

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXXI

■ Núm. 2200

■ Septiembre de 2017

ESTUDIO DOCTRINAL



Particularidades de la diligencia preliminar regulada en el artículo 256.1.6 LEC.

María Jesús Sande Mayo

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

Registrador de la Propiedad

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

PARTICULARIDADES DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR REGULADA EN EL ARTÍCULO 256.1.6 LEC

MARÍA JESÚS SANDE MAYO
Doctora del Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

Resumen:

La diligencia preliminar de determinación de los afectados por un hecho dañoso (art. 256.1.6 LEC) resulta de vital importancia para la preparación de los procesos colectivos en los que se defienden los intereses de un grupo de consumidores indeterminado, pero fácilmente determinable; sin embargo, algunos de los aspectos de su regulación han generado debate doctrinal y jurisprudencial. Por lo anterior, nuestro propósito en las líneas que siguen es el de clarificar, en la medida de lo posible, en qué casos y en qué modo opera la mencionada diligencia.

Palabras clave:

Diligencias preliminares, determinación de los afectados «fácilmente determinables», comunicación de la interposición de la demanda colectiva, derecho a la protección de datos de carácter personal.

THE PARTICULARITIES OF THE PRELIMINARY PROCEEDING REGULATED IN ARTICLE 256.1.6 LEC

Abstract:

The preliminary proceeding regulated in article 256.1.6 LEC, is of vital importance for the preparation of collective proceedings in which the interests of an indeterminate but easily determinable group of consumers are defended, however, some aspects of its regulation have generated doctrinal and jurisprudential debate. Therefore, our

purpose in the following lines is to clarify in which cases this diligence operates and the way in which it does so.

Keywords:

Preliminary proceedings, determination of the affected “easily determinable”, communication of the introduction of the collective claim, the right to protection of personal data.

Sumario:

1. Las diligencias preliminares en la LEC.
2. La diligencia preliminar regulada en el artículo 256.1.6 LEC.
 - 2.1. El órgano judicial competente.
 - 2.1.1. Tratamiento procesal de la competencia.
 - 2.2. Las partes.
 - 2.3. El procedimiento.
 - 2.3.1. Requisitos formales y materiales de la solicitud.
 - 2.3.2. La caución.
 - 2.4. Oposición del requerido.
 - 2.4.1 La conculcación del derecho a la protección de datos de carácter personal como motivo de oposición.
 - 2.5. Negativa a realizar la diligencia.
3. Bibliografía.

1. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LA LEC

Como norma general, la preparación del proceso civil corresponde a las partes y a sus abogados. Sin embargo, en determinados supuestos excepcionales –presididos por la imposibilidad de que el demandante pueda obtener por sí mismo la información necesaria a fin de planificar el proceso–, la LEC contempla a su favor el auxilio judicial y, en el marco de este último, configura las que se han dado en llamar diligencias preliminares. Estas pueden ser definidas «como el conjunto de actuaciones cuya práctica solicita el futuro demandante del órgano jurisdiccional con la finalidad de preparar el proceso»¹.

Una de las cuestiones que ha resultado más controvertida en torno a la regulación de las diligencias preliminares ha sido la relativa a su calificación como actos de carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria². En el contexto de la LEC de 1881 eran mayoritariamente consideradas como expedientes de jurisdicción voluntaria, entre otros factores, porque la regulación vigente no preveía medio coercitivo alguno ante la falta de colaboración del requerido. Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, la doctrina ha continuado dividida entre quienes consideran que las diligencias preliminares constituyen actuaciones jurisdiccionales³ y quienes las enmarcan entre los expedientes de jurisdicción voluntaria⁴.

¹ Cfr. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cerdón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1048.

² Vid. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 50 a 51; BANACLOCHE PALAO, J., *Las Diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 31 a 34; Garberí Llobregat, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, 2009, p. 28.

³ Defienden su naturaleza contenciosa, entre otros, GARNICA MARTÍN J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F., *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, artículos 1 al 280, Telier, 2000, p. 1146; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cerdón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., p. 1146. En la misma línea GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles...*, cit., pp. 1051 a 1052; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Las diligencias preliminares: supuestos y requisitos de la solicitud», en *Práctica de Tribunales*, núm. 40, Sección Estudios, Julio-Agosto 2007, La Ley 2228/2007.

