor parece, pues, implicar que las indagaciones o actividades de investigación que precisa para aclarar los hechos pudiesen llevarse a cabo sin necesidad de interponer la demanda y que aventurarse a interponer ésta pudiese hacerse en función del resultado que hubiesen arrojado las actividades de investigación desarrolladas.

4 . Sobre la posibilidad de alterar el objeto inicial del proceso definido en los escritos de demanda a raíz de hechos nuevos o de nueva noticia (art.286 LEC), véase los trabajos de PICÓ I JUNOY, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006; y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “El problema de los hechos nuevos o de nueva noticia que fundan nuevas causas de pedir”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Bosch Editor, Barcelona 2013. El último autor, en concreto, es partidario de flexibilizar la prohibición de *mutatio libelli* consagrada en el art.412.1 LEC y considera incluso que el actor debe alegar a través del art.286 LEC los hechos nuevos o de nueva noticia que funden nuevas causas de pedir si no quiere que le afecte la preclusión del art.400 LEC en relación con la extensión de la cosa juzgada en los términos definidos por el art.222.2 LEC.

III. LA PENURIA DE MEDIOS LEGALES PARA POSIBILITAR UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL.

Para ilustrar cuanto llevamos dicho sobre la escasez de medios para llevar a cabo una actividad investigación en el marco de un proceso civil, imaginemos el siguiente caso, en el que se da por supuesto que algunos de los hechos narrados, que podrían presentar apariencia delictiva, están en realidad desprovistos de ella:

Muere una mujer llamada H y poco después fallece también Z, su padre. A y B, hermanos de H concurren con X, hijo de la difunta H, en la partición hereditaria de los bienes que parecen quedar en el patrimonio de Z, concretamente el piso en el que éste vivió hasta su muerte y algunos paquetes de acciones. X está extrañado de que su abuelo no poseyese un patrimonio mucho mayor, ya que llevaba un altísimo tren de vida y tenía a su servicio un chófer particular y un cuidador permanente. Además, sabe por su madre que en épocas pasadas de su vida Z amasó grandes sumas de dinero en negocios diversos. Todo ello lleva a X a sospechar con buen fundamento que sus tíos se habrían ido agenciando el dinero que Z probablemente poseía en metálico y en cuentas corrientes bancarias de las que en alguna ocasión había oído hablar a su madre, quien también le había manifestado su sospecha de que A y B estaban aprovechándose de la progresiva demencia senil del abuelo para ir pidiéndole ayuda económica y “haciéndose regalar” valiosas obras de arte, cuadros y estatuas que poseía en su domicilio.

En estas circunstancias, X se plantea demandar a sus tíos, pero para averiguar la verdadera consistencia del patrimonio de su abuelo precisaría llevar a cabo una actividad investigadora que podría implicar, entre otras actuaciones, dirigir solicitudes de información a entidades bancarias acerca de depósitos y cuentas corrientes de su abuelo, interrogar a sus cuidadores y a su chófer, quienes se niegan a ofrecerle información alguna, e incluso pedir información a ciertas salas de arte, que declinan revelar datos sobre la identidad de sus proveedores. También le interesaría obtener información sobre las cuentas bancarias de uno de sus tíos, pues sabe que ha de hacer frente al pago de la pesada hipoteca sobre un inmueble que adquirió hace no mucho tiempo y recientemente ha comprado un coche de alta gama. Supone que a partir de esos movimientos tal vez pueda descubrir ingresos de efectivo realizados durante los últimos meses de su abuelo y acreditar

que provienen del patrimonio de éste. En fin, sin dichas informaciones no se atreve plantear una demanda. No sólo por falta de prueba, sino por pura imposibilidad de formular un *petitum* concreto y, en resumidas cuentas, por la insuficiencia de un relato fáctico en que pueda sustentarse la declaración de algún efecto jurídico a su favor.

¿Qué herramientas jurídicas ofrece, en concreto, el Derecho procesal español a X para averiguar los hechos y las fuentes de prueba con el fin de hacer efectivo el derecho que eventualmente le corresponda sobre los bienes del caudal relicto expoliado por sus tíos?

La conocida respuesta a dicha pregunta es que el ordenamiento procesal español ofrece una ayuda bien escasa al atribulado potencial actor que se halla en esta tesitura. Por ejemplo, en el caso que nos ocupa no parece que X pudiese solicitar –ni siquiera por analogía– alguna de las diligencias preliminares taxativamente previstas en el art.256 LEC. Por supuesto, de nada le serviría acudir al aseguramiento de prueba previsto en el art.296 LEC, ya que la prueba no puede recaer en el vacío, sino sobre hechos previamente conocidos y sobre documentos u objetos concretos. En cualquier caso, parece poco satisfactorio que pretensiones de tutela bien fundadas resultasen inexorablemente inviables por ausencia de los mecanismos procesales necesarios para hacerlas prosperar.

Resulta comprensible que el ordenamiento jurídico autorice en el marco del proceso penal la realización de una actividad auténticamente investigadora, es decir, de descubrimiento de hechos. Se trata, nada menos, que de esclarecer ciertos acontecimientos para comprobar si es preciso proteger a la colectividad imponiendo la pena oportuna. El interés general, en definitiva, está en juego de un modo especialmente perentorio. En cambio, en el proceso civil, con la excepción de los procesos no dispositivos, dicho interés está, como regla general, ausente. Por dicha razón, se considera que la tarea de esclarecer los hechos y de hacer acopio del material probatorio corre, en principio, a cargo de los ciudadanos, sin el respaldo del poder público.

Las consecuencias de lo dicho son evidentes y no precisamente positivas. Cuando las normas de proceso civil no ofrecen a los justiciables cauces idóneos para indagar o averiguar hechos y fuentes de prueba necesarios para sustentar sus pretensiones, aquéllos tenderán irremediamente a echar mano del proceso penal a poco que exista alguna posibilidad de

atribuir relevancia o significación criminal a la conducta del potencial demandado, por mucho que dicha atribución tenga poco de consistente y en breve vaya a revelarse infundada. Los letrados que llevan asuntos relativos a la protección de derechos de propiedad intelectual e industrial y, en general, todos aquellos que se mueven en ámbitos donde existe un elevado de solapamiento o confusión entre el ilícito civil y la infracción penal, saben bien hasta qué punto es cierto lo dicho⁵.

El proceso penal, en efecto, sí que permite llevar a cabo los actos de investigación –incluso de oficio– que precisa el actor y, además, autoriza a hacerlo a raíz de una sospecha fundada. Sólo las primeras diligencias instructorias pueden ya posibilitar el acopio de la información y de las fuentes de prueba necesarias para hacer triunfar las pretensiones en un posterior proceso civil, requisando ejemplares, secuestrando ediciones, entrando en lugares cerrados e interrogando a quienes se hallen en almacenes, fábricas etc. Es lo que tan habitualmente ha sucedido en relación con la infracción a los derechos de propiedad industrial e intelectual, parcela en la que en alguna medida se ha frenado el frecuente (aunque comprensible, si las cosas se miran desde el punto de vista del interés del titular de los derechos infringidos) abuso del proceso penal, con la introducción de nuevas diligencias preliminares (números 7º a 11º del art.256.1 LEC), nuevas disposiciones en materia de aseguramiento de prueba (art.297.2 LEC) y en materia de exhibición documental (art.328.3 LEC).

Que los justiciables se vean abocados a acudir a los mecanismos procesales diseñados para hacer frente a la criminalidad cuando lo que persiguen es hacer efectivas sus pretensiones de naturaleza civil, constituye, cuando menos, una clara deficiencia del sistema procesal. Y desde un punto de vista objetivo, entraña un considerable abuso, por mucho que quien lo comete no tenga prácticamente opción de evitarlo si pretende hacer prosperar de modo efectivo sus pretensiones.

La Sentencia 158/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI: ES: APB: 2019:5791A), de 24 de julio de 2019, tiene la virtud de ofrecer,

5 . El ejemplo de la propiedad intelectual es especialmente ilustrativo. Como se ha afirmado, “actualmente la protección penal de la propiedad intelectual es muy amplia y parece estar totalmente subordinada a la legislación civil. La estrecha vinculación al Derecho civil da lugar a que casi todos los ilícitos civiles puedan también considerarse ilícitos penales, situación que ha planteado en la práctica numerosos problemas”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (Director: Silva Sánchez. Coordinadora: J.M. Pastor Muñoz, N.), Editorial La Ley/Wolters Kluwer, Madrid 2011, p.34.

en línea con cuanto se ha dicho, un expresivo ejemplo de las desventuras y grado de desesperación al que puede llegar quien pretende averiguar hechos necesarios para levantar su carga alegatoria en la demanda. Por la representación procesal de cierta entidad mercantil se interpuso solicitud de “medidas cautelares previas a demanda” (sic) contra el arrendatario de un inmueble, por la que interesaba autorización de entrada de la propiedad y de los técnicos u operarios enviados por aquélla *a fin de poder tomar las mediciones necesarias previas al inicio de la obra para poder tener conocimiento del presupuesto de la misma, y en su caso poder saber su coste de reparación y también poder saber si estuviéramos ante un supuesto de pérdida de la cosa del artículo 118 del TRLAU del 64; autorización de entrada inmediata de la Arquitecta (...) a fin de poder practicar por ésta las comprobaciones oportunas sobre el estado de la flecha de los forjados y así es necesario adoptar medidas de seguridad en caso de que la misma haya aumentado; y, autorizar, en caso de ser necesario, el descerrajamiento de la puerta de acceso al piso referido para dar cumplimiento a lo solicitado en los dos apartados anteriores”*.

En definitiva, se pretendía la adopción de medidas cautelares previas a la demanda con el objeto de reunir los datos necesarios para elaborar un presupuesto que permitiese valorar tanto el coste económico de unas obras como la posible pérdida de la cosa, con el objeto de interponer, en su caso, una demanda de resolución del contrato arrendaticio. Como no podía ser de otro modo, el tribunal rechazó la petición, entre otros motivos, porque con las medidas no se pretendía asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, como corresponde al fin institucional de las medidas cautelares (cfr. arts.721.1 y 726.1. 1ª LEC) sino obtener datos para interponer la demanda, objetivo que habría de alcanzarse a través de la oportuna diligencia preliminar, si tal existiese. Como quiera, sin embargo, que dicha diligencia no está prevista en la ley ni parece que pueda reconducirse, por analogía, a algunas de las previstas en el art.256 LEC, el litigante, en un intento desesperado de averiguar los datos que precisaba para formular su demanda, acudió a probar suerte a través de una vía procesal a todas luces inapropiada en relación con la finalidad perseguida. Tampoco hubiese sido adecuado echar mano del aseguramiento de prueba, ya que, según el art.297 LEC esta institución tiene como finalidad la adopción de *medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba*

relevante o incluso carezca de sentido proponerla. En nuestro caso no se alegaba ni existía temor de que los potenciales demandados destruyesen pruebas, alterasen objetos o estados de cosas etc. Se trataba, simple y llanamente, de averiguar hechos.

Finalmente, junto con el abuso del proceso penal, la ausencia de mecanismos para averiguar hechos o acceder a medios de prueba en el proceso civil entraña también el riesgo de que los justiciables se vean frecuentemente avocados a intentar procurarse el conocimiento de los hechos o la disposición de las fuentes de prueba mediante actividades ilícitas (por ejemplo, contratando investigaciones privadas ilegales), que, además de resultar indeseables en sí mismas pueden asimismo ocasionar las correspondientes impugnaciones y conducir a las consabidas declaraciones de nulidad ex art.11 LOPJ.

IV. SUPUESTOS EN LOS QUE CABRÍA HABLAR DE UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DE UN PROCESO CIVIL Y LA ESCASEZ DE MEDIOS QUE EL DERECHO ESPAÑOL OFRECE PARA LLEVARLA A CABO.

Abstractamente hablando, existen tres supuestos en los que cabría hablar de una propia actividad de investigación en el proceso civil, con independencia de si existen o no mecanismos en el Derecho español vigente que permitan llevar a cabo dicha actividad.

1. AFIRMACIÓN HIPOTÉTICA DE HECHOS Y PETICIÓN DE DILIGENCIAS PARA SU CORROBORACIÓN.

Los hechos que se alegan en una demanda deben afirmarse como ciertos, no como hipotéticos o posibles. Ni siquiera como probables. Otra cosa es que el actor tenga éxito o fortuna a la hora de convencer al tribunal de dichas afirmaciones. Si la ley procesal autorizase a afirmar un hecho como hipotético y a solicitar la práctica de diligencias de averiguación para verificar su existencia, estaríamos ante una auténtica actividad de investigación, que debería tener lugar antes de la interposición de la

demanda, dado el carácter netamente asertivo que, como se acaba de decir, caracteriza a dicho acto de alegaciones.

En este supuesto el derecho español podría ofrecer al potencial actor el cauce de las diligencias preliminares del art.256 LEC. Se trata de un cauce limitado a una serie de supuestos tasados, de suerte que sólo aprovecharía al actor en contadas ocasiones.

Aunque la diligencia tenga por objeto actuaciones bien concretas (exhibición de una cosa, del contrato de seguro, las cuentas de la sociedad, el acto de última voluntad), el solicitante puede instarlas con la finalidad de corroborar o confirmar que dichos objetos existen y están en poder de cierta persona, circunstancias que podrían presentársele como dudosas o no completamente conocidas. En ese sentido, se puede hablar ya de una verdadera y propia actividad de investigación.

Pero más allá de dicha corroboración, en algunos de los supuestos referidos en el precepto, las diligencias pueden servir para conocer y acceder a la prueba de datos completamente desconocidos para el solicitante. Y en este sentido, la posibilidad de una actividad de investigación es particularmente clara en las diligencias preliminares más recientemente insertadas en el apartado 1º del art.256 LEC, relativas a la infracción de derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial, concretamente en sus números 6º-8º, 10º y 11º. Así, por ejemplo, cuando en el número 6º se hace referencia a la obtención de datos sobre el “posible infractor”, parece claro que la diligencia se dirige a averiguar una identidad por ahora desconocida. Algo parecido sucede con las letras a) a c) de dicho número, referidas a los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, mayoristas, minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios, a las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas etc.; o cuando en los números 10º a 11º del referido precepto se solicitan diligencias para averiguar la identidad de un prestador de servicios de la información la de un usuario de un prestador de servicios de este tipo.

Y por si fuera poco lo dicho, en el art.259.3 LEC se puede leer que, *en el caso de las diligencias del artículo 256.1. 7º, para garantizar la confidencialidad de la información requerida, el tribunal podrá ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada.* Si cabe, no sólo ordenar la exhibición de documentos, sino también tomar declaración

a personas que puedan proporcionar datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, está claro que nos encontramos ante una diligencia de naturaleza claramente indagatoria o de investigación.

No parece, sin embargo, que una medida de aseguramiento de prueba adoptada con carácter previo a la demanda pudiese ser el cauce adecuado para canalizar una verdadera actividad investigadora. Las medidas de aseguramiento previstas en el art.297 LEC se encaminan, como su propio nombre indica, al “aseguramiento” y, por lo tanto, su adopción presupone que consta un objeto concreto y conocido, susceptible de ser protegido o asegurado. El precepto, por otra parte, no prevé el desarrollo de actividad alguna de carácter previo enderezada a la búsqueda o hallazgo de las pruebas, sino que parece partir de la existencia y localización de éstas y limita su finalidad al puro aseguramiento, puesta a buen recaudo o protección de las mismas.

2. AFIRMACIÓN CATEGÓRICA RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS QUE FUNDAN LA DEMANDA, PERO HIPOTÉTICA EN LO QUE SE REFIERE A LA EXISTENCIA Y ALCANCE DE LAS FUENTES DE PRUEBA QUE SE PRETENDEN OBTENER.

Por ilustrarlo con un ejemplo: el actor pide acceder a la correspondencia electrónica relativa a un determinado periodo de tiempo entre el director de compras de la empresa y un cierto proveedor. El objetivo es acreditar unos concretos acuerdos que han perjudicado a la sociedad. Si el actor asevera que dichos correos electrónicos existen y tienen un determinado contenido, la actuación judicial que se inste consistirá en acceder a una masa de información determinada y seleccionar la que concretamente se pide, es decir, los correos electrónicos en los que específicamente se reflejan los acuerdos considerados perjudiciales.

Cosa diferente sería, sin embargo, que se tratase de comprobar si existen o no dichas comunicaciones, es decir, que el actor las considerase sólo como posibles o incluso probables. La diferencia esencial entre ambos supuestos radica en que, en el primer caso, no se investiga, sino que se recaba y extrae la información relevante entre una cantidad, acaso ingente, de otras informaciones que no lo son. En cambio, quien no tiene constancia de que aquellos acuerdos hayan quedado reflejados en la correspondencia

entre ambos sujetos ni de su contenido exacto, sino que intuye o sospecha que allí puede encontrarse la prueba que busca, está pretendiendo una verdadera actividad de investigación.

Una vez interpuesta la demanda no parece que el actor, con carácter general, cuente con instrumento procesal alguno que le permita llevar a cabo actividades de naturaleza investigadora, en los términos en los que la hemos definido líneas más arriba. Como se verá, puede instar de la otra parte o de terceros la exhibición de documentos (arts.328 y ss. LEC), pero ha de tratarse de documentos concretos y cuyo contenido le resulte conocido, al menos si quiere beneficiarse de la presunción que la ley prevé para el caso de negativa injustificada a la exhibición, para lo cual debe presentar su propia versión o copia del documento (art.329.1 LEC). O, en cualquier caso, debe constar al solicitante la existencia del documento, pues en caso contrario carecería de sentido la posibilidad de dirigir un requerimiento de exhibición a quien se desconoce si está en posesión de los documentos (art.329.2 LEC).

Exactamente por las mismas razones expuestas arriba respecto de la posibilidad de llevar a cabo una actividad propiamente investigadora con anterioridad a la interposición de la demanda, tampoco parece que una medida de aseguramiento pudiese ser el cauce idóneo para ello una vez interpuesta la demanda.

3. ACCESO A INFORMACIONES QUE NO RECAEN SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO PERO QUE PUEDEN CONDUCIR A DESCUBRIR FUENTES DE PRUEBA RELEVANTES.

También cabría hablar de actividad de investigación cuando se alegasen en la demanda o con anterioridad a la misma determinados hechos como ciertos y, en vez de instar del tribunal el acceso a una fuente de prueba idónea y apta para acreditarlos, se pidiese, a causa del desconocimiento de una tal fuente de prueba, el acceso a otras informaciones que pudiesen conducir —esta vez sí— a la obtención de la prueba específicamente relevante para el éxito de la pretensión. Un caso podría ser, siguiendo el ejemplo expuesto en el apartado anterior, el del requerimiento dirigido a un prestador de servicios de la sociedad de la información solicitándole la exhibición de datos para averiguar la identidad de proveedores del sector o ramo con los que el demandado se ha comunicado en un determinado periodo de tiempo y, a partir de los datos obtenidos, solicitar de alguno de aquellos proveedores documentación o información testifical acerca de los acuerdos

reputados perjudiciales.

Como se vio, en este supuesto la información que se pretenden obtener sería instrumental respecto del objeto de la prueba, es decir, no sería relativa a los hechos constitutivos de la pretensión o sobre los que fundamentan las excepciones, sino a otros hechos a partir de los cuales podrían obtenerse pruebas acreditativas de los hechos propiamente relevantes. Se trata, como se ve, de una actividad de naturaleza genuinamente investigativa.