⁴ Es el caso de BARONA VILAR, S., «Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados», en Barona Vilar, S. (coord.), *Tutela de los Consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 184 a 187, al sostener que, al no haber partes que formulen y mantengan la controversia, sino solicitante y solicitado, en cuanto no hay resolución de fondo, sino decisión-pronunciamento por la que se accede o no a la práctica de las diligencias (decisión procesal a la postre), y con ello no se produce eficacia de cosa juzgada, debe entenderse que nos hallamos ante una actuación de jurisdicción voluntaria, en la que el juez no ejerce jurisdicción, si bien tutela y garantiza por su «autoritas», derechos privados, ejerciendo una función legalmente establecida en garantía de un derecho. Comparten este mismo criterio, entre otros, MONTERO AROCA, en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Calderón Cuadrado, M.

En nuestra opinión, el hecho de que la LEC 1/2000 haya previsto, entre otras medidas coercitivas, la posibilidad de que pueda ser acordada la entrada y registro ante la negativa del requerido (art. 261 LEC), debiera ser motivo suficiente para descartar su consideración como actos de jurisdicción voluntaria. Además, no reúnen el presupuesto principal para ser consideradas como actuaciones de jurisdicción voluntaria, cual es la inexistencia de conflicto⁵, pues estas únicamente se instan cuando el requirente no es capaz de conseguir extraprocésalmente la información necesaria para preparar el proceso⁶. Esta conclusión resulta avalada por la jurisprudencia mayoritaria, que les atribuye la naturaleza de auténtico procedimiento judicial, si bien preparatorio⁷; y

P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 184 a 187, por cuanto encuadra el estudio de las diligencias preliminares en el capítulo relativo a las actividades previas no jurisdiccionales; PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 185.

⁵ De conformidad con el art. 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho Civil y Mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

⁶ A propósito de la LEC de 1881, se pronunciaban en este sentido ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, cit., p. 55; BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, cit. p. 32; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...*, cit. p. 29.

⁷ La jurisprudencia mayoritaria considera que las diligencias preliminares deben ser necesariamente catalogadas como actuaciones jurisdiccionales. Una vez superada esta primera cuestión, se debate sobre su configuración como un procedimiento preparatorio o aclaratorio o un auténtico proceso. La STS de 20 de junio de 1986 (F. J. 1.º) y el ATS de 11 de noviembre de 2002 (F. J. 2.º), les confieren la condición de «conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal [...] integrando un procedimiento preparatorio común que tiene por objeto lograr información sobre el fundamento mismo de la acción proyectada, con la finalidad de facilitar el desarrollo del juicio ulterior», si bien, a renglón seguido, se les atribuye la condición de proceso aclaratorio. Igual doctrina ha sido reproducida, entre otros, en el AAP de Almería (Sección 3.ª) 26/2006, de 23 de marzo (F. J. 3.º); AAP de Almería (Sección 3.ª) 38/2010, de 26 de abril (F. J. 2.º); el AAP de Madrid (Sección 14.ª) 172/2010, de 30 de junio (F. J. 2.º); AAP de Madrid (Sección 20.ª) 296/2010, de 19 de noviembre (F. J. 2.º), el AAP de Barcelona (Sección 11.ª) 49/2011, de 28 de febrero (F. J. 3.º); AAP de Guadalajara (Sección 1.ª) 58/2011, de 6 de julio (F. J. Único). Por su parte, la STS 96/2012, de 7 de mayo, le da el tratamiento de proceso sin mayores especificaciones, al aludir en sus F. J. 4 al proceso de diligencias preliminares; AAP de Zaragoza (Sección 4.ª) 361/2011, de 27 de julio (F. J. 2.º). Este Tribunal, en el auto 264/2011, de 3 de junio, declara que «las diligencias preliminares son actos procesales de postulación de actos instructorios o de aseguramiento de la prueba efectuados por el futuro demandante y dirigidos al tribunal para poder preparar el posterior escrito de demanda (STS de 20 de junio de 1986)». En lo que, sin embargo, coincide la mayoría de la doctrina, así como la jurisprudencia, es en no confundir las diligencias preliminares con las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba. Así se desprende del AAP de Valencia (Sección 11.ª), de 30 de junio de 2008, al establecer que «las primeras tienen por objeto preparar un

también por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que no ha incluido en su ámbito de aplicación a las diligencias preliminares, con lo que resulta ahora incuestionable su consideración como actuaciones jurisdiccionales.

Otro de los debates que se han suscitado en torno a las diligencias preliminares ha sido el relativo a la definición del listado de diligencias recogidas en el artículo 256 LEC como un *numerus apertus* o un *numerus clausus*⁸. A este respecto, resulta ilustrativa la propia Exposición de Motivos de la LEC cuando advierte que «se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas» (apdo. X)⁹. Sin embargo, en la jurisprudencia han sido acogidos criterios dispares, existiendo pronunciamientos judiciales que admiten la práctica de diligencias que no figuran en el elenco definido en el artículo 256 LEC y otros que rechazan aquellas que no encuentran acomodo en el mismo.

A la vista de la diversidad de interpretaciones que venían manteniendo las audiencias provinciales, el Tribunal Supremo, por medio del ATS de 12 de noviembre de 2002, se posicionó a favor del carácter tasado de este elenco al disponer que «sólo pueden considerarse Diligencias Preliminares las establecidas en el art. 256 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil o ‘las establecidas en las correspondientes leyes especiales’, a

juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión, cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso, artículo 293 de la LEC., y siendo claro el matiz existente entre ambas figuras procesales, es mucho más la diferencia de estas dos figuras si atendemos a la carga probatoria del artículo 217 de la LEC» (F.J. 2.º). *Vid.* a propósito de su diferenciación CLEMENTE CASAS, I., «Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de prueba». Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1477/documento/foro7.pdf?id=2074>. Consultado el 9 de mayo de 2017. No lo considera así, sin embargo, Gimeno Sendra, al defender que su naturaleza es próxima a la de la prueba anticipada, de ahí que las defina como «actos procesales de postulación de actos instructorios o de aseguramiento de la prueba», en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, I. Procesos de declaración. Parte general*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 351 y ss.

⁸ Situación esta que contrasta con la de su precedente, el art. 497 de la LEC 1881, por cuanto se refería expresamente al carácter tasado del catálogo de diligencias en él contenidas. A su vez, el tenor actual suprime la expresión de que las peticiones no comprendidas en los supuestos preestablecidos se rechazarán de oficio.

⁹ El carácter tasado de las diligencias reguladas en la LEC ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil...*, *cit.*, p. 353; MORENO CATENA, en Cortés Domínguez, V., Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 125; Díez Pícazo Giménez, I., en De la Oliva Santos, A.; Díez Pícazo Giménez, I., Vegas Torres, J., Banacloche Palao, J. (dirs.), *Comentarios a la...*, *cit.*, p. 478; GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la...*, *cit.*, pp. 1146 a 1147; BELLIDO PENADÉS, R., en Gimeno Sendra, V. (dir.), «Proceso civil práctico», vol. III-2, *La Ley*, Madrid, 2010, pp. 5-7; y GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, *cit.*, p. 1147.

que se refiere el núm. 7 de dicho artículo» (F. J. 2.º), y desde entonces, este ha sido el criterio mayoritariamente asumido por nuestros órganos jurisdiccionales¹⁰.

Sin embargo, pese al consenso en torno al carácter cerrado del listado de diligencias, se ha venido incidiendo en la mayor amplitud y flexibilidad con la que deben ser interpretados cada uno de los enunciados del artículo 256 LEC¹¹. A este respecto resulta ilustrativo el acuerdo no jurisdiccional adoptado por los magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de septiembre de 2004, al disponer que «debe hacerse una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva». De este modo, si bien no podrán ser ejercitadas diligencias preliminares que no se encuentren contenidas en alguno de los apartados del artículo 256 LEC, cada uno de los supuestos contemplados en el precepto podrá ser interpretado de modo flexible.

2. LA DILIGENCIA PRELIMINAR REGULADA EN EL ARTÍCULO 256.1.6 LEC

La diligencia preliminar prevista en el artículo 256.1.6 LEC tiene su razón de ser en el artículo 15.2 LEC, de conformidad con el cual, en los procesos para la tutela de los intereses individuales homogéneos con determinación de afectados, el demandante o demandantes que hayan tomado la iniciativa en la interposición de la demanda – asociaciones de consumidores, entidades legalmente establecidas que tengan por fin la defensa de estos, grupos de afectados o el Ministerio Fiscal (apdos. 2 y 5 del art. 11 LEC)¹²– «deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la

¹⁰ Así se desprende, entre otros, de los siguientes pronunciamientos: AAP Vizcaya (Sección 3.ª) 426/2007 de 16 de julio; AAP de Barcelona (Sección 13.ª) 185/2007, de 21 de junio; AAP de Castellón (Sección 3.ª) 289/2008, de 4 de noviembre; AAP de Valencia (Sección 11.ª), de 30 de junio de 2008; AAP de Almería (Sección 3.ª) 38/2010, de 26 de abril; AAP de Madrid (Sección 14.ª) 232/2010, de 29 de septiembre; AAP de Zaragoza (Sección 4.ª) 264/2011, de 3 de junio, y AAP Madrid (Sección 14.ª) 172/2010, de 30 de junio.