En cualquier caso, dicha actividad de investigación sólo podría canalizarse mediante el cauce de las diligencias preliminares, antes de interponer la demanda. En efecto, una vez interpuesta ésta, como se ha argumentado, sólo cabe acceder a fuentes de prueba conocidas y concretas, no a informaciones que puedan conducir a probar los hechos relevantes. A mi juicio no existen razones convincentes para excluir en este supuesto el uso de las diligencias preliminares. Todo dependerá de que concurren los requisitos que justifican con carácter general la adopción de dichas diligencias (acreditación de un cierto *fumus boni iuris*, proporcionalidad etc.) y, particularmente, la justificación de que la obtención de la información solicitada puede conducir al acceso a las fuentes de prueba verdaderamente relevantes o pertinentes al concreto objeto procesal *de quo agitur*. Lo decisivo es, en definitiva, el objetivo último que persiguen las diligencias solicitadas.

De todo lo expuesto se deduce que, con la estrecha salvedad de las diligencias preliminares, el Derecho español no contempla, con carácter general, la posibilidad de realizar actuaciones propiamente calificables como de investigación en el proceso civil. Si las partes, especialmente el actor, no han podido hacerse con las pruebas por sus propios medios, el ordenamiento procesal no está, ordinariamente, dispuesto a socorrerlas para conseguirlo.

V. SUPUESTOS EN LOS QUE, DE MODO EXCEPCIONAL, EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL PROVEE AL JUSTICIABLE DE CAUCES PARA REALIZAR CIERTA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN.

Pese a lo dicho en las líneas anteriores, existen unos pocos supuestos en los que puede afirmarse que el legislador sí consiente una cierta, aunque limitada, actividad investigadora en el proceso civil.

1. EXHIBICIÓN DOCUMENTAL EX ART.328.3 LEC

El primero de dichos supuestos está referido a la protección de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial. Se trata del art.328.3 LEC, cuando dispone que *en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado.*

El solicitante debe aportar un principio de prueba, que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción, pero no se requiere que aduzca mayor concreción, ni se precisa que esté seguro de que existen y que especifique qué contenido tienen los documentos que supuestamente servirán de soporte probatorio para demostrar la infracción de su derecho. En efecto, la producción y localización de dichos documentos quedará habitualmente fuera del ámbito de influencia y conocimiento del solicitante, y éste sólo podrá intuir, sospechar o creer con buen fundamento que se han confeccionado los documentos y que le suministrarán la prueba que pretende obtener. El mismo dato de que no se pidan documentos concretos, sino documentación de determinada clase producida en un cierto periodo de tiempo, sugiere que estamos ante una actividad que, cuando menos, tiene mucho de indagación o pesquisa, y no de un puro acopiar o arrancar pruebas conocidas de manos del adversario procesal o de un tercero.

2. LAS DILIGENCIAS DE ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (ARTS.283 BIS A Y SS. LEC).

Otro supuesto en el que cabe también concluir que el legislador autoriza

hasta cierto punto la conducción de actividades propiamente calificables como de investigación es el de la sección 1ª bis del capítulo V (Título I, Libro II) LEC, relativa al acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia⁶. En dicha sección se faculta al tribunal para ordenar a la parte demandada (potencialmente demandada, si aún no se ha iniciado el proceso) o a terceros la exhibición de pruebas pertinentes que tenga en su poder (art.283 bis a.1 LEC), en las condiciones establecidas en los preceptos que integran la sección⁷.

El legislador no se refiere exclusivamente a documentos (o a la de medios e instrumentos informáticos), aunque probablemente está pensando especialmente en dicha clase de fuente probatoria. En cualquier caso, los apartados 2º y 3º del referido art.283 bis a LEC contienen dos alusiones muy reveladoras de que el legislador está dispuesto a admitir cierta actividad de investigación.

La primera de ellas es la dicción del apartado 2º cuando señala que *el tribunal podrá ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada*. Si se tratase de aportar documentos cuya existencia y contenido constasen al actor, no sería preciso distinguir entre *piezas específicas de prueba* y *categorías pertinentes de prueba*. La mayor acotación o especificación posible parece referida a las *categorías pertinentes*, no a las *piezas específicas*, pues, por definición, lo específico, concreto o determinado no precisa de ulterior limitación o acotación.

6 . Estos preceptos tienen por objeto transponer al Derecho español la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014. Sobre los aspectos procesales de dicha Directiva, véase el trabajo de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104/UE y de la propuesta de ley de transposición*, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo de 2007, vol.9º, Nº 1, pp.125 y ss.

7 . Sobre la posición o ubicación sistemática de las nuevas diligencias de acceso a fuentes de prueba en materia de Derecho de la competencia, véase GONZÁLEZ GRANDA, P., *La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica*. Revista Justicia 2017, pp.132 y ss. La autora considera desacertada la creación de la referida sección 1º bis y considera que hubiese sido más correcto, desde el punto de vista sistemático incluir un nuevo ordinal en el art.256.1 LEC, distribuyendo seguidamente las diversas peculiaridades exigidas por razón de la transposición de la Directiva europea entre los artículos reguladores de las diligencias preliminares y del deber de exhibición documental.

Si lo pedido no reviste dichas características de especificación, debe al menos reunir el requisito de la pertinencia y someterse a un juicio de proporcionalidad, establecido en el apartado 3º del precepto, que trata de concretar los parámetros o elementos a los que debe ajustarse dicho juicio. Tras examinar los criterios que el art.283 bis a. 3º LEC ofrece al juzgador para decidir si la petición de exhibición resulta proporcionada, se puede concluir que dicho juicio, si no connatural o exclusivo, parece cuando menos predominantemente relacionado con la falta de especificidad o concreción de la petición exhibitoria. En efecto, cuando se piden informaciones específicas (listados de precios o de compradores) la falta de proporcionalidad podría provenir de una grave afectación de la confidencialidad de las informaciones solicitadas (letra c) del art.283 bis a. 3º LEC) o de la falta de acreditación del *fumus boni iuris* en cuanto a la pretensión o defensa ejercitadas (letra a) del art.283 bis a. 3º LEC). Pero es menos probable que tuviese su causa en el *alcance y el coste* (excesivos) *de la exhibición de las pruebas*, o en el hecho de que la petición del actor entrañase la realización de *búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento* (letra b) del art.283 bis a. 3º LEC).

Aunque el tenor literal del precepto que ahora nos ocupa podría sugerir una conclusión diferente, parece excesivo concluir que el juez pueda ordenar la exhibición de “búsquedas indiscriminadas” con sólo comprobar que existe la probabilidad de que dichas búsquedas lleguen a ser relevantes en el procedimiento. En efecto, la “indiscriminación” o indeterminación no puede ser absoluta, es decir, debe existir algún parámetro o criterio de búsqueda, por vago o amplio que resulte. Pero, en todo caso, parece claro que el legislador permite peticiones de exhibición relativamente inconcretas y dirigidas a lo ignoto. Siempre, claro está, que se sujeten a algún parámetro o criterio de identificación, por amplio que sea, que superen una ponderación global de proporcionalidad, que exista constancia de que las fuentes de prueba solicitadas se hallen en poder de la persona requerida y que la petición se funde en una pretensión con visos de prosperar. Es decir, existe un considerable margen para realizar una verdadera actividad de investigación. Particularmente cuando la petición de exhibición se formule con anterioridad a la interposición de la demanda, como expresamente consiente el art.283 bis a. 1º LEC.

Es preciso observar, además, que, en el precepto comentado, el coste de obtención de la exhibición se pone directamente en relación con el coste de

su búsqueda. La onerosidad que ésta puede implicar se deberá en algunos casos a que la información debe ser extraída de voluminosos archivos de documentos físicos, o –lo que en la actualidad parece mucho más probable y frecuente- de soportes informáticos de almacenamiento masivo de datos. La facilidad de búsqueda en el caso de estos últimos es directamente proporcional a la mayor definición, delimitación o especificación de criterios o rangos concretos. Si el art.283 bis a LEC, al establecer los parámetros del juicio de proporcionalidad, estuviese pensando en la obtención de fuentes de prueba bien especificadas y concretas, probablemente no habría establecido una relación tan directa entre los costes de la diligencia y los costes de la búsqueda de información. De donde cabe deducir, como decíamos, que el legislador está pensando, siempre dentro de ciertos límites, en el desarrollo de una actividad propiamente investigativa o de búsqueda y descubrimiento de lo que el solicitante de las diligencias aún desconoce o conoce de forma imprecisa.

3. LAS DILIGENCIAS DEL ART.732.2. II LEC EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES.

El precepto está referido a la solicitud de medidas cautelares y, en concreto, a la presentación de documentos o medios para acreditar los presupuestos de las medidas. En dicho contexto, el párrafo II al que nos referimos señala que *cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.*

Las diligencias aludidas en el precepto están, pues, limitadas a los casos en los que la pretensión a ejercitar en el proceso principal verse sobre *la prohibición o cesación de actividades ilícitas*. Sin embargo, el tipo de actuaciones que cabe instar es, en principio, ilimitado (*requerimiento de informes o investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo*), condicionadas tan sólo al requisito de que las actuaciones resulten útiles para acreditar los presupuestos de las medidas.

El interrogante está referido a si la dicción *procesos incoados* ha de interpretarse literalmente o si cabe entender que dicha expresión sólo pretende limitar el tipo pretensiones para cuya efectividad pueden solicitarse

las diligencias (las relativas a la prohibición y cesación de actividades ilícitas antes referidas), pero no impedir que las actuaciones se soliciten en relación con medidas solicitadas *ante demandam*. Existe al respecto jurisprudencia menor contradictoria. Así, el Auto de 5 marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona⁸, sostiene la interpretación mientras que el Auto de 18 febrero de 2010 del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid⁹ defiende la posibilidad de adoptar las diligencias de investigación antes de interponer demanda: la referencia a los “procesos incoados” no tendría que referirse al proceso principal, sino que podría ser aplicada a las diligencias de investigación que nos ocupan, pues para su adopción también se precisa incoar un procedimiento o cierta actividad procesal¹⁰.

Con independencia del acierto de una u otra interpretación, parece claro que el objeto de las investigaciones aludidas en el precepto no puede ser otro que el de acreditar –aunque sea *prima facie*– los hechos constitutivos de la pretensión principal, de modo que el objeto de las averiguaciones solicitadas coincidirá con el objeto de la prueba relevante en el proceso principal. De ahí que, en algunas ocasiones, los tribunales hayan visto este tipo de solicitudes con un notable grado de desconfianza y hayan rechazado su adopción por considerar que el solicitante abusaba de la medida y lo que realmente pretendía conseguir era una diligencia de obtención de prueba, cosa que debería haber canalizado a través de diligencias preliminares o de

8 . Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, Auto de 5 Mar. 2009, proceso 114/2009, Ponente: Villena Cortés, Francisco de Borja. N° de Recurso: 114/2009. Diario La Ley, N° 7566, Sección Jurisprudencia, 10 Feb. 2011, Año XXXII,

9 . Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid, Auto de 18 febrero de 2010 (Ponente: Nieto Delgado, Carlos, N° de Recurso: 36/2010), Diario La Ley, N° 7566, Sección Jurisprudencia, 10 Feb. 2011, Año XXXII.

10 . En el FJ 1° se puede leer la siguiente argumentación en dicho sentido: “Dicha restricción no puede compartirse: nada impide considerar que la exigencia de un «proceso incoado» pueda tenerse por satisfecha con una mera solicitud de medidas cautelares previas. No puede negarse el carácter de «proceso» al trámite que se sigue a resultas de dicha solicitud de tutela cautelar, siendo dicha calificación la única conciliable con el mandato que en el propio encabezamiento de la LEC recoge en su art. 1, que viene a someter a lo que en ella se dispone «los procesos civiles», incluyendo así la tutela cautelar regulada en el Libro IV. Son múltiples las razones que justifican tal interpretación: de haber pretendido el Legislador que el art. 732.2 LEC no pudiera accionarse en el marco de unas medidas cautelares previas, debería haber añadido a la expresión «proceso» el calificativo «declarativo». Por otra parte, no podemos olvidar que el art. 731, LEC, que plasma el principio de accesoriedad de las medidas cautelares, impide el mantenimiento de estas últimas cuando el proceso «principal» haya terminado lo que no es más que una tácita aceptación de que las medidas cautelares previas merecen también la consideración de proceso y de hecho las más de las veces principian el mismo”.

medidas de anticipación o aseguramiento de prueba (arts.293 y ss. LEC)¹¹.

Además, las diligencias del art.732.2. II LEC estarían completamente fuera de lugar cuando el solicitante contase ya con un principio de prueba sobre el fundamento de sus pretensiones¹². En efecto, los actos de investigación que pueden llevarse a cabo al amparo de aquel precepto son instrumentales a la adopción de la medida cautelar solicitada, cuyo presupuesto es la existencia de un principio de prueba o *fumus boni iuris*, no de la prueba plena necesaria para estimar la demanda principal. Cuando se cuenta ya con suficientes elementos de acreditación para satisfacer dicho modesto nivel de certeza, acudir al art.732.2. II LEC entrañaría abusar de dicho cauce, instrumentalizándolo para obtener prueba de un modo no previsto por la ley. En definitiva: las medidas sólo habrían de adoptarse cuando el solicitante se hallase en un estado tal de indigencia probatoria que careciese de elementos acreditativos suficientes para establecer un

11 . Como se refiere también en el ahora referido Auto de 5 marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, “la obtención de prueba plena en el proceso civil, extraída del ámbito subjetivo de la parte contraria tiene sus propios y específicos cauces procesales, alejados por su objeto de la previsión del art. 732.2 pf. 2° LEC, sólo referido éste la acreditación meramente indiciaria del *fumus boni iuris* para la tutela cautelar. En efecto, los arts. 256 y ss. LEC, sobre diligencias preliminares, permiten la obtención de ciertos elementos probatorios para el futuro proceso principal, particularmente aplicables a las acciones de protección de la propiedad intelectual, por la reforma operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio. Es decir, la obtención de material probatorio sobre el objeto del proceso principal, material existente en la esfera posesoria del futuro demandado, en el ámbito de la propiedad intelectual se residencia, con especialidad frente a cualquier otro cauce, en los n° 7 y 8 del art. 256 LEC, por disposición expresa de la citada Ley 19/2006, refiriéndose tales números, de modo expreso y específico, a la propiedad intelectual. En tal sentido evidencia la especialidad de este iter procesal el hecho de que la propiedad intelectual tiene en ese precepto su protección, por estar expresamente excluida, precisamente por su ámbito objetivo, de las diligencias de comprobación de hechos de los arts. 129 y ss. LP, sólo aplicables a la propiedad industrial, con exclusión de su ámbito de los derechos de propiedad intelectual. De otro lado, puede ampararse la obtención de prueba procesal plena con anterioridad al proceso, en la práctica de prueba anticipada recogida en el art. 293 LEC, que dispone un cauce específico para generar resultados probatorios antes del proceso, cuando no pueda esperarse a la fase procesal oportuna para su debida práctica, y existe temor de la pérdida de tales fuentes de prueba”.

12 . Es el caso del referido Auto de 5 marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, cuando señala en su FJ 1° A que “(...) En coherencia con el indicado objeto de la norma, la previsión del art. 732.2 pf. 2° ha de referirse a investigaciones instrumentales a la resolución de la solicitud de medidas, sometida a ese exclusivo fin. Y para decidir sobre la solicitud de medidas no se precisa ni se exige, en modo alguno, la prueba plena de la existencia de la infracción de derechos, lo que es presupuesto de la estimación en sentencia de la pretensión principal, sino que basta, por mandato del art. 728.2 LEC, la mera apariencia de buen derecho, con datos meramente indiciarios, y preferentemente documentales, como exige este precepto. Aquellas investigaciones a las que se refiere el art. 732.2 pf, 2° LEC han de tener por objeto exclusivo la posible aportación de esos meros indicios integradores del *fumus boni iuris*”.

principio de prueba.

Por todo lo expuesto, es preciso analizar qué se proponía exactamente el legislador al introducir esta disposición y qué utilidad concreta puede reportar al solicitante de las medidas cautelares.

Si, contra su literalidad, cupiese interpretar el precepto de modo que fuese posible solicitar las diligencias de averiguación en el marco de una petición de medidas cautelares *ante demandam*, se estaría permitiendo al solicitante obtener medios de prueba que posteriormente podría utilizar en el proceso principal, siempre que el juzgador no considerase que los elementos de acreditación aportados por el solicitante ya justifican por sí solos la existencia de un principio de prueba o acreditación del *fumus boni iuris* y, por lo tanto, no se requieren ulteriores diligencias de investigación.

Si, por el contrario, y como dice literalmente el precepto, sólo cabe solicitar las medidas simultáneamente o con posterioridad a interponer la demanda, dos escenarios distintos son posibles.

El primero de ellos –el más probable y prudente– es que el solicitante haya interpuesto una demanda con visos de prosperar, acompañando a la misma el grueso de sus armas procesales (prueba documental y pericial), que se habrá procurado antes de iniciar el proceso, en su caso, mediante diligencias preliminares. Es probable que dichas pruebas resulten ya suficientes para acreditar el *fumus boni iuris*, lo que podría hacer innecesario llevar a cabo las diligencias de investigación que nos ocupan.

Si el actor, por el contrario, no se ha podido procurar antes de interponer la demanda elementos probatorios suficientes siquiera para producir un principio de prueba, el precepto que comentamos le podría proporcionar la base probatoria suficiente para acreditar el *fumus boni iuris*. Las medidas habrían de ceñirse a la acreditación de dicho principio de prueba sin que, en teoría, el demandante pudiese procurarse medios de prueba más allá de dicho nivel básico de acreditación. Si, de todos modos, las diligencias suficientes para acreditar el principio de prueba lo fuesen también para obtener la prueba que permita dictar una sentencia estimatoria, las actuaciones concebidas en principio para obtener la tutela cautelar habrán servido también para propiciar el éxito de la pretensión principal. Es evidente que aventurarse a interponer demanda confiando en que la obtención de la prueba se lleve a cauce por el cauce del art.732.2.11

LEC entrañaría un alto riesgo para el actor, por ejemplo cuando el tribunal declinase la práctica de las actuaciones de investigación, por considerar que no concurre el *periculum in mora* para decretar las medidas cautelares o que considere que las medidas o las propias diligencias de investigación pretendidas no reúnen el requisito de la debida proporcionalidad. Y podría suceder, además, que las actuaciones de investigación no se admitiesen en toda la extensión solicitada por el actor, de modo que no pudiese obtener toda la prueba que precisaba para hacer prosperar la demanda.

No cabe excluir, sin embargo, que el actor se vea irremediabilmente abocado a asumir el riesgo de demandar en dichas condiciones. Si no ha tenido la fortuna de contar con diligencias preliminares específicas que le hayan permitido conocer y hacerse con los medios de prueba necesarios antes de interponer demanda (cosa muy probable fuera de los casos de propiedad intelectual, industrial y derecho de la competencia) puede que no le quede más remedio que interponer demanda y confiar en que la solicitud de medidas cautelares le ofrezca la oportunidad de llevar a cabo diligencias que le permitan acopiar prueba no sólo para justificar la necesidad de las medidas, sino para la fundamentación probatoria de la demanda.

4. EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DEL ART. 112 LJV RELATIVO A LA EXHIBICIÓN DE LIBROS DE LAS PERSONAS OBLIGADAS A LLEVAR LA CONTABILIDAD.

El art.112 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) dispone que *la exhibición de libros, documentos y soportes contables de la persona obligada a llevarlos, en los casos en los que proceda conforme a la ley y con el alcance que éstas determinen, se podrá solicitar mediante este expediente, siempre que no exista norma especial aplicable al caso.*

Tal como se ha señalado, la exhibición objeto de este expediente de jurisdicción voluntaria tiene como función la tutela preventiva de determinados intereses legítimos; tutela de carácter instrumental y al servicio de un adecuado funcionamiento de otros institutos jurídicos, como por ejemplo la junta o asamblea general de las sociedades mercantiles¹³.

13 . Cfr. SOLERNOU SANZ, S., Comentario al art.112, p. 713, en *Estudio Sistemático de la Jurisdic-*

La exhibición documental para la que está concebido el expediente queda, como corresponde a un acto de jurisdicción voluntaria, fuera de un contexto contencioso, en el sentido de que no puede obtenerse para requerir de exhibición al adversario procesal, cosa para la que habría de acudirse al art.327 LEC, expresamente previsto para dicho supuesto¹⁴. El expediente que nos ocupa, sin embargo, puede ofrecer a quien aún no ha interpuesto demanda la oportunidad de reunir la base documental para interponerla más tarde con éxito, siempre que los documentos cuya exhibición precisa caigan dentro del ámbito objetivo del precepto¹⁵.

Lo dicho no significa, sin embargo, que haberse abstenido de solicitar la incoación del expediente deba constituir una causa de inadmisión de diligencias preliminares o solicitudes de exhibición ex art.327 LEC, cuando la exhibición que se pretende a través de dichos cauces podría haberse logrado a través del expediente. Semejante denegación equivaldría a una denegación de medios de prueba no contemplada por la ley, con la consiguiente lesión del art.24.2 CE.

Por último, merece ser traída a colación una consideración relativa al alcance de la exhibición documental que cabe obtener al amparo del art.112 LJV. Según Solernou Sanz, no cabe excluir que dicho precepto permita obtener la comunicación o reconocimiento general de la contabilidad y no

ción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, AAVV (directores F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.A. Torres Lana, M.J. Achón Bruñen), Editorial Dykinson, Madrid 2016.

14 . *Ibidem*. En dicho sentido, véase también PERDICES HUETOS, A.B., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Primera Edición (Director A. Fernández Buján), Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2016, comentario al art.112.

15 . Sobre la clase de documentos cuya exhibición puede ser obtenida y el ámbito de obligados a exhibir, véase PERDICES HUETOS, A.B., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, comentario al art.112, op.cit. Según el autor los documentos que caen en su ámbito objetivo son, “especialmente los libros, documentos y soportes contables de la persona obligada a llevarlos. Siendo un desarrollo de los arts. 32 y 33 C de C, serán en principio los documentos referidos en ese texto legal y concordantes los que puedan ser objeto de exhibición (vid. art. 60 Ley general de Cooperativas). Es decir, sólo hay en principio obligación de mostrar aquellos libros que la ley obliga a llevar: más allá de eso, la norma se remite a aquella documentación contable que se prevea en cada supuesto. Así, p.ej., tendrá la máxima extensión en el art. 272.3 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al derecho de información del socio de la sociedad limitada —libros, albaranes, facturas (SAP Barcelona 09.12.2013) y, posiblemente, contratos—, y menor y más limitada en el caso de la sociedad anónima, a pesar de la ampliación jurisprudencial sentida en este terreno (art. 197 LSC y STS 19.09.2013). Del mismo modo, y dada su consideración de libro de llevanza obligatoria, aunque en puridad no sea contable, sucederá con los libros de actas de órganos colegiados y de socios y accionistas (art. 27.3 C de C y 104 y 105, 116 y 118.3 LCS)”. Al respecto véase también SOLERNOU SANZ, S., *Estudio Sistemático de la Jurisdicción Voluntaria...*cit. pp. 708 y ss.

simplemente la exhibición de concretas piezas o elementos documentales¹⁶. En efecto, en la legislación mercantil y en la doctrina está relativamente consolidada la distinción entre exhibición –referida a la exhibición de documentos concretos- y la comunicación de la contabilidad, ésta última entendida como equivalente a un reconocimiento general de la contabilidad de un empresario¹⁷. Como el tenor literal del art.112 LJV se refiere sólo a la *exhibición*, cabría concluir que el legislador ha pretendido excluir aquella comunicación o reconocimiento general de la contabilidad en el expediente que nos ocupa. La autora, aunque considera difícil que ello suceda, se muestra partidaria de una interpretación teleológica que ampare un reconocimiento general de la contabilidad cuando dicho reconocimiento sea preciso para el eficiente funcionamiento de la institución al servicio de la cual se concede¹⁸. Por lo que al objeto de este trabajo respecta, en la medida en que quepa justificar la realización de dicho reconocimiento general, el futuro demandante puede contar con un vigoroso medio de investigación y obtención de prueba para un futuro proceso.

5. EN PARTICULAR: LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES COMO INSTRUMENTOS QUE POSIBILITAN LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBA.

En líneas anteriores me he referido a las diligencias preliminares como uno de los cauces que ofrece el ordenamiento procesal español para canalizar peticiones de obtención de prueba e incluso permitir cierta actividad de naturaleza investigativa para esclarecer los hechos en que haya de fundarse una potencial demanda. En los términos expuestos, dicha afirmación parece chocar con la generalizada opinión de que las diligencias preliminares no son un instrumento idóneo para obtener prueba¹⁹. Aunque, en efecto, la

16 . Cfr. Op. cit. p. 712.

17 . Véase, por todos, MORÁN BOVIO, D., cfr. *Lecciones de Derecho Mercantil*, AAVV (coordinadores JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J./DÍAZ MORENO A.), 21ª edición editorial Tecnos, Madrid 2018, pp.152 y 153.

18 . Cfr. Op. cit. p. 712.

19 . BANACLOCHE PALAO, J., distingue entre el instituto de la exhibición documental y las diligencias preliminares señalando que mediante las últimas se pretende iniciar un proceso con garantías de éxito, mientras que con la primera se trata de confirmar datos de los que ya se dispone mediante copias u otros medios. Cfr. *Las diligencias preliminares*, editorial Civitas, Madrid 2003, p.50. Sobre la distinción entre diligencias preliminares y otras figuras afines, véase el trabajo de Rebeca CASTRILLO SANTAMARÍA, *La preparación del proceso: las diligencias preliminares*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2018, pp.51 y ss.

finalidad de las diligencias preliminares no se agota en la obtención de prueba y en algunos casos ni siquiera remotamente tienen dicha finalidad²⁰, ello no impide que constituyan un cauce de perfiles poco definidos también apto, aunque sea de modo indirecto, para prestar cobertura o hacer posible la obtención de prueba²¹. De hecho, la inmensa mayoría de las diligencias preliminares posibilitan y en la práctica son solicitadas con dicho objetivo²².

En efecto, por lo que a su posición sistemática en la LEC se refiere, las diligencias preliminares están situadas en el Capítulo II del Título I, Libro II de la LEC, es decir, fuera de los Capítulos V y VI de dichos título y libro, que son los destinados a regular la prueba. El primer apartado del art.256 LEC las presenta genéricamente como una serie de actuaciones -por cierto, bien heterogéneas- que poseen en común la genérica función de servir para la preparación del juicio. Sin que sea éste el momento de indagar sobre antecedentes históricos, el legislador de 1881, de quien la LEC actual ha heredado el nombre y gran parte de las concretas diligencias preliminares, pretendió con esta institución reunir un abigarrado número de actuaciones que, según la experiencia forense de los siglos anteriores, resultaban útiles o necesarias para preparar la demanda, sin parar muchas mientes en la naturaleza jurídica o finalidad de dichas actuaciones.

Durante estos años de vigencia de la LEC 2000 se ha generado una abundante jurisprudencia que rechaza peticiones de diligencias preliminares argumentando que lo realmente pretendido por el solicitante era canalizar auténticas peticiones de obtención, aseguramiento o anticipación de

20 . Es el caso del número 1º del art.265.1 LEC en lo referido a la capacidad y la representación, o el número 6º del mismo artículo y apartado, relativo a la determinación de los integrantes del grupo por parte de quien pretenda iniciar un proceso en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios para concretar los integrantes de aquel grupo cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables.

21 . Por dicho motivo, no puedo convenir con MONTERO AROCA cuando afirma taxativamente que mediante las diligencias de prueba no se trata de obtener la exhibición de un medio de prueba en manos del otro litigante. Cfr. *La prueba en el proceso civil*, 5ª edición, editorial Civitas, Madrid 2008, p.314, nota a pie 24. Sostiene la opinión contraria, por ejemplo, MORENO NAVARRETE, M.A., *La prueba documental estudio histórico-jurídico y dogmático*, editorial Marcial 2001, pp.336 a 339.

22 . Como ha dicho alguna jurisprudencia, junto con la finalidad preparatoria de las diligencias preliminares, algunas de ellas también tienen una utilidad probatoria reconocida en las reformas legislativas más recientes. Cfr. AAP Madrid (sección 28º), Auto núm. 47/2012, de 16 de marzo, AC 2012/773. Sobre esta cuestión, véase LLORENTE CABRELLES, L.R., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Valencia 2014, tesis doctoral dirigida por Bellido Penades, R., pp.33 y ss. Accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20%2814%20puntos%29%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

prueba, finalidades, todas ellas, que resultarían extrañas a una institución cuya exclusiva finalidad consistiría en proporcionar a un futuro y eventual demandante el conocimiento de ciertos datos sin los cuáles no podría formular un escrito de demanda en las debidas condiciones²³. La propia ley y la jurisprudencia, como se ha dicho, suelen referirse genéricamente a la *preparación* del juicio o de la demanda como finalidad propia de las diligencias.

Si bien se miran las cosas, sin embargo, proporcionar el conocimiento de datos necesarios para preparar la demanda, cuando dichos datos se refieran a los hechos que sustentarán una futura demanda, no es precisamente una actividad lejana a la prueba, porque dicho conocimiento se adquiere mediante el acceso a documentos, objetos o declaraciones que constituyen fuente de prueba de aquellos hechos. Quien, por ejemplo, solicita la exhibición de la historia clínica en poder de un centro sanitario o de un médico (art. 256.1. 5bis LEC), pretende tomar conocimiento de datos que le resultan necesarios para determinar la legitimación pasiva y para esclarecer otros extremos de la demanda que se plantea interponer, tales como las observaciones de los médicos actuantes, los tratamientos prescritos, los fármacos indicados etc. Es decir, permitiéndole acceder a la historia clínica, también se da al demandado acceso a un elemento de prueba que resultará decisivo para acreditar la responsabilidad del médico o centro sanitario.

Ciertamente, quien solicitó la exhibición de la historia clínica no queda eximido de aportar una copia con la demanda o -en el caso de que el centro o el profesional no le proporcionen voluntariamente dicha copia- de designar el lugar en que se encuentra el documento, pidiendo asimismo al tribunal que requiera su aportación a quien corresponda. Aunque esto último resultará completamente innecesario si, como permite el art.259.2 LEC, el solicitante de la diligencia pide en el acto de la exhibición la extracción de copias electrónicas de los documentos con los medios que él mismo aporte. Es innegable, en cualquier caso, que el objetivo del solicitante no es otro que conocer los datos relativos a los hechos que le interesan para fundamentar su demanda y acceder a las fuentes de prueba sobre los mismos (la copia de los documentos exhibidos), por mucho que la aportación de dichas fuentes de prueba deba realizarse o solicitarse posteriormente en el momento procesal oportuno. En definitiva, por las

23 . En el trabajo antes citado de LLORENTE CABRELLES se da cuenta de múltiples resoluciones en este sentido. Op.cit.pp.33 y ss.

razones expuestas, desvincular las diligencias preliminares de la finalidad de acceder a las fuentes de prueba me parece una conclusión un tanto formalista y alejada de la realidad.

Es más, tengo para mí que cuando los tribunales deniegan peticiones de diligencias preliminares argumentando que éstas no pueden servir a la finalidad de obtener prueba -cosa que, como se ha visto, sucede con muchísima frecuencia-, la verdadera razón que, en la mayor parte de los casos y de modo principal, les lleva a declinar dicha petición es más bien la falta de tipicidad, en el sentido de falta de previsión o encaje de la concreta medida solicitada en el catálogo o lista cerrada²⁴ del art. 256.1 LEC, aunque ciertas AAPP admiten una interpretación flexible²⁵. Veámoslo mediante unos pocos, aunque representativos, ejemplos recientes.

Así, por ejemplo, en el AAP Barcelona (Sección 1ª) 199/2017, de 15 junio (AC\2017\1184), se declaró la improcedencia de una diligencia preliminar de exhibición de historia clínica, del apartado 5º bis del art. 256.1 LEC. El tribunal argumenta su decisión que el recurrente había intentado obtener un aseguramiento o acceso a fuentes de prueba abusando del cauce de las diligencias preliminares, pues éstas como finalidad *proporcionar al solicitante información sobre los facultativos intervinientes, el estado del paciente, o la praxis médica y asistencial observadas, etc. con el fin de preparar un juicio en que dichos extremos puedan ser relevantes, pero en el caso de autos lo que pretende la apelante es, a través de las diligencias que interesa, obtener una prueba completa del maltrato que alega que su hermana infligió a su madre, lo que nada tiene que ver con esa finalidad (...)*. En dicho supuesto la diligencia se planteaba con carácter previo al ejercicio de la acción de nulidad del testamento otorgado por la madre²⁶.

24 . En este sentido, el tan citado ATS de 11 de noviembre de 2002 (ATS 3037/2002) aclara que se trata de un sistema de *numerus clausus*.

25 . Es el caso, por poner un ejemplo reciente, de la AAP Alicante (Sección 5ª), Auto núm. 112/2015 de 9 septiembre (JUR\2015\273680) donde se solicitaba la atípica diligencia preliminar de exhibición de la vivienda del demandado a fin de constatar el origen de las humedades que han surgido en la que es propiedad del actor, colindante con aquella. La sentencia contiene cita de otras resoluciones de AAPP que realizan interpretaciones flexibles del catálogo de medidas del art.256 LEC.

26 . El tribunal cita el AAP Valencia, de 27 de enero de 2006, que advirtió, en un supuesto en el que se interesaba una historia clínica para impugnar un testamento que *atendiendo a ello, su análisis evidencia que lo que se intenta obtener es una prueba suficiente que apoye fácticamente los argumentos de los solicitantes de impugnar dicha disposición "mortis causa", garantizando el éxito de su pretensión, finalidad también excluida del ámbito de las diligencias preliminares ya que aquellas lo único que pueden perseguir es obtener una información para facilitar el desarrollo de un juicio posterior, (auto de 6-6-2001 AP Cádiz), no la obtención de pruebas que es*

Y concluye que lo pretendido por la demandante era *obtener las pruebas que le aseguren el éxito de la acción que pretende entablar, para lo cual ha intentado convertir este procedimiento en algo parecido a una instrucción sumarial, formulando solicitudes a la vista del resultado de la documentación que se ha ido aportando en virtud de los requerimientos efectuados*. Como se ve pues, se solapan y confunden la argumentación con base en la falta de tipicidad de la medida y la argumentación con fundamento en que las diligencias preliminares no tienen como finalidad la obtención de prueba.

Del mismo modo, el AAP Jaén 145/2017 (Sección 1^a), de 19 abril (JUR\2017\168435) se ocupaba de una diligencia de exhibición dirigida a los hermanos de los actores para que exhibiesen la documentación que obrase en su poder relativa a la contabilidad y gestión de los bienes y cuentas bancarias de su difunto padre, a fin de iniciar un procedimiento de división judicial de la herencia dejada por aquél, así como que de que informasen si los mismos estaban autorizados en las cuentas del finado. El tribunal rechazó la diligencia argumentando que (...) *la finalidad de las diligencias preliminares no es (...) preconfigurar determinadas probanzas con carácter previo a la iniciación del proceso, esto es la práctica de prueba anticipada y sin las garantías que a éste acompañan, sobre todo la posibilidad de contradicción, cuando precisamente dichas pruebas encuentran perfecto acomodo en el procedimiento que corresponda a través de los cauces de los preceptos antes citados*. Previamente, sin embargo, después de recordar el carácter de *numerus clausus* de las diligencias preliminares, el tribunal había dejado ya sentado que la diligencia en cuestión no encajaba en el número 2^o del art.265.1 LEC, relativo a actos de última voluntad del causante de la herencia o legado.

De gran interés resulta también, en este sentido, el AAP Madrid (Sección 18^a), núm. 146/2017 de 3 mayo (JUR\2017\161972). Como se cuenta en los fundamentos de Derecho de la resolución, la petición de diligencias preliminares se basaba en que la solicitante ostentaba la condición de agente comercial de la mercantil demandada (Iberia) y, en tal condición, había proporcionado como cliente de la misma a la mercantil NSPA para que aquella fuese contratada para realizar el mantenimiento de unas aeronaves propiedad o gestionadas por NSPA. Sin embargo, por parte Iberia no se le habrían comunicado las facturaciones que se habían realizado a dicha mercantil, lo que le imposibilitaba calcular y percibir las

una actividad procesal que ha de efectuarse dentro del juicio.

comisiones debidas de acuerdo con el contrato o de agencia suscrito entre las partes, de modo que dicho agente comercial se habría visto obligado a reclamar dicha documentación mediante la correspondiente diligencia preliminar. La AP nuevamente recrimina al solicitante el intento de camuflar una diligencia de obtención de prueba bajo la veste formal de una diligencia preliminar, pues, según el tribunal, la exhibición de aquellos documentos habría de haber sido instada una vez interpuesta la demanda, mediante el cauce de la exhibición documental de los art.328 y ss. LEC o, previamente, mediante el anticipamiento o aseguramiento de prueba²⁷. Al mismo tiempo, sin embargo, el tribunal afirma la imposibilidad de reconducir las diligencias solicitadas a alguno de los supuestos tasados en el art.256.1 LEC y, más en concreto, a la diligencia de exhibición de cosa del número 2º del referido artículo y apartado.

VI. ¿OSTENTAN LOS JUSTICIABLES EN EL PROCESO CIVIL UN DERECHO CON ANCLAJE CONSTITUCIONAL A DISPONER DE MEDIOS PARA AVERIGUAR HECHOS Y ACCEDER A LAS FUENTES DE PRUEBA?

Así expuesta la problemática, la primera cuestión a la que debe darse respuesta en las líneas que siguen es si existe propiamente un derecho con fundamento constitucional a que el ordenamiento ponga a disposición de los justiciables mecanismos de averiguación o descubrimiento de hechos con el objeto de que éstos puedan instar la tutela de sus derechos ante los tribunales.

27 . En el FJ 2º C se explica ampliamente esta idea: *Desde luego es una cuestión que excede ampliamente el contenido las diligencias preliminares, y desde luego la exhibición de los contratos y las facturas que se pretenden, no puede cobijarse dentro de la medida preliminar que se solicita, sino que propiamente supone la práctica de una prueba anticipada. En este sentido no puede menos que hacerse constar que precisamente en las disposiciones comunes a la prueba por documentos se establece el deber de exhibición documental entre las partes con tenido en el artículo 328, y por supuesto la prueba de libros de los comerciantes contenido en el art. 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como por otra parte el contrato de agencia que sería el que supuestamente, facultaría la parte para solicitar las comisiones correspondientes por las gestiones o por la consecución de un cliente de cierta importancia para la entidad requerida, está en poder de la parte demandante, desde luego no se alcanza las razones por las cuales no puede presentar la demanda, y sin perjuicio de que la cantidad que podría reclamar pudiera quedar una cierta nebulosa, sin embargo sí puede acudir perfectamente a los supuestos del artículo 328, pudiendo formular la demanda y solicitar dentro del curso del procedimiento o la exhibición documental de los contratos que tuviere la requerida con esa u otras entidades y de las facturas que se le hubiesen generado, y calcular las comisiones que podrían hacerse mediante una simple fórmula aritmética.*

Al contrario de lo que sucede con la prueba, respecto de la que sí cabe afirmar un verdadero *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa* reconocido en el art.24.2 CE, no cabe decir lo mismo de un hipotético derecho a la averiguación o descubrimiento de los hechos sustentadores de la pretensión.

La ausencia de medios para la averiguación de hechos impediría al actor levantar su carga alegatoria, ya que no estaría en condiciones de determinar la persona concreta persona frente a la que dirigir su demanda, o no podría determinar exactamente qué pedir frente a ella. O simplemente, no sería capaz de sustanciar o concretar los hechos en que funda su pretensión. Los medios de obtención de la prueba, en cambio, no le resultarían necesarios para concretar dichos extremos, sino para acreditarlos o convencer al juez de su certeza.

Como he dicho más arriba, sin embargo, creo que la averiguación de hechos y la obtención de prueba deben recibir un tratamiento unitario al resultar dos actividades solo disociables en el plano intelectual o conceptual. Con otras palabras: averiguar hechos desconocidos entraña necesariamente acceder a las fuentes de prueba para acreditarlos. Averiguar la existencia de una operación financiera o de una transacción comercial sólo puede lograrse a través de los oportunos documentos donde se plasma su realización o de las declaraciones de alguien que sabe de su existencia, de modo que dicha averiguación implica también el acceso a las fuentes de prueba, en este caso de carácter documental. Y ello significa, a su vez, que la averiguación de hechos merece la misma protección y cobertura que el derecho al acceso a las fuentes de prueba.

Salvo desconocimiento mío, no existen pronunciamientos jurisprudenciales en los que de un modo expreso se vincule el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes con un deber del legislador o de los tribunales de poner a disposición de los litigantes mecanismos para compeler al adversario procesal o a terceros no litigantes a producir fuentes de prueba o revelar información en su poder con el objeto de fundamentar sus pretensiones. Lo único que, en tal sentido, ha aclarado el Tribunal Constitucional es que la negativa injustificada a facilitar fuentes de prueba por parte del litigante en cuyo poder obraban no puede redundar en perjuicio del litigante que reclamaba la aportación de dichas fuentes probatorias, de modo que la incerteza ocasionada por la ausencia de prueba ha de perjudicar a quien de modo injustificado declina su aportación. Lo

que, si no equivale, al menos se parece enormemente la inversión de la carga de prueba.

En efecto, según el Tribunal Constitucional, como el litigante refractario a colaborar en la producción de la prueba frustra con su conducta el levantamiento de la carga probatoria del otro litigante y éste queda en una situación de completa imposibilidad para hacer prosperar su pretensión, procedería desplazar al litigante obstruccionista los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos, es decir, invertir la carga de la prueba²⁸.

Por mi parte, coincido con Pereira Puigverd²⁹ en considerar que el derecho constitucionalmente reconocido en el art.24.2 CE a la utilización de los medios de prueba pertinentes incluye también el deber del legislador de adoptar las medidas razonablemente necesarias para permitir el acceso a las fuentes de prueba, lo que implica establecer deberes de exhibición

28 . En la STC 7/1994, de 17 de enero, se señala que (...) *en el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993 (RTC 1993) 26], fundamentado jurídico 4.º], colocándola en una situación de indefensión. Y acaba concluyendo que: (...) afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y -legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa- fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE. En el mismo sentido, la STC 227/1991, de 28 de noviembre: A la hora de sustentar su pretensión, la demandante se dirigió al propio INSS para que éste certificase la existencia de cotización y alta, y cabe decir que la recurrente en amparo no tenía razonablemente otra vía para acreditar que el causante reunía el período de cotización legalmente exigido, puesto que a los trabajadores por cuenta ajena no se les facilita copia de los boletines de cotización, como el propio INSS ha reconocido en este proceso constitucional. Por lo que no puede exigirse de aquélla un comportamiento imposible y eximir de acreditar la existencia o no de cotización a quien tiene en su mano hacerlo. No cabe, pues, imputar a la actora falta de diligencia en la defensa de su derecho. Antes bien, es el comportamiento exhibido por el INSS el que merece reproche (...).*

29 . PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Txikia 2013, pp.32 y ss.

respecto del adversario procesal y de terceros y, en el caso de negativa injustificada a la exhibición, de suministrar los medios coactivos adecuados para forzar la exhibición. Esto último no impide que, como alternativa al uso de los mismos, se opte por invertir la carga de la prueba en contra del litigante que se niega a cooperar, tal como establece la jurisprudencia del TC, que resulta una solución mucho más efectiva y razonable. O, incluso, tener por fijados los hechos que se pretenden probar afectados por aquella negativa injustificada, u otras consecuencias que arrojen sobre la parte que muestra una actitud poco cooperativa los perjuicios derivados de la falta de esclarecimiento. De hecho, esta es la solución prevista para los casos de exhibición documental del art.329.1 LEC y del art.261. 1º y 4º LEC, en sede de diligencias preliminares.

Esta solución, sin embargo, podría no ser la adecuada para reaccionar frente a ciertos casos de negativa injustificada. No lo es, obviamente, cuando la petición de exhibición se formula frente a terceros. Y tal vez tampoco lo sea en algunos casos en los que la exhibición se reclama del propio adversario procesal, actual o potencial. En los números 2º (exhibición de títulos y documentos), 3º (exhibición de cosa) y 5º (exhibición de datos sobre integrantes del grupo o documentos para acreditar los hechos o los autores de la infracción en materia de propiedad intelectual o industrial) del art.261 LEC, la ley prevé la posibilidad de adoptar las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro, para acceder físicamente al objeto de la exhibición, sin acudir al expediente de dar por ciertos los hechos o invertir la carga de la prueba respecto de las afirmaciones del solicitante respecto del contenido de los documentos, características del objeto etc.

Evidentemente, el derecho de los justiciables a acceder a los medios de prueba y el correlativo deber del legislador y de los tribunales de incorporar los resortes procesales necesarios para reaccionar frente a la negativa injustificada a exhibir o colaborar, ha de condicionarse a la concurrencia de ciertos requisitos, que a mi juicio deberían ser, como mínimo, los siguientes:

La acreditación *prima facie*, por parte del solicitante de la exhibición, de que la pretensión que ejercita o se propone ejercitar próximamente presenta visos razonables de prosperar, es decir, un *fumus boni iuris* referido al éxito de la pretensión procesal.

La acreditación de que los elementos de prueba cuya exhibición se solicitan están en poder del requerido. Cuando la exhibición se solicitase

frente a terceros, bastaría que una acreditación *prima facie*, pero tratándose de requerir al adversario procesal, creo que la prueba habría de ser mucho más concluyente. En este segundo caso, en efecto, el grado de acreditación no puede ser inferior al de la plena convicción del juzgador (que puede alcanzarse también mediante presunciones), ya que declarar el carácter injustificado de la negativa a exhibir equivale prácticamente a propiciar la derrota procesal del adversario, en virtud de la correspondiente inversión de la carga de la prueba o de la fijación de los hechos tal como aparecen en la versión o copia del documento aportada por el solicitante de la exhibición o, en todo caso, según las afirmaciones de dicho solicitante.

La solicitud debe someterse, asimismo, a un juicio de proporcionalidad, que supone ponderar el valor y utilidad del aseguramiento pretendido en relación con la afectación que la diligencia de exhibición puede producir respecto de los derechos de la persona requerida o de terceros, así como respecto del coste económico que puede suponer atender al requerimiento o compeler a su cumplimiento.

VII. LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL NORTEAMERICANO: LA FORMACIÓN SUCESIVA DE LA PRETENSIÓN Y LA FASE DE *DISCOVERY*.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: FASE DE ALEGACIONES FLEXIBLE Y FORMACIÓN SUCESIVA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL COMO PRESUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN LA FASE DE *DISCOVERY*.

No se pueden analizar los aspectos esenciales de la actividad de investigación en el proceso civil federal de los EEUU, que tiene lugar en la así llamada fase de *discovery*, sin hacer previamente referencia a la fase de alegaciones o al modo en que se concreta la pretensión en dicho sistema procesal. Abrir la posibilidad de investigar entraña descubrir o hallar nuevos hechos, lo que implica que el objeto procesal no puede quedar fijado -al menos tendencialmente y en línea de principio- en momentos preclusivos

rígidos.

En efecto, tanto el español como el resto de los ordenamientos procesales del continente europeo tienden a exigir de los litigantes una determinación inicial lo más precisa posible de sus pretensiones, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el jurídico. Aunque suelen prever mecanismos de flexibilización, acostumbran a imponer al actor la carga de introducir en su escrito inicial de demanda los hechos esenciales para identificar la pretensión, carga cuya ausencia de levantamiento suele acarrear la pérdida o preclusión de la oportunidad para alegar posteriormente tales hechos. La misma carga rige asimismo para el demandado por lo que se refiere a los hechos que fundan las excepciones o, en general, las defensas que pretende oponer a la demanda. En contraste con este modo de proceder, los impulsores de las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante FRCP) pretendieron imprimir una filosofía bien diversa en el proceso civil federal, configurando la carga alegatoria inicial de los litigantes (concretada en sus escritos de alegaciones o *pleadings*³⁰) en términos poco menos que minimalistas y permitiéndoles completar o integrar la base fáctica de sus pretensiones a lo largo del proceso. Seguidamente comprobaremos hasta qué punto se han hecho realidad estos designios del legislador federal³¹.

La Regla 8 FRCP señala en la actualidad que el escrito de demanda debe contener una breve y sencilla exposición (*short and plain statement*) de la pretensión mostrando que el actor tiene derecho a la tutela solicitada³². La admisión de la demanda, pues, no precisaría una concreción de los hechos identificando una concreta acción, sino una afirmación de los hechos que resultan esenciales para poner al adversario al corriente de las pretensiones. La pretensión se iría completando o integrando de manera sucesiva a lo largo de los diferentes estadios procesales.

El carácter flexible, centrado en lo esencial, que se exige a las

30 . Los *pleadings* son fundamentalmente la demanda (*complaint*) y la contestación a la demanda (*reply*).

31 . Una magnífica exposición sobre los problemas que suscita el régimen de los *pleadings* en las FRCP y su evolución jurisprudencial puede encontrarse, en lengua castellana, en DALLA BONTÀ, Silvana, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense*, Revista General de Derecho Procesal 28 (2012).

32 . Regla 8. *General Rules of Pleading. (a) Claim for Relief. A pleading that states a claim for relief must contain: (...) (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.*

alegaciones, singularmente a las formuladas en la demanda, presenta una estrecha relación con la mayor y más original innovación de las FRCP: la institución del *discovery*. Como veremos más adelante, se trata de una fase procesal no sólo orientada a permitir a las partes conocer los medios de prueba de que dispone el adversario y a obtener de éste o de terceros los que precisen para hacer prosperar su pretensión, sino también a completar la base fáctica de ésta. Lo que significa que las partes pueden incorporar hechos relevantes y decisivos para fundar sus pretensiones con posterioridad a la formulación de sus alegaciones iniciales en la demanda (*complaint*) o en la contestación (*reply*). De ahí que se haya afirmado que las dos características más definitorias del proceso civil de las FRCP son una fase de alegaciones laxa y una fase de *discovery* amplia (*lax pleading and broad discovery*)³³. Es al concluir dicha fase de *discovery* cuando el juez debe citar a las partes a una comparecencia final previa al juicio (*Final Pretrial Conference*), prevista en la Regla 16 (e) FRCP y dirigida a planificar el desarrollo de dicha fase procesal. Al concluir esta audiencia, se dicta una resolución (*Final Pretrial Conference Order*), en la que, fundamentalmente, deben concretarse con detalle las alegaciones de las partes y los medios de prueba de los que aquellas pretenden hacerse valer.

2. HACIA UNA FASE DE ALEGACIONES RÍGIDA *MORE EUROPEO*: LA INVOLUCIÓN DEL SISTEMA FLEXIBLE DE ALEGACIONES POR OBRA DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE.

Pese al inequívoco objetivo inicialmente perseguido por los redactores de las FRCP, su Regla 8, ha sido en los últimos años objeto de una profunda reinterpretación por parte de la Corte Suprema, precisamente en el sentido contrario a su espíritu inicial, es decir, en el sentido de configurar una fase de alegaciones más rígida o formalizada. De hecho, algunas leyes sectoriales ya habían impuesto un mayor rigor formal a los escritos iniciales de alegaciones³⁴.

33 . Cfr. MARCUS, R., *Bomb Throwing, Democratic Theory, and Basic Values - a New Path to Procedural Harmonization?* *Northwestern University Law Review* (107 Nw. U.L. Rev. 475), 2013, p.480.

34 . Es el caso de la legislación relativa a los litigios relativa a la negociación de títulos valores *Private Securities Litigation Act* de 1995 (15 U.S.C. 78u-4(b)).

El asunto *Dioguardi v Durning*³⁵, redactada en 1944 por el mismo Juez Charles Clark, principal impulsor de las FRCP, es un magnífico exponente del espíritu que animó originariamente la Regla 8 FRCP. En el supuesto de hecho, un emigrante italiano dirigió una reclamación de daños contra un inspector de aduanas de Nueva York que había ordenado el secuestro de un cargamento de bebidas del que era consignatario y las hizo vender posteriormente en subasta pública impidiendo injustamente que fuesen adquiridas por el Sr. Dioguardi, quien se encargó personalmente, prescindiendo de los servicios de un letrado, de redactar la demanda en un imperfecto inglés cargado de imprecisiones. El tribunal de instancia archivó el asunto por considerar insuficientes las alegaciones del actor para identificar precisamente la acción (*cause of action*) ejercitada, a lo que la Corte de Apelación replicó que bajo el régimen de las FRCP no existía disposición alguna que impusiese dicha carga. Por torpemente (*inartistically*) que el actor se expresase, resultaba suficientemente claro que pretendía demandar al inspector por haberse deshecho injustamente de su mercancía y haberle causado así un quebranto económico. Con tan compendiosa afirmación, quedaba sobradamente superado el listón de concreción exigido por la Regla 8 FRCP.

Algunos años después del caso *Dioguardi v Durning* ahora referido, fue la propia Corte Suprema quien tuvo ocasión de refrendar dicha doctrina. Se trata del asunto *Conley v. Gibons*³⁶, en el que unos trabajadores negros demandaban a sus representantes sindicales por haberlos discriminado al no haber defendido sus intereses laborales como sí habían hecho con otros trabajadores blancos. La demanda fue archivada por considerar el tribunal de instancia que no se identificaban con suficiente concreción los hechos en que se fundaba la pretendida conducta discriminatoria. La Corte Suprema consideró que la descripción del episodio discriminatorio realizada por los demandantes resultaba suficiente para cubrir los poco exigentes requerimientos de concreción impuestos por la Regla 8 FRCP y que los hechos adicionales que fuese preciso introducir para hacer prosperar la acción podían ser averiguados tras la correspondiente fase de *discovery* y alegados posteriormente.

A partir de 2007, con la sentencia recaída en el asunto *Bell Atlantic*

35 . 139 F.2d 774, 1944 U.S. App. 4124.

36 . 335 U.S. 41 (1957).

*Corporation v. Twombly*³⁷, sin embargo, la Corte Suprema parece iniciar un auténtico giro en su doctrina. El supuesto de hecho del caso es muy complejo, pero en síntesis se trata de una *class action* o acción colectiva, fundada en la ley federal antitrust y dirigida contra una serie de empresas de telefonía a las que se recriminaba haber concluido acuerdos para evitar la competencia entre ellas impidiendo así la reducción de precios bloqueando la entrada de nuevos actores en el mercado. Para que prospere una acción de este tipo no sólo se requiere constatar el mantenimiento inalterado de los precios, sino también acreditar que dicho mantenimiento es debido al acuerdo o conspiración entre los demandados. Los actores no podían identificar los concretos pactos, reuniones etc. realizados por los demandados y se limitaban a afirmar su existencia. Según la Corte Suprema, para evitar el archivo era preciso llevar sus pretensiones más allá de la línea de lo concebible para situarlas en el terreno de lo plausible³⁸. Afirmación que ha causado general sorpresa por suponer un claro distanciamiento respecto de la línea jurisprudencial mantenida hasta el momento, introduciendo un elemento, el de la “plausibilidad”, completamente extraño a la dicción literal de la Regla 8 FRCP. Por otra parte, archivando la causa en un momento procesal tan temprano se impedía a los demandantes acudir a los enérgicos mecanismos que proporciona el *discovery* para tratar de averiguar los hechos en que habían de sustentarse sus pretensiones.

En el caso *Ashcroft v. Iqbal*, de 2009, la Corte Suprema resolvió de un modo muy semejante y con argumentos en parte similares³⁹. En este caso se trataba de un ciudadano pakistaní que demandaba a dos oficiales del FBI del más alto rango atribuyéndoles responsabilidad por los tratos discriminatoriamente sufridos en razón de su religión con ocasión de su detención, injusta privación de libertad y posterior sometimiento a graves vejaciones, malos tratos y torturas con ocasión de las investigaciones desencadenadas a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Como en el asunto *Twombly* ahora expuesto, una dividida Corte Suprema (5 jueces a favor y 4 en contra) resolvió que la causa se había archivado correctamente por parte del juez de distrito. Los actores se habrían limitado a fundamentar su demanda citando de modo formulario los elementos constitutivos de la acción de responsabilidad contemplados por la ley

37 . 550 U.S. 544 (2007).

38 . *Because the plaintiffs hier have not nudged their claims across the line from conceivable to plausible, their complaint must be dismissed.*

39 . 556 U. S. ____ (2009)

(que los demandados aprobaban y acordaron voluntaria y maliciosamente la conducta de quienes maltrataron y privaron de libertad al demandante etc.). De este modo, no habrían hecho otra cosa que exteriorizar meras conclusiones legales que, como tales, a diferencia de las afirmaciones sobre hechos, no serían susceptibles de ser tenidas por ciertas, al no poder sostener los elementos del supuesto de hecho que la ley exige para tener a los demandados como incurso en responsabilidad, de tal modo que procedería acceder a la petición de los demandados instando el archivo del caso por no haber sido capaz el actor de afirmar hechos que, según la ley, merezcan la tutela invocada (Regla 12 (b) (6) y 12 (c) FRCP⁴⁰).