¹¹ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 1055 a 1056; CARNERO SOBRADO, J. I., «La flexibilización del carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares en la reciente jurisprudencia», en *Diario La Ley*, núm. 7960, Sección Tribuna, 8 de noviembre de 2012, Ref. D-391, La Ley 17805/2012.

¹² El precepto no admite duda en cuanto a quién debe llevar a cabo la publicidad en estos casos: ha de ser necesariamente el promotor de la acción colectiva. Por su parte, la jurisprudencia también ha rechazado la posibilidad de que, por ejemplo, sea la demandada la que pueda ponerse en contacto con sus clientes. Vid. en relación a este extremo el auto de 5 de octubre de 2009, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas. En aquel caso, la demandante AUSBANC proponía, precisamente, que fuese el propio demandado el que comunicara a sus clientes la presentación de una demanda colectiva por AUSBANC en defensa de sus derechos, para cumplir así las exigencias del art. 15.2 y, de paso, respetar al máximo la protección de sus datos personales.

Ello no obstante, la posibilidad de que sea el propio demandado el que ponga en

demanda a todos los interesados»¹³. Por lo tanto, para llevar a término la anterior comunicación, el futuro demandante deberá identificar a todos los consumidores que han resultado afectados por el hecho dañoso controvertido, siendo precisamente en este punto en el que la diligencia preliminar de determinación de los afectados adquiere toda su virtualidad¹⁴.

A su vez, en el caso de que el promotor de la acción colectiva sea un conjunto de afectados por el hecho dañoso, esta diligencia también sirve para la constitución del grupo con la mayoría necesaria en orden al reconocimiento de su capacidad para ser parte (art. 6.1.7 LEC)¹⁵. Sin embargo, el nulo protagonismo de los grupos de afectados en la interposición de acciones colectivas hace que el recurso a la diligencia de determinación de los afectados sirva, a efectos prácticos, únicamente al fin de llevar a cabo la notificación previa¹⁶.

conocimiento de sus clientes la intención de la actora de dar inicio a un proceso colectivo ha sido contemplada en otros ordenamientos, como el argentino.

¹³ El art. 15.2 LEC dispone expresamente que: «Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido».

¹⁴ Esta concreta diligencia no figuraba en el Proyecto de Ley presentado ante el Congreso de los Diputados (BOCG, VI Legislatura, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998). Su inserción es el resultado de la enmienda 295 propuesta por el Grupo Socialista, merced a la cual se proponía la introducción de un apdo. 4.º con el siguiente tenor: «Por petición de quien pretenda iniciar un procedimiento en acciones colectivas para que se determine los integrantes de los grupos de afectados o perjudicados» (BOCG, VI Legislatura, Serie A, núm. 147-9, de 26 de marzo de 1999). La redacción final incorpora la esencia de la enmienda, si bien concretando su finalidad.

¹⁵ Algunos autores han circunscrito la utilidad de esta diligencia a la constitución del grupo de afectados con la mayoría necesaria para que este adquiera la capacidad para ser parte ex art. 6.1.7 LEC. Es el caso, entre otros, de: GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 1156; SAMANES ARA, C., *Las partes en... cit.*, pp. 112 a 113; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 125 a 127; BARONA VILAR, S., «Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados», en Barona Vilar, S. (coord.), *Tutela de los Consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 189 a 190; y PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas»... cit.*, p. 189.

¹⁶ A este respecto Bellido Penadés, si bien reconoce la doble funcionalidad de la diligencia, apunta que su «finalidad principal» es la de facilitar que cualquiera de los legitimados para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses individuales homogéneos con afectados fácilmente determinables puedan proceder a su identificación; *cfr.* BELLIDO PENADÉS, R., «La protección de...», *cit.*, p. 8. Por su parte, ASENSIO MELLADO, J. M., *et al.*, «Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud», en *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009,*

2.1 El órgano judicial competente

En materia de determinación del órgano judicial competente para conocer de las diligencias preliminares existe una regla general y una especial, siendo esta última la aplicable a la diligencia de determinación de los afectados (art. 256.1.6 LEC).

El fuero general, regulado en el párrafo primero del artículo 257.1 LEC, prevé dos criterios de atribución de la competencia: uno objetivo y uno territorial.

La competencia objetiva para el conocimiento de la diligencia preliminar corresponde al Juzgado de lo Mercantil si la materia sobre la que versa el proceso posterior es alguna de las comprendidas en el artículo 86.2 *ter* LOPJ y, en caso contrario, al Juzgado de Primera Instancia, por lo que, para la determinación de la competencia de la diligencia preliminar, habrá que estar a la materia sobre la que verse el proceso posterior.