Nuevamente, no se alcanza a entender con claridad la razón que mueve a la Corte Suprema a impedir a los actores el acceso al *discovery* para esclarecer suficientemente los hechos. O expresado de otro modo: ¿cómo podría el actor, si no es a través del *discovery*, interrogar a testigos, obtener documentos etc. que le permitiesen acreditar la implicación de los demandados en los hechos por los que les exige responsabilidad? Es posible que uno de los motivos que de modo latente movieron al tribunal a decidir de este modo fuese el propósito de evitar que las autoridades federales fuesen injustamente acosadas o vejadas mediante las múltiples posibilidades de abuso a que puede dar lugar el *discovery*. En todo caso, sin el *discovery* no hay modo de corregir la asimetría informativa en que se encuentran los litigantes corrientes frente a las grandes corporaciones privadas o poderes públicos⁴¹, dotados de medios y oportunidades para mantener sus actuaciones tras una cortina completamente opaca para quienes pretenden hacer valer sus derechos contra ellas en un proceso civil.

A juicio de muchos, los pronunciamientos en *Twombly* y *Iqbal* son, en cualquier caso, desconcertantes si se miran las cosas a la luz de la jurisprudencia precedente y de lo que parecía ser el espíritu inicial de las FRCP⁴². Tal vez una de las razones que pueden explicar el cambio de

40 . *A court considering a motion to dismiss may begin by identifying allegations that, because they are mere conclusions, are not entitled to the assumption of truth.*

41 . Véase al respecto DALLA BONTÀ, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense...cit.*, con cita de autores norteamericanos y de la doctrina italiana a este respecto.

42 . Véase, por ejemplo, SPENCER, *Plausibility Pleading*, 49 B.C.L. Rev.431, 431 (2008); o DODSON, *Pleading Standards After Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 93 Va. L. Rev. In Brief 135 (2007). No faltan tampoco autores que se muestran de acuerdo con la nueva dirección jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, de REDISH, que opina que la Corte Suprema ha ha-

orientación sea que la mayor parte de los jueces de la Corte Suprema sienten un cierto aunque inconfesado recelo o desfavor respecto de los grandes procesos colectivos y las causas incoadas para pedir responsabilidad por hechos discriminatorios⁴³.

Se ha sugerido que la evolución jurisprudencial ahora descrita representa una aproximación o convergencia con los ordenamientos procesales de la Europa continental (e incluso de la madre patria británica) que, como dijimos, exigen a los escritos alegatorios iniciales mayor detalle y rigor en la concreción de las pretensiones⁴⁴.

3. LA FASE DE *DISCOVERY* COMO MÁXIMA EXPRESIÓN DEL “EXCEPCIONALISMO” PROCESAL NORTEAMERICANO.

llado finalmente el equilibrio entre los intereses contrapuestos del actor para hacer prosperar pretensiones que precisan un cierto grado de investigación para aquilatar los hechos, y del demandado, a no sufrir una invasiva investigación en la fase de *discovery* si no se cumple el requisito de una cierta plausibilidad en las alegaciones del actor. Cfr. *Pleadings, Discovery and the Federal Rules: Exploring the Foundations of Modern Civil Procedure*, 64 Fla.L.Rev. 845 (2012), pp.850 y 856. B. BURBANK y Stephen N SUBRIN han llegado a calificar ambas sentencias como “ataque a la democracia” en cuatro sentidos: por conculcar el derecho de los ciudadanos a que un jurado conozca de sus causas; por impedir a los ciudadanos utilizar el proceso civil como instrumento de transformación social mediante la efectividad de los derechos civiles; porque deroga de hecho y sin la intervención del Congreso el sistema de *notice pleading* de las FRCP sustituyéndolo por un modelo rígido; y porque elimina del mismo modo la literalidad de la Regla 9 (b) FRCP que dispone que la “intencionalidad” o el “dolo”, como elementos constitutivos de la acción deben alegarse de modo general, es decir, sin necesidad de especificar los hechos en que se sustentan. Las acciones en materia de derecho antidiscriminatorio, por ejemplo, presuponen como elemento constitutivo la existencia de dolo o intencionalidad de deferir un trato injustificadamente inicuo. Es el actor quien debe probar, como mínimo *prima facie*, dicho elemento intencional. Con el rigor exigido a los *pleadings* en las sentencias que nos ocupan, muchas acciones de este tipo serán inadmitidas o archivadas desde el inicio, sin posibilidad de acceder a los mecanismos de investigación y averiguación del *discovery*. Cfr. *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, 46 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 399 (Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review), 2011 pp. 5 y ss.

43 . En este sentido, DALLA BONTÀ, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense...*cit. El mismo Juez Stevens, en su voto particular en el caso *Bell Atlantic v. Twombly* no duda en afirmar que la Corte Suprema está saliendo en socorro de las grandes corporaciones demandadas en acciones antitrust para protegerlas de un engorroso *discovery*. *The transparent policy concern that drives the decisión is the interest in protecting antitrust defendants—who in this case are some of the wealthiest corporations in our economy—from the burdens of pretrial discovery.*

44 . Véase al respecto, DALLA BONTÀ, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense...*cit.

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES Y FINALIDADES DE LA FASE DE *DISCOVERY*.

Si existe un aspecto genuinamente distintivo y diferenciador del proceso norteamericano respecto de los ordenamientos procesales de la Europa continental, dicho aspecto es, sin duda, la institución del *discovery*, que representa la máxima expresión del así llamado “excepcionalismo norteamericano” (*american exceptionalism*) en su versión procesal. Hasta tal punto se trata de una institución en cierto modo repugnante a la mentalidad procesal de la Europa continental, que es precisamente la peculiaridad del proceso norteamericano que mayores motivos de fricción ha provocado desde tiempos remotos entre Europa y los EEUU.

Se trata de una fase del procedimiento cuya finalidad primordial es la obtención de las pruebas que las partes no pueden procurarse por sí mismas, así como de tomar conocimiento de hechos relevantes para hacer prosperar sus pretensiones y eventualmente de las pruebas que resulten precisas para acreditar estos hechos. Ciertamente, en los ordenamientos procesales europeos también se prevén mecanismos enderezados a obtener pruebas obrantes en poder del adversario procesal o de terceros. Como veremos, sin embargo, el *discovery* proporciona a los litigantes medios mucho más enérgicos y efectivos que los que acostumbran a ofrecerles los ordenamientos procesales europeos para conseguir dichos fines.

Y, sobre todo: el *discovery* permite a las partes desarrollar una verdadera labor de investigación, es decir, no sólo “reclamar” al adversario o al tercero medios de prueba concretos cuya existencia les consta, sino también de desarrollar una verdadera investigación en su esfera privada con el fin de comprobar si existen pruebas o hechos –de momento desconocidos– que puedan contribuir al éxito de su pretensión. Se trata, en definitiva, de una institución en cierto modo semejante a la fase de instrucción penal pero insertada en un proceso civil, y, a diferencia de lo que sucede en materia criminal, conducida fundamentalmente por las partes y sólo subsidiariamente por el juez.

Hay que advertir que la institución del *discovery* no es ciertamente una invención norteamericana, sino que forma parte del patrimonio jurídico que la madre patria británica legó a sus colonias de Norteamérica. Sin embargo, la extensión y amplitud con que las FRCP configuraron el *discovery* en 1938 es tal que la actual versión norteamericana de dicho instituto se asemeja

muy poco a su homólogo tradicional del *common law*⁴⁵. Se puede afirmar que estamos ante un producto jurídico completamente original y novedoso, casi revolucionario. Adjetivos que en absoluto prejuzgan o suponen tomar partido respecto de la conveniencia, bondad o acierto de una institución que con tanto entusiasmo y esperanzas alumbraron los redactores de las FRCP y que ha sido acogida con no menos fervor por parte de los ordenamientos procesales de los Estados de la Unión, que suelen limitarse a reproducir la normativa federal en sus códigos procesales con pocas o nulas variaciones⁴⁶.

Haydock y Herr asignan hasta doce finalidades diferentes al *discovery*⁴⁷, entre las que cabe destacar algunas de las ya mencionadas y otras concomitantes con ellas, como la integración o complementación de los escritos iniciales de alegaciones (que, en principio, como vimos solo exigen dar al adversario una sucinta noticia de la pretensión o de las defensas); la consecución de medios de prueba e información en posesión del otro litigante o terceros e incluso de las percepciones de cada parte sobre los hechos controvertidos; y la de reequilibrar las asimetrías o desigualdades de las partes en relación con los medios y posibilidades de investigar los hechos.

A decir verdad, no cabe sino mostrar asombro ante la audacia y

45 . Véase en este sentido, FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, quienes explican que en el *Common Law* el *discovery* tenía como finalidad requerir al actor para que especificase algunos aspectos o detalles de la demanda. Para obtener del adversario más información o medios de prueba era preciso ejercitar una acción autónoma que pertenecía a la *equity*, en virtud de la cual podía requerirse a aquél para que produjese pruebas de las que el requirente pretendía hacerse valer en el juicio, pero no para que la parte requerida revelase las pruebas que se disponía a utilizar en su propio su favor. cfr. *Civil Procedure*...cit. § 7.1, p.380.

46 . Cfr. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, *Civil Procedure*...cit. § 7.1, p.380.

47 . HAYDOCK, Roger S./HERR, David F., *Discovery Practice*, 6ª edición, Wolters Kluwer, 2015, § 1.01, pp.1-3 y 1-4: (1) *Supplementation of pleadings (...)*; (2) *Early and thorough disclosure of reasonable information by all sides (...)*; (3) *Some equalization of the investigative resources of the parties, without allowing one side to take undue advantage of the other.* (4) *Limited exploration into the adversary's camp to discover its perceptions of the facts and case;* (5) *Documentation of testimony and preservation of documents. Discovery devices establish the knowledge or lack of knowledge of a witness or party and locate and identify electronic and tangible evidence for later use (...)*; (6) *Isolation of issues and determination of material and undisputed facts (...)*; (7) *Promotion of negotiated settlements (...)* (8) *Fostering of trial verdicts, judicial decisions, and arbitral awards based upon accurate presentations and informal arguments, not on surmise and surprise (...)*; (9) *Promotion of the use of predispute arbitration agreements and administrative hearings to save the excessive costs, fees, time, anxiety, and uncertainty of litigation (...)*; (10) *Provision of an economical method of resolving disputes (...)* (11) *Promotion of the use of ADR methods to resolve a dispute (...)*; (12) *Maintenance of reasonable perspective about its proper use (...)*.

espíritu innovador demostrados por los redactores de las FRCP de 1938 para introducir reformas de tan enorme calado, completamente originales y desconocidas en el resto del mundo, con independencia de la opinión que puedan merecer en cuanto a su acierto o conveniencia. Se trataba de romper con el proceso tradicional del *Common Law*, fuertemente dominado por la oralidad y que, precisamente por dicho motivo, dispensaba una ínfima protección frente a los giros inesperados en el curso del proceso y a las maniobras desplegadas por el adversario⁴⁸. Mediante el *discovery* las partes están obligadas a revelar prácticamente toda la información de que dispongan y pueda aprovechar al triunfo de la parte contraria y, con pocas limitaciones, a secundar las peticiones que la otra parte les dirija requiriéndole medios de prueba o información relevante.

Precisando aún más, no es sólo que cada parte deba proporcionar la información y los medios de prueba que su adversario le requiera para hacer triunfar su pretensión, sino que también debe poner en su conocimiento las pruebas que él, el litigante requerido, pretendía utilizar en su propio favor. En ocasiones, dicha información debe proporcionarse incluso sin necesidad de requerimiento. Y todo ello bajo la amenaza de severas sanciones, entre las que cabe destacar que las pruebas e información no reveladas o no comunicadas al adversario sean declaradas inadmisibles en el juicio, si la otra parte así lo solicita.

3.2. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD INVESTIGATIVA QUE CABE DESARROLLAR MEDIANTE EL *DISCOVERY*.

Para comprender la trascendencia de la institución procesal que nos ocupa, las críticas que a menudo recibe y su rechazo desde la cultura jurídica europea, es preciso dar brevemente cuenta de la amplitud y extensión que pueden alcanzar las actuaciones que la integran.

Para empezar, los deberes de proporcionar información o pruebas en el marco del *discovery* afectan tanto a las partes como a terceros, quienes, al igual que las partes, pueden ser requeridos (*to subpoena*) a testificar bajo juramento y a producir documentos bajo pena de incurrir en un delito de desobediencia (*contempt of the court*).

48 . Cfr. SUBRIN/MINOW/BRODIN/MAIN y LAHAV, *Civil Procedure, Doctrine, Practice and Context...* cit. pp.377 y ss.

En Europa, los deberes de suministrar al litigante contrario elementos probatorios o información se circunscriben, al menos hasta donde alcanza mi conocimiento, a la prueba documental (y, por cierto, no pocas veces con restricciones y obstáculos), mientras que en los EEUU, mediante el *discovery* cabría, por ejemplo, requerir al adversario a facilitar el nombre y los datos para identificar a personas que podrían testificar contra o a favor de la parte requirente, y todo ello, caso de no secundar el requerimiento, bajo la amenaza de incurrir en las contundentes sanciones y consecuencias que más tarde habrá ocasión de comentar.

Por otra parte, el *discovery* no se limita a los hechos relevantes para resolver las cuestiones controvertidas en el proceso, sino que puede utilizarse también en relación con hechos diferentes de aquellos en los que se funda la acción ejercitada por el actor o las excepciones opuestas por el demandado pero que puedan conducir a averiguar u obtener prueba sobre los hechos propiamente relevantes. En efecto, la Regla 26 (b) (1) FRCP dispone inicialmente que las partes pueden acudir al *discovery* para obtener información y prueba respecto de cualquier materia sobre la que no exista alguna exención de aportar prueba y que sea relevante en relación con la pretensión ejercitada o las excepciones planteadas (*any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense*). Pero posteriormente añade que, si existe causa justificada (*for good cause*), el juez puede extender el requerimiento de colaboración a cualquier materia relevante que presente relación con el proceso (*the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action*). La exigencia de autorización judicial en este segundo supuesto fue introducida mediante una reforma de 2000 con el objetivo de atajar peticiones excesivas, a veces formuladas con el exclusivo y fraudulento ánimo de hacerse con información sobre la que el adversario tenía derecho a mantener reserva (las así llamadas *fishing expeditions*). Al parecer, la práctica judicial apenas se ha visto alterada por esta reforma y los jueces norteamericanos continúan siendo reacios a declinar peticiones de información sobre hechos que guarden alguna relación con la materia sobre la que versa el proceso⁴⁹.

Por otra parte, según dispone la misma la Regla 26 (b) (1) FRCP, no es preciso que la información que se pretende obtener mediante el *discovery* resulte admisible como prueba en el juicio, sino que basta con que resulte razonablemente adecuada para obtener otras pruebas que sí lo sean (*relevant*

49 . En este sentido, FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure...*cit. § 7.1, pp.383 y 384.

information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence)⁵⁰.

Pero no es sólo que las partes estén obligadas a proporcionar información o elementos probatorios cuando son requeridas a tal efecto, sino que, como ya quedó apuntado, en ciertos casos dicha comunicación constituye un auténtico deber aunque no medie requerimiento previo. Se trata, en concreto, de los supuestos previstos en la Regla 26 (a) FRCP (*duty to disclosure*, a veces también denominado *mandatory discovery*), que fueron drásticamente reducidos en una reforma de 2002 pero que, en una modesta medida, aún subsisten. Por citar sólo los supuestos más importantes, el precepto impone el deber de comunicar espontáneamente a la otra parte el nombre y, si es conocida, la dirección y el teléfono de las personas que puedan proporcionar información relevante sobre el caso, y una copia de todos los documentos e información almacenada en soportes digitales u otros objetos tangibles que sean relevantes para clarificar los hechos controvertidos. Y el número (2) de la Regla 26 (a) FRCP, por su parte, dispone que cada litigante debe revelar a la otra el nombre de los peritos de los que pretende hacerse valer en el juicio, que, en algunos supuestos habrán de acompañar un informe que recoja sus conclusiones y que contenga ciertos datos.

Los ahora referidos son sólo los así llamados *initial disclosures*, es decir, los deberes de comunicación que deben cumplirse en un cierto plazo una vez iniciado el proceso. Existen, además, otros deberes del mismo tipo que gravan a las partes (los así llamados *pretrial disclosures*) y que éstas deben secundar en un cierto plazo antes del juicio, que se encuentran especificados en la Regla 26 (a) (3) FRCP y que se refieren, en general a los medios de prueba que las partes se proponen presentar en el juicio, especialmente en relación con la prueba testifical.

Y por si fuera poco todo lo expuesto hasta el momento, la letra (E) de

50 . FREER pone el siguiente ejemplo: en un proceso en el que se pide una indemnización por los daños causados en un accidente de tráfico puede ser relevante, a efectos de resolver sobre el elemento de la culpa, si hubo un brusco frenazo por parte de uno de los conductores. *W* podría testificar en el juicio que oyó un fuerte frenazo si ella misma lo hubiese presenciado. Si, en cambio, fue su novio quien estuvo presente en la escena de los hechos y quien se lo contó, el testimonio de *W* sería inadmisibile en el juicio porque en Derecho americano se prohíbe por lo general valorar las declaraciones de testigos de referencia (*Hearsay Prohibition*). En la fase de *discovery*, por el contrario, sí que cabría interrogar a *W*, ya que su declaración puede conducir a averiguar que su novio estuvo presente en la escena y obtener así su testimonio, que sería perfectamente admisible en el juicio. Cfr. *Civil Procedure...* cit. § 8.3, p.404.

la Regla 26 (a) (1) FRCP precisa que una parte no puede zafarse de revelar dicha información o de proporcionar aquellos objetos pretextando que no aún no ha estudiado suficientemente el asunto o que el otro litigante, por su parte, no ha cumplido con sus correlativos deberes de facilitar información o pruebas, o que lo ha hecho de modo insuficiente⁵¹.

Es preciso advertir a este respecto que, en los ordenamientos procesales europeos, la buena fe o la lealtad procesal exigible a los litigantes no llega hasta el punto de imponerles tales deberes, sino que se limita a constreñirlos a proporcionar información o documentos cuando sean requeridos a tal efecto⁵². En el caso del proceso civil norteamericano, como hemos visto, se impone un verdadero, aunque ciertamente limitado, deber de actuar espontáneamente. De modo muy gráfico, en ocasiones se dice, en este sentido, que las partes deben mostrar una actitud leal hacia el tribunal (*candor to the court*) que les lleve a comunicar a su adversario hechos y pruebas que sinceramente consideren favorecedoras de su pretensión. Ello no obstante, la reforma de las FRCP de 2000 referida anteriormente autoriza al juez, si lo considera oportuno en el caso concreto, para eximir a las partes de dicho deber (Regla 26 (a) (1) (A) FRCP al inicio). Y en los supuestos especificados en la Regla 26 (a) (1) (B) FRCP, dicho deber de revelación o comunicación espontánea (*disclosure*) está sencillamente excluido⁵³.

Para hacerse una idea de la intensidad y carácter intrusivo del *discovery*, resulta muy ilustrativa la evolución de la así llamada *Work-Product Doctrine*. Dicha doctrina trata de responder a la pregunta de hasta qué punto está

51 . (...) *A party is not excused from making its disclosures because it has not fully investigated the case or because it challenges the sufficiency of another party's disclosures or because another party has not made its disclosures.*

52 . Sobre estos aspectos y, en general, sobre la exhibición documental, véase, como obra de referencia en Derecho español, el trabajo de PUIGVERT, Silvia, *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Pamplona 2013. Sobre el concepto de buena fe procesal, véase PICÓ i JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Editorial JMBosch, 2ª edición, Barcelona 2012.

53 . Regla 26 (a) (1) (B) FRCP: *Proceedings Exempt from Initial Disclosure. The following proceedings are exempt from initial disclosure: (i) an action for review on an administrative record; (ii) a forfeiture action in rem arising from a federal statute; (iii) a petition for habeas corpus or any other proceeding to challenge a criminal conviction or sentence; (iv) an action brought without an attorney by a person in the custody of the United States, a state, or a state subdivision; (v) an action to enforce or quash an administrative summons or subpoena; (vi) an action by the United States to recover benefit payments; (vii) an action by the United States to collect on a student loan guaranteed by the United States; (viii) a proceeding ancillary to a proceeding in another court; and (ix) an action to enforce an arbitration award.*

obligado un abogado a revelar al adversario los materiales, notas, escritos y, en general, averiguaciones que haya realizado para preparar un litigio. Sintetizando lo complejo de un modo forzosamente genérico y dejando de lado matices importantes, está claro que los letrados no tienen el deber de revelar las informaciones confidenciales proporcionadas por su cliente en el marco de la relación profesional que los liga. Se trata del deber de exención de testificar conocido con el nombre de *Attorney-Client Privilege*. Dicha exención, sin embargo, no alcanza a los materiales que el abogado haya elaborado o reunido con vistas a la preparación del litigio, sino a las comunicaciones confidenciales con el cliente⁵⁴, de manera que se plantea el interrogante de si cabe exigir la revelación de estos materiales a través del *discovery*. La Corte Suprema se ocupó de la cuestión en el asunto *Hickman v. Taylor*⁵⁵.

Reduciendo a lo esencial el contenido de su pronunciamiento, el tribunal consideró que el *discovery* no incluye el deber de los abogados de revelar sus impresiones mentales o, en general, los materiales elaborados con vistas a un posible o actual litigio. Dicha idea se ha plasmado posteriormente en la Regla 26 (b) (3) FRCP, que exige a las partes del deber de proporcionar al adversario documentos u otros objetos tangibles elaborados con vistas a un eventual pleito por su abogado e incluso por su asegurador o por un asesor. Aunque no faltan excepciones a la regla, la exención del deber de proporcionar dichos materiales al adversario es de carácter absoluto cuando se trata de revelar impresiones mentales, conclusiones, opiniones o planteamientos jurídicos que el letrado plasmó por escrito en la preparación del litigio⁵⁶.

La exhibición de documentos y de información contenida en soportes electrónicos u otros objetos posee en la praxis del *discovery* una especialísima relevancia. Cada parte puede requerir a su adversario para que exhiba documentos, información en soporte electrónico u otros objetos sin necesidad de obtener una orden judicial que así lo ordene, si bien la parte que considere improcedente o abusiva dicha petición puede acudir al tribunal para que le exima del deber de entrega (Regla 34 (a) FRCP).

54 . Cfr. FREER, *Civil Procedure*...cit. § 8.3, p.414.

55 . 329 U.S. 495 (1947).

56 . Regla 26 (b) (3) (B): *Protection Against Disclosure. If the court orders discovery of those materials, it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party's attorney or other representative concerning the litigation.*

La petición de exhibir documentos o datos electrónicos no puede ser indiscriminada, lo que podría emplearse como táctica para estrangular económicamente a la parte requerida, que es quien debe costear inicialmente los gastos que implique dar cumplimiento a la petición. De ahí que la Regla 34 (b) FRCP exija a la parte que formula el requerimiento que especifique del modo más exacto posible el tipo o categoría de los documentos a que se refiere. Y, por su parte, la Regla 34 (b) (2) (E) (i) FRCP, referida al *discovery* en materia de información en soporte electrónico (el así llamado *e-discovery*), intenta evitar que la parte requerida ahogue a la requirente mediante una avalancha o amasijo desordenado de datos que dificulte el hallazgo de la información verdaderamente relevante, prescribiendo que la entrega se lleve a cabo en la misma forma en que los datos se conservan en la práctica habitual de la actividad de que se trate y se faciliten organizados y clasificados del modo especificado en el requerimiento⁵⁷.

El *discovery* en materia de información almacenada en formato electrónico resulta de especial trascendencia en la actualidad y plantea muy singulares problemas que las FRCP han tratado de solucionar especialmente mediante su reforma de 2006⁵⁸. No es este el momento de profundizar en las numerosas cuestiones abordadas en la reforma, pero cabe destacar que el legislador federal exige un examen de proporcionalidad para los supuestos en los que la obtención de la información exija unos dispendios considerables. Aunque las FRCP nada disponen de modo expreso, algunos tribunales han optado por imponer a la parte que solicita la información soportar al menos en parte los costes derivados de obtener la información⁵⁹. Además, las FRCP contienen disposiciones particulares relativas al formato en que debe proporcionarse la información requerida y una interesante regla referida a los supuestos en que la parte requerida alegue carecer de la información requerida por haber sido destruida o borrada de sus sistemas informáticos. Se trata, en concreto, de la Regla 37 (e) FRCP (a veces denominada *save harbor*), que exime de sanción al

57 . Regla 34 (b) (2) (E) (i) FRCP: *A party must produce documents as they are kept in the usual course of business or must organize and label them to correspond to the categories in the request.*

58 . Son diferentes las reglas afectadas por la reforma, pero la mayor parte de ellas se concentran en las reglas 34 y 45 (e) FRCP.

59 . Así lo prevé, por lo demás, el comité asesor (*Advisory Committee*) de la Conferencia Judicial en sus observaciones a la reforma de 2006. Cfr. SUBRIN/MINOW/BRODIN/MAIN y LAHAV, *Civil Procedure, Doctrine, Practice and Context...* cit. p.436; FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure...* cit. § 7.16, p. 425 y 426. Véase también FREER, quien comenta alguna jurisprudencia recaída en este sentido. Cfr. *Civil Procedure...* cit. § 8.3, pp.412 y 413.

litigante requerido cuando se ponga de manifiesto que la pérdida de datos se produjo como consecuencia de la gestión rutinaria y de buena fe de sus sistemas informáticos⁶⁰.

Pero en la fase de *discovery* las posibilidades de investigación no se limitan a descubrir y acceder a documentos, sino a todo tipo de informaciones y declaraciones del adversario. Cabe, por ejemplo, pedir a la otra parte declaración sobre hechos (*depositions*), declaraciones a las que la Regla 32 FRCP otorga fuerza probatoria. Ciertamente, en algunos casos dicho resultado podría alcanzarse también aplicando la Regla 801 (d) FRE⁶¹, que prevé ciertas excepciones a la así llamada *hearsay rule* (inadmisión como prueba de declaraciones o manifestaciones no prestadas directamente en el acto del juicio por parte de quien presencié los hechos)⁶², pero para los casos en que no resultase de aplicación dicho precepto, la referida Regla 32 FRCP constituye por sí misma una verdadera excepción a la regla general que prohíbe el referido *hearsay* y autoriza a admitir como prueba las declaraciones que las partes o terceros hubiesen realizado al contestar a las referidas *depositions* y también para tachar o poner en entredicho (*impeachment*) la credibilidad de un testigo que durante su declaración en el acto del juicio entrase en contradicción con lo que manifestó bajo juramento al responder a las preguntas. En todo caso, la validez del testimonio prestado durante el *discovery* no exime a la parte que lo hace valer de traer a juicio a dicho testigo. Sólo cabrá reconocer validez a las *depositions* si éste no comparece por razones no imputables al proponente.

3.3. LA PERSISTENCIA DEL *DISCOVERY* PESE A SUS INDISCUTIDOS INCONVENIENTES Y A SUS EVIDENTES POSIBILIDADES DE ABUSO.

Aunque el *discovery* en su actual configuración ha resistido poco menos que incólume tantos años de vigencia, las voces críticas que denuncian sus inconvenientes y los abusos a que puede y, de hecho, da lugar son también muy abundantes.

60 . Regla 37 (e) FRCP: (e) *Failure to Provide Electronically Stored Information. Absent exceptional circumstances, a court may not impose sanctions under these rules on a party for failing to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good-faith operation of an electronic information system.*

61 . *Federal Rules of Evidence*, texto normativo que regula el régimen de la prueba tanto para el proceso civil como para el proceso penal.

62 . Cfr. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure*...cit. § 7.18, p. 435.

Por una parte, la extensión del *discovery* puede resultar excesiva y desproporcional respecto de la importancia económica del asunto litigioso, dando a lugar a exorbitadas peticiones de aportación de documentos, de datos en soporte electrónico, a largos interrogatorios etc. Todo ello puede suponer unos costes también desproporcionados, que, por lo general, son inicialmente soportados por la parte a quien se requiere producir la información, aunque, como se vio en el caso de la información en soporte electrónico, los tribunales imponen en ocasiones a la parte requirente adelantar total o parcialmente los dispendios que la actuación en cuestión pueda ocasionar. De hecho, es bien conocido que el *discovery* ha sido utilizado en ocasiones como medio para forzar finales consensuados del proceso a base de hacerlo insosteniblemente gravoso para la parte que debía desembolsar inicialmente aquellos gastos. Por otra parte, como también se vio, el objeto del *discovery* es muy amplio y abarca tanto los hechos controvertidos que sustentan las pretensiones de las partes, como todos aquellos hechos que guarden cierta relevancia con la materia litigiosa y que puedan conducir a acreditar los hechos propiamente constitutivos o aquellos que fundan las excepciones. Esta circunstancia puede dar pie al planteamiento de un *discovery* excesivo, pues la tendencia de los jueces es la de interpretar el requisito de la relevancia en términos más bien laxos⁶³.

Las FRCP han tratado de atajar dichos abusos a través de reformas parciales, consistentes, por ejemplo, en poner límite al número y duración de los interrogatorios. El mayor rigor exigido a los escritos iniciales de alegaciones está, al menos en buena parte, también motivado por el designio de cortar de raíz excesivas y onerosas fases de *discovery*. En fin, la última versión de la Regla 26 (b) (1) FRCP, aprobada en 2015, ha reforzado el requisito de la proporcionalidad como requisito necesario para llevar a cabo cualquier actuación del *discovery* ofreciendo al juez un buen número de pautas para determinar dicha proporcionalidad en el caso concreto⁶⁴.

Las desapacibles y frecuentes críticas de que ha sido objeto hasta la

63 . Cfr. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure*...cit. § 7.2, p. 383 y 384.

64 . Rule 26 (b) (1) *Scope in General*. *Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.*

actualidad el *discovery*⁶⁵, si bien han desembocado en las referidas reformas parciales, a veces de considerable envergadura⁶⁶, no han conseguido crear a un estado de ánimo mayoritario propenso a propiciar un cambio sustancial de su actual configuración, que ya cuenta con 80 años de vida. La institución, en definitiva, ha conservado hasta la actualidad gran parte de los rasgos esenciales con que fue configurada en 1938. Parte de su reputación descansa en la convicción de que las posibilidades de investigación que abre el *discovery* resultan esenciales para que el proceso civil cumpla en Norteamérica su misión de transformación social prestando efectividad a los derechos civiles reconocidos por la constitución y la legislación federal. Sin una fase de investigación amplia, complementada con una fase de alegaciones laxa (*lax pleading and broad discovery*), sería imposible haber hecho prosperar importantes demandas que han desembocado en sentencias históricas y trascendentales para la protección de los derechos civiles, que no hubiesen visto la luz sin este instrumento de investigación de hechos y obtención de prueba.

Por lo demás, la estrecha relación entre el *discovery* y la defensa de los derechos civiles a través del proceso, está también en estrecha conexión con otro talismán de la cultura jurídica americana, a saber, el así llamado *private law enforcement*, es decir, la preferencia por encomendar a la iniciativa privada la promoción o efectividad práctica del Derecho, en vez de confiar dicho cometido a los poderes públicos, como sucede ordinariamente en Europa. Las palabras de Carrington son muy ilustrativas en el sentido ahora

65 . Véase al respecto, WRIGHT, C.A./KANE, M.K., *Law of Federal Courts*, West, St Paul (Minnesota), 7ª edición, 2011, § 81, pp. 577 y ss.

66 . Durante casi tres décadas el régimen del *discovery* apenas experimentó modificaciones respecto de su redacción originaria de 1938. En 1970, sin embargo, se llevó a cabo una reforma de gran amplitud con base en los estudios empíricos realizados por la Facultad de Derecho de la Columbia University. En 1980 se llevaron a cabo modificaciones de mucha menor envergadura, en las que se fijaban ciertos límites a los interrogatorios de las partes y de los testigos, se reforzaba el control judicial del *discovery* imponiendo una audiencia (*discovery conference*) en la que el juez y las partes han de planificar las actuaciones que deben llevarse a cabo etc. En 1983 volvieron a introducirse modificaciones nuevamente reforzando los poderes del juez para limitar la frecuencia y el uso de los instrumentos del *discovery*, prohibiendo las actuaciones reiterativas o indebidamente gravosas u onerosas, y facilitando el uso de sanciones contra la parte que abusase de las posibilidades instrumentos del *discovery*. En 1993 se introdujo el *mandatory discovery*, al que nos hemos referido en su momento y que implica un deber de suministrar pruebas e información al adversario sin necesidad de requerimiento. La reforma se granjeó la oposición mayoritaria de la abogacía y de la judicatura, pero finalmente salió adelante. En 2000 la reforma se centró en redefinir el alcance del *discovery* al mismo tiempo que, otra vez, trataba reforzar el poder del juez para adaptar el *discovery* a las necesidades del caso concreto. En fin, en 2006 la reforma se centró en regular el ya referido *electronic discovery*. Sobre la historia de las reformas, véase WRIGHT, C.A./KANE, M.K., *Law of Federal Courts*, West, St Paul (Minnesota), 7ª edición, 2011, § 81, pp. 578 y ss.

expuesto. Afirma dicho autor que el *discovery* es la alternativa americana al Estado administrativo y que cada día cientos de abogados americanos advierten a sus clientes que incurrir en ciertas ilegalidades supone el riesgo de quedar expuesto la actuación de a miles de abogados armados con el poder de dirigir requerimientos de averiguación que pueden conducir eficazmente al descubrimiento de los hechos. A menos que se confiaran nuevos poderes a las autoridades públicas –concluye el autor- restringir el *discovery* implicaría reducir los desincentivos para incurrir en un amplio espectro de conductas antijurídicas⁶⁷.

VIII. EL PROCESO CIVIL ALEMÁN COMO CONTRAPUNTO EUROPEO AL *DISCOVERY* AMERICANO.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Si en el proceso civil de los EEUU el litigante interesado en desarrollar una actividad de investigación goza de un dilatado margen de actuación, en el caso alemán sucede prácticamente lo contrario. Se trata de un rasgo característico de la mayor parte de ordenamientos procesales de la Europa continental, pero acentuado de un modo muy singular en el caso del proceso civil alemán⁶⁸. Se conocen, de hecho, fuertes encontronazos entre las autoridades alemanas y norteamericanas en esta materia⁶⁹ y no

67 .“We should keep clearly in mind that discovery is the American alternative to the administrative state (...). Every day, hundreds of American lawyers caution their clients that an unlawful course of conduct will be accompanied by serious risk of exposure at the hands of some hundreds of thousands of lawyers, each armed with a subpoena power by which misdeeds can be uncovered. Unless corresponding new powers are conferred on public officers, constricting discovery would diminish the disincentives for lawless behavior across a wide spectrum of forbidden conduct”. Cfr. CARRINGTON, P., *Renovating Discovery*, 49 Ala. L. Rev. 51, 54 (1997), citado por BURBANK/SUBRIN, cfr. *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial...* cit.p.407.

68 . Cfr. WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien –Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007, p.711, que cita a su vez cita a STADLER, A., *Inquisitio maxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform*, für Kostas Beys, Tomo. 2, pp.. 1632 y ss, Atenas, 2003.

69 . BORN, Gary B., *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3ª edición, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London 1996, p.849, refiere un incidente diplomático entre el gobierno alemán y el de los EEUU en 1874, a causa de la práctica de un interrogatorio que un agente consular norteamericano se proponía realizar a un ciudadano

es casualidad que Alemania formulase una terminante reserva al art.23 del Convenio de la Haya, de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, prohibiendo a sus tribunales secundar las peticiones ultramarinas de exhibición documental provenientes del *discovery*, y que haya hecho lo propio en su propia ley interna de desarrollo de dicho convenio⁷⁰. Y por si fuera poco, aunque no se trata de la posición mayoritaria, en Alemania hay quien defiende que la máxima *nemo tenetur edere contra se*, que en la mayoría de países se contrae al ámbito sancionatorio, resulta también aplicable, con carácter general, en el proceso civil⁷¹. En todo caso, y pese a la evolución que dicha situación está experimentando, la legislación y la jurisprudencia alemana son, como se verá, considerablemente restrictivas en lo que concierne a los mecanismos y posibilidades de que disponen las partes para obtener prueba en poder de la otra parte o terceros⁷².

2. LAS PRETENSIONES INFORMATIVAS DEL DERECHO SUSTANTIVO (*AUSKUNFTSANSPRÜCHE*) COMO MEDIO TRADICIONAL PARA CANALIZAR LAS PETICIONES DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.

Para empezar, hasta el año 2002 el Derecho alemán configuraba en términos fuertemente restrictivos el deber de atender a los requerimientos de exhibición o entrega documental formulados por el adversario procesal o por terceros (*Aufklärungspflicht*). Hasta ese momento, en efecto, lo relativo a la exhibición sólo estaba regulado por los parágrafos 420 a 432 ZPO, ambos en sede de prueba documental, que establecen dicho deber, por lo

alemán en territorio alemán.

70 . El § 14.1 de dicha ley (Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen) dispone lapidariamente que no serán atendidas las peticiones de auxilio judicial que tengan por objeto un procedimiento del art.23 del Convenio de la Haya (*Rechtshilfeersuchen, die ein Verfahren nach Artikel 23 des Übereinkommens zum Gegenstand haben, werden nicht erledigt*).

71 . En esta dirección, entre otros, LEIPOLD, comentario al § 138 ZPO, marginal 13, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22ª edición, Editorial Beck, Múnich 2013.

72 . Un interesante panorama general acompañado de un estudio comparativo con el Derecho inglés puede encontrarse en SCHERPE, Julia Caroline, *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*, *RabelsZ* 80 (2016), pp.888-925.

que se refiere al adversario procesal, en los siguientes casos⁷³:

Si dicho adversario en sus alegaciones o prueba se ha referido al documento cuya exhibición se requiere⁷⁴ o,

Cuando el Derecho sustantivo reconozca una pretensión informativa o derecho a acceder a cierta información (*Auskunftsanspruch*) referida a relaciones jurídicas concretas. Así sucede en diferentes preceptos del Código Civil alemán (BGB)⁷⁵. Es importante no confundir estas pretensiones o acciones dirigidas a recabar información con las diligencias preliminares españolas. No sólo porque éstas últimas estén reguladas en la ley procesal mientras las que las ahora referidas *Auskunftsansprüche* lo están en el Código Civil (BGB), sino porque, en coherencia con dicha posición sistemática, las pretensiones informativas alemanas no tienen como finalidad legal la preparación del juicio, aunque, de hecho, sirvan para acopiar prueba. Estrictamente hablando, sin embargo, constituyen verdaderas pretensiones o acciones autónomas.