La competencia territorial corresponde al órgano judicial del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones. Con este fuero se persigue facilitar la realización de la diligencia, pues en los supuestos en que la misma consiste en una actuación personal, la fijación del domicilio del declarante como criterio de competencia favorece la notificación de la solicitud, su tramitación o, en su caso, la oposición y la ejecución final de la orden judicial. Incluso en el caso de exhibición de cosa mueble, este fuero favorece la práctica de la diligencia¹⁷.

Por su parte, el fuero especial regulado en el artículo 257.1 II LEC –aplicable a las diligencias reguladas en los números 6, 7, 8 y 9 del artículo 256.1 LEC– prevé un criterio funcional de atribución de la competencia¹⁸, toda vez que indica que será competente para conocer de la diligencia preliminar «el Tribunal ante el que haya de

de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre, Madrid, marzo de 2010, La Ley 8506/2010, p. 6, sostiene que «la única finalidad de esta diligencia preliminar será facilitar a cualquier entidad legitimada con base en el precepto citado el cumplimiento de la carga legalmente impuesta en el art. 15.2 LEC antes de presentar la demanda para la defensa de intereses colectivos».

¹⁷ GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cerdón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 959.

¹⁸ Se muestra dividida la doctrina a la hora de calificar este criterio de atribución de competencia como funcional o no. Contrarios a su catalogación en tal sentido se han mostrado, entre otros, GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cerdón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 959; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, cit., p. 93, pues consideran que las normas de determinación de la competencia funcional son tan solo aplicables cuando un proceso se halla pendiente, así, comoquiera que las diligencias preliminares sirven al fin de preparar un proceso aún no iniciado, tales normas no serían trasladables a las diligencias preliminares.

presentarse la demanda determinada»¹⁹ o, lo que es lo mismo, el órgano judicial que vaya a conocer del proceso que pretende prepararse por medio de la diligencia solicitada. Esto último exige que en cada caso deba ser examinada la competencia objetiva –que en relación a la diligencia del art. 256.1.6 LEC corresponde en todo caso a los Juzgados de lo Mercantil²⁰– y territorial²¹ del asunto posterior.

Ello no obstante, la previsión de un doble criterio de atribución competencial –uno general y otro especial– en materia de diligencias preliminares no ha gozado de unánime aceptación entre la doctrina. A este respecto, el sector reacciona a la diferenciación ha sostenido que a través del criterio especial no se facilita la obtención de la información necesaria a fin de preparar el juicio posterior, considerando que resultaría preferible acudir al tribunal más cercano al sujeto requerido o, lo que es lo mismo, la aplicación de la regla general²².

En nuestra opinión, sin embargo, el establecimiento de una regla especial de atribución de la competencia para la determinación de los consumidores afectados tiene una clara justificación. Por un lado, porque con frecuencia serán varios los requeridos, en cuyo caso la aplicación de la regla general plantearía problemas de determinación del

¹⁹ Bajo la vigencia de la derogada LEC de 1881, ante la ausencia de una norma reguladora de la competencia en materia de diligencias preliminares, esta venía atribuyéndose con carácter general al órgano que fuese a conocer del proceso posterior. Igualmente, este era el criterio seguido en el Proyecto de Ley de 30 de octubre de 1998 (BOCG, Serie A, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 13 de noviembre de 1998, núm. 147-1). Ello no obstante, esta regla fue trasladada a la LEC 1/2000 en su redacción originaria como un supuesto excepcional, únicamente aplicable respecto de la diligencia del art. 256.1.6 LEC (a la sazón art. 257.1.2 LEC). Con carácter posterior, el ámbito de aplicación de este fuero especial se hizo extensible por mor de la Ley 19/2006 a otros supuestos contenidos en el art. 256.1 LEC, concretamente a las diligencias para la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 256.1, 7 y 8 LEC) así como a las previstas en las leyes especiales (art. 256.1.9 LEC).

²⁰ El art. 86.2 *ter* LOPJ, tras la reforma operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, ha pasado a disponer que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de «d) Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios».

²¹ La competencia territorial dependerá de la materia sobre la que verse el proceso colectivo, así como del tipo de acción que se entable. En el ámbito de las condiciones generales de la contratación, se prevé un fuero de competencia territorial imperativo para el conocimiento de las acciones: declarativa, de cesación o de retractación, de conformidad con el cual será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión. En los restantes supuestos, los fueros legales regirán tan solo en defecto de sumisión tácita, toda vez que la sumisión expresa está prohibida en los contratos con consumidores.

²² Contrario al tratamiento diferenciado de la competencia que opera el art. 257 LEC, se muestra, entre otros, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, cit., pp. 110 a 113, al considerar que hubiera sido preferible la aplicación analógica del art. 53.2 LEC.

órgano competente²³. Y, por otro, porque es conveniente que sea el mismo juzgador que practica la diligencia el que tenga que juzgar si realmente el grupo se ha constituido con la mayoría de sus integrantes y/o si se ha cumplido el requisito de comunicación previa a los integrantes del grupo de afectados²⁴. De ahí que consideremos pertinente que quien conozca de la diligencia del artículo 256.1.6 LEC sea el juzgador que, en su caso, conocerá del proceso en defensa del interés colectivo por alguno de los legitimados al efecto (art. 11.2 y 5 LEC)²⁵.

2.1.1. Tratamiento procesal de la competencia

El artículo 257.2 LEC prevé, como única modalidad de revisión de la competencia, su control de oficio por el juez, indicando, sin dejar margen a duda alguna, que «no se admitirá declinatoria»²⁶. Al juez corresponderá entonces, una vez le sea planteada la solicitud de la diligencia preliminar de determinación de los afectados por el hecho dañoso, la revisión de su competencia. Las alternativas son las siguientes: que se declare competente, prosiguiendo las actuaciones de ex artículos 258 y ss.; que aprecie su falta de competencia y se abstenga de conocer, en cuyo caso tendrá que dar audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas (arts. 38, 48.3 y 58 LEC), así como comunicar al solicitante el juzgado a su juicio competente (art. 257.2 LEC); y, por último, que el juzgador designado por quien a la postre se ha inhibido en primer

²³ DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la... cit.*, p. 482; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Córdón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 1156; BARONA VILAR, S., «Diligencia preliminar específica...», *cit.*, p. 193; GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 257, a su vez, resalta este autor que «al acudir al fuero correspondiente a la acción principal, es probable que en algún caso concreto se pierda en eficacia procesal, pero se gana en seguridad jurídica e incluso en economía».

²⁴ *Vid.* DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., en De la Oliva Santos, A., Díez Picazo Giménez, I., Vegas Torres, J., Banacloche Palao, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2001, p. 482.

²⁵ Así lo han considerado, entre otros, GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva... cit.*, p. 128; y PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas»... cit.*, pp. 192 a 193.

²⁶ Según señala DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la... cit.*, p. 482, la prohibición de proponer declinatoria, así como el consiguiente deber de examinar de oficio la competencia, tiene por propósito evitar dilaciones indebidas, resultando desproporcionado en tales casos un incidente de previo pronunciamiento como la declinatoria. Por su parte, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 360, considera que esta previsión resulta criticable desde un punto de vista teórico –toda vez que tratándose de un presupuesto procesal su concurrencia debiera poder ser controlada también a instancia de parte–, pero no desde una perspectiva práctica, pues de este modo se evita que el requerido se pueda oponer con fines exclusivamente dilatorios. En este sentido, señala igualmente GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva... cit.*, p. 130, que a través de la interdicción de la declinatoria se pretenden evitar cuestiones de competencia con carácter previo al proceso.

término se declare igualmente incompetente, en cuyo caso, del conflicto negativo de competencia debiera conocer el superior jerárquico común a ambos (art. 60 LEC)²⁷.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el artículo 257.1.II alberga en su seno un fuero de competencia imperativo, pues únicamente cuando la norma de atribución de la competencia territorial revista tal carácter corresponderá el control de oficio de su concurrencia (art. 58 LEC). En otro caso, su falta únicamente podrá ser apreciada por el demandado o quienes puedan ser parte legítima en el juicio por medio de declinatoria (art. 59 LEC).

Lo anterior puede resultar perturbador al respecto de esta concreta diligencia de determinación de los afectados, y ello en razón del carácter dispositivo que pueden ostentar las normas de competencia territorial aplicables en orden a la interposición de la demanda posterior. Piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de una acción colectiva de resarcimiento por los daños y perjuicios irrogados a los clientes de una compañía telefónica como consecuencia de un error de tarificación (art. 11.2 LEC). En este supuesto, los fueros generales de competencia territorial de los artículos 50 y 51 LEC serían únicamente aplicables en defecto de sumisión expresa o tácita²⁸. Así –excluida la sumisión expresa de conformidad con el art. 54.2 LEC–, resulta necesario discernir si las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento preliminar pueden provocar la sumisión tácita de las partes en el proceso posterior.