Estas acciones o pretensiones informativas ha sido también el instrumento escogido por el legislador para posibilitar peticiones de exhibición en muchos ámbitos particulares, especialmente para transponer directivas europeas, en múltiples ocasiones dándoles el calificativo de “acciones de exhibición y examen” (*Anspruch auf Vorlage und Besichtigung*)⁷⁶. Por poner un ejemplo muy significativo y actual, las peticiones de acceso a fuentes de prueba derivadas de la Directiva 2014/104/UE, sobre acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia han sido transpuestas al Derecho alemán precisamente mediante pretensiones informativas de este tipo⁷⁷.

73 . Al respecto, véase WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien – Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007, p.707.

74 . § 423 ZPO. *Vorlegungspflicht des Gegners bei Bezugnahme. Der Gegner ist auch zur Vorlegung der in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf die er im Prozess zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn es nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen ist.*

75 . Concretamente se trata de los §§ del BGB: 259 (rendición de cuentas), 402 (información sobre el crédito cedido que el cedente de un crédito debe suministrar al cedatario); y 666 y 675, que afectan al mandatario y al gestor de negocios ajenos); § 809 (inspección o exhibición de una cosa).

76 . Así, por ejemplo, el § 101 UrhG (Ley de propiedad intelectual); §§ 140 y 140d PatG (Ley de Patentes); §§ 19 MarkenG (Ley de Marcas); §§ 46 y 46 a y 46 b DesignG (Ley sobre protección jurídica del diseño).

77 . § 33 g GWB (ley contra las restricciones a la competencia), rubricado *Anspruch auf Heraus-*

El § 810 BGB, por su parte, a diferencia de los anteriores, es de aplicación general, no restringido a relaciones jurídicas determinadas. Según la interpretación generalmente compartida⁷⁸, éste precepto sólo reconoce el derecho a tomar conocimiento de los documentos en manos del adversario cuando éstos se hubiesen confeccionado con vistas a suministrar prueba a favor del solicitante de la información o, en general, en su interés⁷⁹.

Por lo que se refiere a los terceros, según el § 429 ZPO, solo pueden ser requeridos a exhibir documentos demandándolos (*im wege der Klage*) para reclamarles dicha información, en los casos en los que así esté previsto en la legislación sustantiva a los que acabo de referirme⁸⁰.

3. EL DEBER DE EXHIBICIÓN DEL § 142 ZPO (*AUFKLÄRUNGSPFLICHT*): LA CARGA DEL ACTOR DE APORTAR UN RELATO DE HECHOS CONCLUYENTE (*SCHLÜSSIGER VORTRAG*) Y DE INDIVIDUALIZAR SUFICIENTEMENTE LA PETICIÓN.

El § 142 ZPO, situado extramuros del régimen sobre la prueba documental, vino en 2002 a modificar dicha situación, estableciendo que *el tribunal puede ordenar a una parte o tercero que exhiba documentos u otros objetos a los que alguna de las partes haya hecho referencia*, deber del que sólo puede zafarse quien se halle en alguna de las situaciones previstas por la ley procesal civil en las que cabe negarse a testificar (*Zeugnisverweigerungsrechte*) o, por alguna otra razón, no le resulte exigible (*zumutbar*) acceder a la exhibición⁸¹.

gabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (Acción para obtener la exhibición de medios información y medios de prueba).

78 . Cfr. WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.707.

79 . § 810 BGB. *Einsicht in Urkunden. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.*

80 . § 429 ZPO. *Vorlegungspflicht Dritter. Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genötigt werden.*

81 . El § 142 ZPO. *Anordnung der Urkundenvorlegung. (1) Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Das Gericht kann hierfür eine Frist setzen sowie anordnen, dass die vorgelegten Unterlagen während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Geschäftsstelle verbleiben. (2) Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 berechtigt sind. Die §§ 386 bis 390 gelten entsprechend (...).*

El precepto, sin embargo, lejos de clarificar el panorama ha desencadenado una gran disparidad de opiniones doctrinales y una jurisprudencia de la que difícilmente cabe extraer pautas razonablemente seguras. El telón de fondo que preside todo el panorama es una clara aversión o rechazo del *discovery* norteamericano, a veces de modo latente y no pocas veces en forma explícita.

En todo caso, parece que doctrina y jurisprudencia muestran cierto acuerdo en que el actor no puede desarrollar una actividad propiamente investigadora, es decir, no puede llevar a cabo una actividad de descubrimiento de hechos, sino sólo de elementos de que sirvan a la finalidad de probar tales hechos. Se trataría, en definitiva, de obtener fuentes de prueba. El requisito esencial para lograrlo sería aportar un relato fáctico coherente (*schlüssiger Vortrag*) del que pudiese deducirse la necesidad de acceder a un documento para acreditar dicho relato. Un importante caso recogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán servirá para comprender la posición del alto tribunal⁸²:

Se trata de una acción colectiva (*Musterklage*) promovida por varios accionistas de la compañía DaimlerChrysler. El caso comienza en 2005, cuando Jürgen Erich Schrempp, entonces director ejecutivo de Daimler AG, anuncia su renuncia al cargo. Dicho anuncio llegaba demasiado tarde a juicio de los accionistas demandantes, que ya habían vendido sus acciones de DaimlerChrysler poco antes de dicho anuncio y habían visto, indignados, cómo, tras el mismo, las acciones de la compañía habían incrementado considerablemente su valor, a causa de las buenas expectativas que suscitaba la renuncia de Schrempp, cuya gestión venía siendo duramente criticada en los últimos tiempos. Los accionistas alegaban que Schrempp ya había hablado el 17 de mayo de 2005 con el entonces presidente de la Junta de Supervisión de Daimler, Hilmar Kopper, sobre su plan de retirarse. Daimler anunció finalmente la renuncia, pero no fue hasta el 28 de julio de 2005, luego de que el Consejo de Supervisión (*Aufsichtsrat*) de la compañía aceptase la renuncia la noche anterior.

Después del anuncio, el precio de las acciones había aumentado hasta en un 10%. Muchos accionistas se sintieron engañados: no habrían vendido sus acciones si el grupo les hubiera informado antes sobre una

82 . Pueden encontrarse comentarios sobre el mismo en ZEKOLL, J./HAAS G.A., *Ausweitung ohne Ausforschung – zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*. JuristenZeitung (JZ) 23/2017, p. 1142.

posible renuncia de Schrempp, y por lo tanto dirigieron contra la compañía la correspondiente acción indemnizatoria.

Para acreditar que los planes de renuncia se habían gestado desde mucho tiempo atrás y que, consecuentemente, la compañía había privado a los accionistas de una información relevante y exigible, los actores solicitaron la exhibición de las actas de la reunión del Consejo de Supervisión en la que se accedió a la renuncia. En dicha reunión, sus 20 miembros habrían resuelto en unos escasos 30 minutos sobre la renuncia e incluso sobre el régimen transitorio conforme al que había de regirse la compañía hasta la designación de un nuevo director. Todo ello, según los actores, serviría para acreditar que la compañía retuvo desde mucho tiempo atrás la vital información que se debió suministrar a los accionistas para que pudiesen optar por vender sus acciones tras la renuncia.

La solicitud de exhibición fue denegada en la instancia y confirmada por el Tribunal Supremo alemán, razonando que el actor no había aportado un relato de hechos concluyente (el ya referido *schlüssiger Vortrag*) del que cupiese deducir que la decisión de aprobar la renuncia –ciertamente en un tiempo record- ya hubiese sido consensuada previamente, antes de celebrar la referida reunión del Consejo de Supervisión⁸³. Si dicha carga alegatoria hubiese sido satisfecha, parece que hubiese cabido acceder a la petición de exhibición. En definitiva, según el tribunal, lo que el actor había pretendido era una auténtica investigación en la esfera de la demandada, es decir, conocer hechos para llenar el relato fáctico necesario para satisfacer la carga alegatoria del actor. El tribunal utiliza la expresión *unzulässige Ausforschung* (“investigación ilícita”) para referirse a la petición de exhibición formulada por los accionistas, expresión que comúnmente se

83 . BGH, 25.02.2008 - II ZB 9/07. FJ 30, ff. *In diesem Zusammenhang ist es rechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht der Musterbeklagten nicht aufgegeben hat, die Protokolle jener Aufsichtsratsitzung vorzulegen. Insoweit liegt - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - kein Verstoß gegen die §§ 142, 286 ZPO vor. Denn in der Tat liefe der entsprechende Antrag des Musterklägers auf eine unzulässige Ausforschung hinaus, da dieser keinen schlüssigen Vortrag dazu gehalten hat, dass bereits vor der maßgeblichen Aufsichtsratsitzung jedenfalls die erforderliche Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder eingeweiht und einverstanden gewesen sei. Eine solche unzulässige Ausforschung nimmt das Oberlandesgericht auch nicht „ohne Grundlage im Aktenstoff“ an. Der Musterkläger hat ausweislich der tatsächlichen Feststellungen im Musterentscheid gerade nicht vorgetragen, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats am 28. Juli 2005 schon zuvor abgestimmt worden sei und dass nur dadurch die Entscheidung des 20-köpfigen Aufsichtsrats innerhalb eines Zeitraums von max. 30 Minuten habe herbeigeführt werden können. Er hat vielmehr die Vorlage verlangt, weil „dann vielleicht nachvollziehbar werden (könnte), wie in dem Zeitfenster von 9.20 Uhr bis 9.50 Uhr ... ein 20-köpfiger Aufsichtsrat über die von der Beklagten als gesamthafte Nachfolgeregelung bezeichneten Personalentscheidungen beraten sowie abstimmen konnte“.*

utiliza en la literatura jurídica alemana para exorcizar cualquier movimiento que evoque siquiera remotamente la asunción de prácticas similares al *discovery* norteamericano.

La cuestión clave es, en todo caso, determinar hasta qué punto debe poder deducirse de las alegaciones del actor la existencia del derecho en que funda su pretensión. En materia de propiedad industrial e intelectual (por ejemplo para permitir el acceso al equipo informático del demandado) la jurisprudencia se conforma con que las alegaciones del actor permitan apreciar un “cierto grado de probabilidad” (*gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit*), estándar que no resultaría de aplicación al proceso civil con carácter general, donde se exige un alto grado de probabilidad⁸⁴. Se pretende, en definitiva, que el actor no realice búsquedas “a voleo” (*ins Blaue hinein, aufs Geratewohl*). Un importante sector de la doctrina viene reclamando que el estándar aplicable al caso de aquellas propiedades inmateriales se traslade, con carácter general, al proceso civil y se reduzca a un examen de plausibilidad⁸⁵.

Sobre al grado de concreción que la petición de exhibición debe satisfacer, tampoco existe una opinión consolidada. Algunos autores son partidarios de exigir una individualización de la documentación solicitada en términos muy estrictos, mientras que otros se conforman con grado menor de concreción, siempre y cuando se haya conseguido aportar un relato de hechos concluyente⁸⁶.

4. LA DENOMINADA CARGA ALEGATORIA SOBREVENIDA (*SEKUNDÄRE BEHAUPTUNGSLAST*) COMO MECANISMO PARA REMEDIAR EL DESCONOCIMIENTO DEL ACTOR EN RELACIÓN CON LOS HECHOS NECESARIOS PARA FUNDAR SU PRETENSIÓN.

84 . Se utilizan al respecto expresiones como *Erhöhte Wahrscheinlichkeit* o *eine Begründete Annahme*. Véase al respecto, ZEKOLL/HAAS, *Ausweitung ohne Ausforschung...*cit.p.1143.

85 . Así, recientemente, ZEKOLL/HAAS, *Ausweitung ohne Ausforschung...*cit.p.1146; y también WAGNER, cfr. *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.714.

86 . Por ejemplo, WAGNER refiere un caso resuelto por un tribunal berlinés en el que el demandado reconviniente solicitó la exhibición de un documento en poder de la administración concursal relativo a las mejoras realizadas por el arrendador en un inmueble con base en el que pretendía acreditar un crédito compensable. La única concreción que ofreció al respecto es que el documento se encontraba en una carpeta con la etiqueta “edificio de oficinas”. Cfr. WAGNER, *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.712. Según LEIPOLD, D., la petición debería haber sido rechazada por que el documento no se individualizó conforme a su clase y contenido. Cfr. LEIPOLD D., *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, en *Festschrift für Gerhardt* (2004), pp.572 y ss.

A la vista de lo expuesto, la pregunta surge inmediatamente es la siguiente: si el actor desconoce ciertos hechos que resultan necesarios para satisfacer su carga de presentar un relato fáctico concluyente, y la insuficiencia de dicho relato le cierra el acceso a obtener la exhibición documental, ¿no queda el desdichado actor inexorablemente condenado a *lasciare ogni speranza* de conseguir el reconocimiento de su pretensión e irremediablemente abocado a desistir del proceso?

La doctrina y la jurisprudencia intentan salvar este obstáculo mediante una institución conocida como *sekundäre Behauptungslast* (también *sekundäre Darlegungslast*), que podría traducirse de modo casi literal al español como “la carga alegatoria secundaria o sobrevenida”. Consiste dicha institución en que el actor tiene la carga de alegar los hechos en que basa la demanda con la mayor concreción posible y si aún se escapan de su conocimiento algunos datos, debe al menos ofrecer una narración o relato aproximado (*pauschal*) del episodio vital en que funda su pretensión. Satisfecho este estándar, se trasladaría al demandado la carga de completar los hechos que faltan para integrar el relato fáctico del actor, siempre y cuando cupiese concluir que los conoce a causa de la proximidad o cercanía con los mismos. Si no levanta esta carga alegatoria sobrevenida, se expone a que quede fijada como cierta la versión global o aproximada el actor que ha ofrecido de los mismos mediante la admisión de hechos (§ 138.3 ZPO)⁸⁷.

Así pues, la referida carga sobrevenida nace cuando el actor es ajeno al ámbito o esfera de los hechos cuya carga alegatoria inicialmente le incumbe y carece, sin culpa suya, de ciertos datos o informaciones necesarias para construir su relato⁸⁸. Tal cosa podría suceder, por ejemplo, cuando el administrador de una sociedad ha sido demandado por utilizar los recursos de la sociedad de modo ilícito. El actor no puede conocer todos los detalles de la gestión del administrador⁸⁹. Su carga alegatoria llega hasta donde haya podido razonablemente averiguar los hechos. Una vez que ha satisfecho esta carga, es el demandado quien, por su proximidad con los hechos, queda gravado con la carga alegatoria sobrevenida de ofrecer detallada cuenta de su actuación.

87 . Véase al respecto, JAUERNIG, O., *Zivilprozeßrecht*, 24 edición, Múnich 1993, § 50. I, p.186.

88 . Cfr. LÜKE, W., *Zivilprozeßrecht*, 10ª edición, editorial Beck, Múnich 2011, §20, p.223.

89 . Ibidem op.cit.

5. CONCLUSIÓN.

Como se ha podido comprobar, el Derecho procesal alemán es fuertemente reacio a permitir el acceso de las partes a las fuentes de prueba en poder del otro litigante o de terceros y, en lo que se refiere a la posibilidad de descubrir hechos, la resistencia del legislador y de la jurisprudencia es prácticamente absoluta.

Ello no obstante, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia son, desde hace décadas, cada vez más favorable a ensanchar las facultades de las partes en orden a la obtención de fuentes de prueba, aunque sin llegar a la amplitud que caracteriza la regulación de esta materia en la fase de *discovery* del proceso civil estadounidense⁹⁰.

Para Wagner⁹¹, Zekoll y Haas⁹², la aprensión del mundo jurídico germánico por un posible deslizamiento de su práctica procesal hacia el abominable *discovery* norteamericano resulta, en muy buena medida, exagerada y carente de fundamento. Sería posible, a juicio de dichos autores, admitir las peticiones de exhibición documental con mayor generosidad que la actual y superar la restrictiva concepción tradicional en Alemania. Lo propio del *discovery* no sería, en realidad, el hecho de posibilitar amplias peticiones de exhibición, sino, más precisamente, la posibilidad de acceder a dichas peticiones de un modo más bien laxo o prácticamente exento de requisitos o condiciones, sin fundamento en la aportación de un riguroso relato fáctico ni en la necesidad de haber realizado un esfuerzo serio para acreditar cierto grado de plausibilidad en cuanto al sustento de la pretensión que se ejercita, amén de limitar severamente las causas que puede invocar la persona requerida para evitar secundar el requerimiento⁹³.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE

90 . Esta tendencia cobró especial empuje desde la obra de STÜRNER R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 44)*–Tübingen 1976 y ha sido continuada, entre otros, por los autores citados en estas páginas (WAGNER, ZEKOLL, HAAS y STADLER).

91 . Op.cit.p.719.

92 . Op.cit.pp.1145 y 1146.

93 . Sobre este aspecto, véase WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.715 y ss.

INSTITUIR UN CAUCE PROCESAL ÚNICO Y UNIFORME PARA CANALIZAR LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES DE PRUEBA.

1. LOS ASPECTOS PRECISADOS DE REFORMA EN EL RÉGIMEN ACTUAL DE LA LEC.

A la vista de las consideraciones realizadas en las líneas precedentes, me parece conveniente emprender una reforma de los instrumentos que el Derecho español ofrece a los justiciables para averiguar hechos y fuentes de prueba. A continuación, expongo cuáles habrían de ser, a mi juicio, las pautas que habría de seguir dicha reforma.

A mi juicio, tres son, en concreto, los puntos fundamentales en los habría de focalizarse la reforma de los instrumentos que ofrece el ordenamiento procesal civil para canalizar la actividad de investigación sobre hechos y fuentes de prueba.

El carácter fragmentario y restringido a materias concretas de los actuales instrumentos legales. Existe, en efecto, una férrea tasación de diligencias preliminares reservadas a materias específicas, fundamentalmente las relativas a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, amén de un puñado de diligencias diferentes muy específicas. Por lo que respecta al resto de cauces de investigación estudiados, el art.328.3 LEC está también únicamente referido a la propiedad industrial e intelectual, las diligencias de obtención de prueba de los arts.283 bis a LEC y ss. (Sección 1.^a bis) sólo están contempladas para los asuntos relativos al Derecho de la competencia. Y, en fin, el art.732.2. II LEC constituye un estrecho cauce concebido sólo para pretensiones de prohibición o cesación de actividades ilícitas y con la única finalidad de suministrar un principio de prueba para adoptar una medida cautelar, de suerte que la obtención de fuentes de prueba para el proceso principal resulta un efecto accidental, indirecto y en principio no previsto por el legislador. El expediente de jurisdicción voluntaria del art.112 LJV, por lo demás, está limitado a cuestiones contables y no es un mecanismo procesal propiamente dicho, aunque podría contribuir al descubrimiento de fuentes de prueba en un futuro proceso.

Parece muy razonable que el legislador se haya apresurado a dispensar a los procesos en materia de propiedad intelectual, propiedad industrial y Derecho de la competencia un tratamiento singular en cuanto a la averiguación de hechos y a la obtención de fuentes de prueba. En muchas

ocasiones, como singularmente en el caso del derecho de la competencia, ha sido la necesidad de adaptación a la legislación europea la que ha empujado al legislador español a introducir reformas. En cualquier caso, parece claro que dicho tratamiento puede ser preciso también para hacer prosperar pretensiones en muchos otros ámbitos, que son tan o más dignos de protección que aquellas trascendentales materias⁹⁴. A mi juicio, no hay razones objetivas que se opongan a la generalización de dichos medios de averiguación a cualquier tipo de pretensiones, siempre y cuando concurren ciertos presupuestos, a los que me he referido y volveré a aludir más adelante.