En nuestra opinión, si el requirente –futuro demandante– presenta la solicitud de diligencias ante un órgano judicial distinto al que correspondería de conformidad con las normas generales atributivas de la competencia territorial, esto es, si interpone la acción colectiva en lugar distinto a aquel donde el demandado desarrolla su actividad (art. 50.3 LEC), el juez debe inhibirse a favor del juzgado legalmente competente. En

²⁷ En el texto del Borrador de Anteproyecto, el art. 254.2 establecía que, constatada oficialmente por el órgano jurisdiccional su falta de competencia para conocer de la solicitud, «se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que deba acudir, que no podrá inhibirse del conocimiento del asunto». A su vez, esta misma previsión se mantuvo invariable en el art. 259.2 del Anteproyecto. Ello no obstante, fruto, por un lado, de las críticas vertidas en el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por otro, de la enmienda núm. 1185 presentada por CIU, se introdujo la solución actualmente prevista a este respecto.

²⁸ No se plantearía dicho dilema en el supuesto de que la pretensión ejercitada fuese una pretensión de cesación, y ello porque el núm. 16.º del art. 52.1 constituye una regla imperativa de atribución de competencia. Si se acude al art. 54, que es aquel en el que se regula el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, se mencionan tan solo como excepciones a dicho carácter dispositivo, las reglas contenidas en los núms. 1.º y 4.º a 15.º del art. 52.1, así como el art. 52.2 LEC; sin embargo, a continuación refiere expresamente la norma que «Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal». Pues bien, si se tiene presente que las pretensiones de cesación, de conformidad con los arts. 250.1.12, 249.1.4º y 5º, se sustanciarán por los cauces del juicio verbal, cabe concluir también el carácter imperativo de la regla contenida en el núm. 16.

caso contrario, se estaría considerando al requerido sometido a un tribunal cuya competencia no ha podido contradecir, al estar vedado el planteamiento de la declinatoria²⁹.

2.2. Las partes

El artículo 256.1.6 LEC, a los efectos de determinar a quién corresponde solicitar la práctica de la diligencia preliminar encaminada a la determinación de los afectados, establece que esta podrá iniciarse «Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios». Por ello, a fin de delimitar a los sujetos que podrán solicitar esta diligencia, habrá que determinar con carácter previo cuáles son estos procesos.

A la vista de que la LEC hace uso de la expresión «intereses colectivos» para aludir tanto a los intereses individuales homogéneos con determinación de afectados como a los intereses supraindividuales, corresponde aclarar que en esta sede la referencia a esta tipología de intereses se identifica con los primeros. A esta conclusión llegamos tras comprobar que la finalidad que persigue el artículo 256.1.6 LEC, cual es la determinación subjetiva de los afectados a fin de poner en su conocimiento la iniciación del proceso colectivo (art. 15.2 LEC)³⁰, no opera en los procesos que tengan por objeto intereses supraindividuales (art. 15.4 LEC)³¹.

A su vez, aunque los intereses colectivos son definidos en la LEC como aquellos que afectan a un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes se encuentren «perfectamente» determinados y también aquéllos que afectan a una serie de

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva...*, cit., pp. 128 a 131. En sentido contrario se ha pronunciado GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., p. 1266.

³⁰ Así lo establece, entre otras resoluciones judiciales, el AAP de Madrid (Sección 21.^a) 65/2012, de 20 de diciembre, al establecer que «La diligencia preliminar solicitada está preordenada al cumplimiento del requisito exigido en el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (F. J. 2.^o).

³¹ En el sentido de excluir la aplicación de la diligencia que nos ocupa cuando el interés en juego sea un interés supraindividual, sirva de ejemplo el AAP de Madrid (Sección 28.^a) 13/2011, de 4 de febrero: «no resulta justificada la diligencia preliminar solicitada que resulta innecesaria para presentar una demanda en la que se vayan a ejercitar acciones colectivas de cesación de condiciones generales de la contratación y de publicidad ilícita, a las que se acumularían las individuales de nulidad de determinadas cláusulas abusivas y de nulidad contractual y de reclamación de daños y perjuicios como consecuencia de la nulidad declarada en ejercicio de dichas acciones individuales» (F. J. 2.^o).

consumidores «fácilmente» determinables³², el recurso a la diligencia únicamente será preciso si los afectados no se encuentran ya determinados³³.

Sentado lo anterior, corresponde afirmar que cualquiera de los sujetos legitimados para la interposición de acciones colectivas en defensa de los intereses individuales homogéneos de los consumidores y usuarios podrá solicitar esta concreta diligencia, siendo estos: las asociaciones de consumidores, los grupos de afectados, las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la protección de los consumidores (art. 11.2 LEC) y el Ministerio Fiscal³⁴ (art. 11.5 LEC)³⁵.