Por otra parte, la diversidad de cauces procesales para lograr la misma o similar finalidad. En efecto, como se ha visto, para averiguar hechos u obtener fuentes de prueba puede resultar preciso acudir al procedimiento previsto para las diligencias preliminares, el establecido para la adopción de las diligencias de los arts.283 bis a LEC y ss., al cauce del art.328.3 LEC o al del art.732.2. II LEC. ¿No sería más sensato y clarificador instituir un solo cauce procesal para todos los supuestos en los que se pretenda averiguar hechos y obtener fuentes de prueba, siempre, como es lógico, previendo ciertas especialidades, como, por ejemplo, las relativas al hecho de que las actuaciones de investigación se soliciten antes o después de interponer la demanda?

El establecimiento de un cauce general de averiguación de hechos y obtención de prueba podría comportar asimismo el enorme beneficio de simplificar la ley procesal civil, suprimiendo ciertas instituciones que pasarían a resultar superfluas. Concretamente, dejarían de tener sentido las veteranas diligencias preliminares y los preceptos relativos a la exhibición documental (arts. 327 y 328 y ss. LEC)⁹⁵.

Si no voy errado, las únicas diligencias preliminares que no tienen como finalidad última el acopio de fuentes de prueba, son (parcialmente) la del art.256.1. 1º LEC, cuando se refiere a la petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad o representación, cuyo

94 . En este sentido, también GASCÓN INCHAUSTI, *Aspectos procesales de las acciones de daños...*op.cit.p.141.

95 . En este sentido, véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil: entre autonomía y armonización*, editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2018, p. 134.

conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad o representación; y la del art.256.1.6º LEC, concebida para los procesos en que se pretenda la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. En estos supuestos, se trataría de averiguar datos relativos a presupuestos procesales, o, en todo caso, no se trataría de averiguar los hechos en que se fundan las pretensiones. Habría que encontrar, en consecuencia, otro lugar en la LEC para ubicar tan específica diligencia, que bien podría ser la Sección 1ª (*de la demanda y su objeto*) del Capítulo I, del Título II del Libro II.

Además, las únicas actuaciones de investigación que pueden solicitarse antes de aventurarse a interponer demanda son las diligencias preliminares y las nuevas diligencias de averiguación de fuentes de prueba de los arts.283 bis y ss. LEC en relación con las acciones de daños en materia de Derecho de la competencia (aparte del angosto y puntual caso del art.732.2. II LEC).

A mi juicio, sería preciso que las actuaciones de investigación pudiesen solicitarse tanto antes como después de interponer demanda. De hecho, el momento previo a la interposición de la demanda parece presentarse como el momento idóneo y generalmente más conveniente para quien busca la efectividad de sus derechos, pues, en función de las actuaciones llevadas a cabo podrá ponderar si puede interponer la demanda con éxito, mientras que haber de instar dichas actuaciones después de demandar entraña el riesgo de perder el proceso o, en todo caso, de haber de desistir del mismo, lo que no siempre estará exclusivamente en su mano (cfr. art.20.2 y 3 LEC). Y, en cualquier caso, procurar a los justiciables la información necesaria para evitar el inicio de un proceso civil condenado al fracaso parece un objetivo deseable y digno de ser fomentado.

2. LA NONATA PROPUESTA DE LEY DE LA SECCIÓN ESPECIAL PARA LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE PARA INTRODUCIR UN RÉGIMEN GENERAL EN MATERIA DE AVERIGUACIÓN DE FUENTES DE PRUEBA.

La Comisión General del Codificación se planteó en su día todas estas cuestiones y llegó a formular una propuesta en dicho sentido⁹⁶. No

96 . Propuesta de ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones

pretendo en estos momentos analizar con detalle y de modo sistemático los pormenores de la propuesta, que, en términos generales, me parece una valiosa aportación para la mejora de la legislación en la materia que nos ocupa. En las líneas que siguen me limitaré a destacar ciertos aspectos referidos a las cuestiones analizadas páginas atrás y que considero de especial trascendencia.

- Aprovechando la ocasión que le brindaba la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia, la Comisión de Codificación propuso introducir un régimen general, no restringido al Derecho de la competencia, en materia de acceso a las fuentes de prueba, que había de insertarse en un nueva Sección 1^a bis del capítulo V (Título I, Libro II) LEC, relativa al acceso a las fuentes de prueba. Como es conocido, el legislador ha introducido efectivamente dicha sección, pero limitándola a las acciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia.

- En un cierto paralelismo, a mi juicio justificado, con el régimen de las medidas cautelares, la propuesta establecía que, bajo su responsabilidad, todo demandado o quien se proponga demandar, pudiese solicitar las medidas que considerase necesarias para acceder a fuentes de prueba, rompiendo así la tipicidad y rigidez del sistema de las actuales diligencias preliminares, aunque previendo una lista ejemplificativa (sustancialmente coincidente con las diligencias del art.256 LEC) para evitar el así llamado “miedo al vacío”.

- Las diligencias podrían solicitarse antes, con y después de la demanda.

- Las diligencias no se restringían a la exhibición documental, sino que permitían el acceso a cualquier otro tipo de fuente de prueba⁹⁷.

del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión Europea. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427769696?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>. Un estudio sobre diversos aspectos de esta propuesta puede hallarse en los diversos epígrafes y apartados de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Aspectos procesales de las acciones de daños...* op.cit.

97 . Artículo 283 bis a). de la Propuesta: *3. Podrán solicitarse como medidas de acceso a fuentes de prueba todas aquellas que, a juicio del tribunal, permitan a la parte solicitante tomar conocimiento de documentos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, informes periciales, testigos,*

- Se extendía el régimen de la LEC en materia de obtención de prueba al procedimiento arbitral, incluso en los casos de que las diligencias se solicitasen a los tribunales españoles en relación con arbitrajes extranjeros⁹⁸.

- Las diligencias permitían una verdadera actividad de investigación, aunque sometiénola a límites razonables. En efecto el art.283 bis d) de la Propuesta disponía que el solicitante había de *identificar, con la mayor precisión posible, atendidas las circunstancias del caso, las concretas fuentes de prueba a las que pretende acceder o, en su defecto, categorías de pruebas delimitadas por su naturaleza, contenido o fecha. El tribunal denegará en todo caso las solicitudes que supongan búsquedas indiscriminadas de información.* De este modo, el precepto, a la par que trataba de evitar pesquisas generalizadas e irrestrictas, permitía acceder a medios de prueba desconocidos, siempre que pudiese especificarse la naturaleza de las pruebas buscadas, un periodo temporal y algún tipo de concreción respecto de su contenido.

- El solicitante había de justificar la necesidad de las diligencias para la ulterior proposición de medios de prueba, el hecho de no poder obtener la información deseada por sus propios medios sin acudir al auxilio judicial y había de proporcionar, además un principio de prueba del fundamento de su pretensión o defensa.

- Las diligencias solicitadas debían resultar proporcionadas, tras una ponderación de los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados, en el mismo sentido que el actual art.283 bis a.3 LEC.

- Los gastos ocasionados por la adopción de las diligencias corrían a cargo del solicitante, que a su vez respondía de los daños y perjuicios que pudiesen ocasionarse. Y, si la persona frente a quien se solicitaba la diligencia lo pedía, el tribunal podía señalar una caución para responder de los daños y perjuicios. Esta disposición también está prevista en el actual art.283 bis c) LEC.

sujetos que podrían ser interrogados como parte y reconocimientos judiciales.

98 . Cfr. art.283 bis b de la Propuesta.

3. DOS ASPECTOS ADICIONALES PARA CONSIDERAR EN UNA POSIBLE REFORMA: LA CONEXIÓN DE LAS DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN CON LAS MEDIDAS DE ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBA Y LA NECESIDAD DE PRUEBA PLENA EN RELACIÓN CON EL CARÁCTER INJUSTIFICADO DE LA NEGATIVA A COOPERAR.

A mi juicio, entre los presupuestos de adopción de las medidas se echa en falta el de la acreditación de que las fuentes de prueba –sobre todo la documental- se hayan en poder de la persona frente a quien se insta la medida. En el caso de que dicha persona fuese el adversario procesal creo que dicha acreditación debería, además, satisfacer el estándar de la prueba plena y no conformarse con la mera apariencia o probabilidad cualificada. Como señalé más arriba, la plena convicción o certeza del juzgador puede alcanzarse también mediante presunciones judiciales suficientemente sólidas como para concluir que la persona requerida para cooperar está en poder de los documentos o pruebas a las que se pretende acceder.

En efecto, igual que sucede con el actual art.283 bis h LEC, en el art.283 bis m de la propuesta prelegislativa comentada en el epígrafe anterior, la destrucción u ocultamiento de pruebas o cualquier otro modo de impedir (injustificadamente, se entiende) el acceso a las fuentes de prueba, ocasiona muy severas y disuasorias consecuencias a la parte que se muestra poco cooperativa. Concretamente: la declaración como admitidos de los hechos a los que supuestamente se referían las fuentes de prueba; que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular; que se desestime total o parcialmente las excepciones o reconvencciones que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal; o que se le imponga una multa coercitiva que oscilaría entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida.

Parece excesivo imponer tan severas consecuencias, por ejemplo, a quien declina presentar un documento, pero no se tiene constancia o certeza plena de que efectivamente lo tiene en su poder, sino que tan sólo existen indicios o elementos que hagan concluir de dicho modo, tal vez con un alto grado de probabilidad. En definitiva: la certeza plena sobre los hechos constitutivos necesaria para estimar la acción debería trasladarse al carácter injustificado de la negativa a cooperar de la contraparte, es decir, al hecho de que ésta conoce la información que de ella se recaba, que los documentos cuya exhibición se reclama se hallan efectivamente en su

poder etc.

Por otra parte, las diligencias de obtención de prueba habrían de quedar debidamente conectadas con las de su anticipación y aseguramiento, reguladas actualmente en los arts.293 a 298 LEC. En efecto, cuando se accede a documentos, es preciso prever la posibilidad de obtener las copias que posteriormente serían aportadas con la demanda; si se pretende interrogar a alguien sobre ciertos hechos tal vez podría interesar conjuntamente una diligencia de anticipación de prueba (en este caso testifical); si se accede a ciertos lugares cerrados puede ser preciso interrogar anticipadamente a la otra parte, a testigos etc. La adopción diligencias de investigación y las referidas anticipación o aseguramiento tienen en la actualidad asignados cauces procesales o modos de tramitación distintos, que pueden dificultar su adopción conjunta y combinada.

4. CONSIDERACIÓN FINAL: REGULAR LA ACTIVIDAD DE AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y FUENTES DE PRUEBA NO PRECISA IMPORTAR LOS INCONVENIENTES DEL *DISCOVERY*.

Es en muy buena medida lógico que el legislador vea con cierta aprensión la introducción de un cauce de obtención de prueba no restringido a materias concretas y aplicable a cualquier supuesto en el que un justiciable pueda precisar la práctica de actuaciones de investigación en un proceso civil. La experiencia de los excesos e inconvenientes del *discovery* estadounidense hacen que dichos temores estén más que bien justificados. Existen, sin embargo, ciertos mecanismos para conjurar o minimizar los riesgos que entraña dar cabida en la LEC a la realización de verdaderos actos de investigación de un modo generalizado, en el sentido expuesto en este trabajo. En concreto:

Las peticiones de averiguación pueden resultar desproporcionadas en términos económicos y de sacrificio de otros derechos, como la intimidad etc. La experiencia norteamericana con el *discovery* da fe de los riesgos que entrañan los instrumentos procesales que posibilitan una verdadera actividad de investigación. Dicha desventaja, sin embargo, puede contrarrestarse con un adecuado juicio de proporcionalidad, que ya está previsto en la LEC en relación con las diligencias de obtención de prueba del art.283 bis a y ss. y para cuya determinación el precepto ofrece pautas bien precisas.

Las diligencias de investigación pueden también generar perjuicios a quien las sufre, tales como, muy señaladamente, el descubrimiento de secretos industriales o empresariales, o la revelación de datos que se mantenían en secreto de modo legítimo. Tanto la propuesta de la Comisión de Codificación comentada como las actuales diligencias de obtención de prueba de la LEC contemplan medidas en dicho sentido, dirigidas a proteger la confidencialidad (art.283 bis b LEC), que, debidamente administradas, pueden cumplir la finalidad que se proponen. Y, por lo demás, el art.15 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, establece un importante haz de medidas para preservar la confidencialidad de la información que haya aflorado en el proceso como consecuencia de la revelación del secreto empresarial.

El actual art.283 bis k) LEC prevé, además, un haz de enérgicas sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. En fin, el establecimiento de una caución, la imposición de costas en caso de peticiones infundadas, la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por la práctica de la diligencia, así como la asunción de los gastos que ésta entrañe por parte del solicitante, son otros elementos que contribuyen a evitar o compensar los menoscabos que la investigación pueda ocasionar.

Una de las causas que más influyen en la excesiva amplitud que con frecuencia caracteriza al *discovery* es el régimen de las costas procesales en los EEUU. Por una parte, rige con carácter general la así llamada *American Rule*, en virtud de la cual cada parte sufraga los honorarios del abogado que asume su defensa, sin que la derrota final comporte la obligación de reintegrar a la parte ganadora las cantidades satisfechas a su abogado en concepto de honorarios (*Attorney's Fees*)⁹⁹. Y por otra, como también expuse más arriba al tratar sobre el régimen del *discovery*, aunque no sin considerables excepciones, las peticiones de investigación en dicha fase procesal son sufragadas por la parte que soporta la medida. En Europa, donde el régimen de las costas es tan diferente, y, en principio, cada parte procesal debe costearse las actuaciones realizadas a su instancia, está ausente o es mucho más reducido el riesgo de que se propongan actuaciones de investigación desmesuradas.

99 . Puede encontrarse una exposición general sobre el régimen de las costas en el proceso civil norteamericano en mi obra *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa (Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016, pp. 106 y ss.

A la vista de lo expuesto, me parece muy bien fundada la opinión de Wagner cuando afirma que el gran inconveniente del *discovery* norteamericano no es tanto que permita llevar a cabo una amplia actividad de investigación, sino más bien, que permite llevar a cabo dicha actividad de investigación y obtención de prueba sin sujeción a requisitos más rigurosos, como los ahora referidos¹⁰⁰.

Finalmente, es preciso considerar que, aunque las FRCP han reforzado el requisito de la proporcionalidad en relación con las peticiones de *discovery*, ni su letra ni la jurisprudencia tradicional se han mostrado especialmente rigurosas al exigir una alegación de hechos concluyente ni una seria individualización o especificación del material cuya exhibición se solicita. Este panorama, sin embargo, ha cambiado en gran manera tras algunos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema estadounidense que fueron objeto de comentario páginas atrás y que exigen la aportación de un relato concluyente de hechos que permita deducir de modo plausible que las pretensiones del actor tienen visos de prosperar. Este endurecimiento de la fase de alegaciones supone una considerable aproximación entre los Derechos procesales de ambos lados del Atlántico y es una clara demostración de que la actividad procesal de averiguación de hechos y obtención de prueba precisa una rigurosa delimitación de sus presupuestos y límites.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (Director: Silva Sánchez. Coordinadora: J.M. Pastor Muñoz, N.), Editorial La Ley/Wolters Kluwer, Madrid 2011.

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

100 . WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien—Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007.

BORN, Gary B., *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3ª edición, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London 1996

BURBANK B./SUBRIN Stephen N, *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, 46 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 399 (Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review), 2011.

CASTRILLO SANTAMARÍA, R., *La preparación del proceso: las diligencias preliminares*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2018

DALLA BONTÀ, Silvana, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense*, Revista General de Derecho Procesal 28 (2012).

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “El problema de los hechos nuevos o de nueva noticia que fundan nuevas causas de pedir”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos*, Bosch Editor, Barcelona 2013.

DODSON, *Pleading Standards After Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 93 Va. L. Rev. In Brief 135 (2007).

FREER, R., *Civil Procedure*, editorial Wolters & Kluwer, 3ª edición, 2012.

FRIEDENTHAL J.H/KANE, M.K/MILLER, A.R, *Civil Procedure*, 5ª edición, West, Saint Paul (Minnesota), 2015.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104/UE y de la propuesta de ley de transposición*, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo de 2007, vol.9º, Nº 1, pp.125 y ss.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil: entre autonomía y armonización*, editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2018.

GONZÁLEZ GRANDA, P., *La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica*. Revista Justicia 2017, pp.132 y ss.

HAYDOCK, Roger S./HERR, David F., *Discovery Practice*, 6ª edición, Wolters Kluwer, 2015.

JAUERNIG, O., *Zivilprozeßrecht*, 24 edición, Múnich 1993.

LEIPOLD D., comentario al § 138 ZPO, marginal 13, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22º edición, Editorial Beck, Múnich 2013.

LEPOLD D., *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, en *Festschrift für Gerhardt* (2004).

LÜKE, W., *Zivilprozeßrecht*, 10º edición, editorial Beck, Múnich 2011.

LLORENTE CABRELLES, L.R., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Valencia 2014, tesis doctoral dirigida por Bellido Penades, R., pp.33 y ss. Accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20%2814%20puntos%29%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MARCUS, R., *Bomb Throwing, Democratic Theory, and Basic Values - a New Path to Procedural Harmonization?* Northwestern University Law Review (107 Nw. U.L. Rev. 475), 2013.

MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª edición, editorial Civitas, Madrid 2008.

MORÁN BOVIO, D., *Lecciones de Derecho Mercantil*, AAVV (coordinadores JI-MÉNEZ SÁNCHEZ, G.J./DÍAZ MORENO A.), 21ª edición editorial Tecnos, Madrid 2018.

MORENO NAVARRETE, M.A., *La prueba documental estudio histórico-jurídico y dogmático*, editorial Marcial 2001.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa (Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016

PERDICES HUETOS, A.B., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Primera Edición (Director A. Fernández Buján), Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2016, comentario al art.112.

PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Txikia 2013.

PICÓ I JUNOY, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

REDISH, M.H, *Pleadings, Discovery and the Federal Rules: Exploring the Foundations of Modern Civil Procedure*, 64 Fla.L.Rev. 845 (2012).

SCHERPE, Julia Caroline, *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*, RabelsZ 80 (2016), pp.888-925.

SOLERNOU SANZ, S., Comentario al art.112, p. 713, en *Estudio Sistemático de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio*, AAVV (directores F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.A. Torres Lana, M.J. Achón Bruñen), Editorial Dykinson, Madrid 2016.

SPENCER, *Plausibility Pleading*, 49 B.C.L. Rev.431, 431 (2008)

STADLER, A., *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform*, für Kostas Beys, Tomo. 2, pp.. 1632 y ss, Atenas, 2003.

STÜRNER R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 44)*– Tübingen 1976

SUBRIN, N.S./MINOW, M.L./BRODIN M.S./MAIN, T.O./LAHAV A.D., *Civil Procedure, Doctrine, Practice and Context*, Wolters & Kluwers, Frederick (Maryland), 4ª edición, 2012.

VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, editorial Civitas, Madrid 2004.

WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien–Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007

WRIGHT, C.A./KANE, M.K., *Law of Federal Courts*, West, St Paul (Minnesota), 7ª edición, 2011.

ZEKOLL, J./HAAS G.A, *Ausweitung ohne Ausforschung –zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*. JuristenZeitung (JZ) 23/2017.