³² Recuérdese a este respecto que, tal y como fue analizado en el segundo capítulo, la LEC no se refiere en ningún momento de modo expreso a los intereses individuales homogéneos ni a los intereses supraindividuales. Ello no obstante, del hecho de que, entre otros, el art. 11.2 LEC se refiera a los «intereses colectivos» bajo el inciso «hecho dañoso», se colige que el verdadero propósito del legislador en esta sede es dar amparo a esta tipología de intereses que exigen una tutela reparadora de los daños individuales efectivamente causados a cada uno de los consumidores perjudicados por haber sido consumidores del bien o usuarios del servicio controvertido.

³³ La práctica de la diligencia podría revelar que el interés en juego, del que inicialmente se creía fuera un interés «colectivo», sea finalmente «difuso», circunstancia esta que determinaría el cambio del elenco de legitimados pues, como ya se ha visto, estos variarían en función del interés cuya tutela se pretenda. Así lo apunta también DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional civil de consumidores y usuarios*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 100.

³⁴ A la posibilidad de que el Ministerio Fiscal hiciese uso de esta concreta medida a los efectos de identificar al grupo de afectados aludía ya la Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, p. 20. Ello no obstante, la limitación de su legitimación de conformidad con el derogado art. 11.4 LEC generaba distorsión, por cuanto la referencia revestía cierta incoherencia a la vista de la regulación del art. 11 LEC. Sin embargo, las posibles desconexiones se han evitado y las dudas a este respecto se han disipado tras la modificación del citado precepto y la consiguiente ampliación de la legitimación respecto de la totalidad de acciones colectivas contempladas en nuestro ordenamiento. Además, con la reforma del 2009, el MF, de conformidad con el párrafo 2 del art. 15 de la LEC, estaba llamado a intervenir, pero no para plantear *ab initio* la acción el mismo.

³⁵ Quedarán excluidos de ser preparados por este cauce los procesos en que se defiendan «intereses difusos» (art. 11.3 LEC). Así lo declara el AAP de Barcelona (Sección 16.^a) 135/2011, de 31 de mayo. En el caso de autos, AUSBANC solicitaba que el Juzgado requiriese a Vodafone para que dirigiera comunicación a sus clientes con domicilio de facturación en la ciudad de Barcelona y comarcas del Baix Llobregat, por ser la zona afectada por la interrupción de dos horas del servicio el 18 de abril de 2007. A través de la práctica de la diligencia solicitada, pretendía AUSBANC que se pusiera en conocimiento de los afectados su intención de interponer una demanda colectiva.

La Audiencia Provincial, sin embargo, confirmando el criterio acogido por la juzgadora de primera instancia, consideró que al tratarse de un supuesto de telefonía móvil, los afectados por la interrupción configuraban un grupo indeterminado o de difícil determinación, con lo que la aplicación de la diligencia en tal supuesto se exlimentaría de los fines a que viene referida.

Ahora bien, en el supuesto de que quien pretenda dar inicio al proceso posterior sea el grupo de afectados, la diligencia preliminar no podrá ser solicitada por el grupo en sentido estricto, pues su efectiva constitución con la mayoría de los afectados depende de la práctica de la diligencia, por lo que tendrá que ser solicitada por uno o varios de los consumidores afectados que pretendan constituir el grupo, a fin de interponer la demanda colectiva en el proceso ulterior (art. 6.1.8 LEC).

Por lo que al requerido concierne, la lectura del artículo 256.1.6 LEC nos lleva a su identificación con el o los sujetos que en el proceso ulterior vendrían a ocupar la posición de demandado o demandados, toda vez que este precepto prevé a este respecto que: «el Tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación». Sin embargo, la doctrina ha interpretado que, aun cuando en buena parte de las ocasiones los datos necesarios para obtener la determinación subjetiva de los afectados estén a disposición del futuro demandado o demandados, ello no impide que en otros casos esta información esté en poder de un tercero que en el futuro proceso no ocupe la posición de demandado³⁶ –por ejemplo, en el caso de que la práctica de la diligencia se solicite frente a un distribuidor de un producto con un defecto de fabricación y no frente al fabricante, cuando en el juicio posterior sea este el demandado–³⁷.

2.3 El procedimiento

2.3.1. Requisitos formales y materiales de la solicitud

El artículo 256 LEC no aclara si la solicitud de la diligencia debe realizarse por escrito o si es suficiente con que sea formulada verbalmente. Tampoco lo hace de modo expreso el artículo 258.1 LEC; sin embargo, de su tenor se desprende que la intención del legislador es que esta se presente por escrito, ya que establece que la solicitud «se

³⁶ GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 1158, de conformidad con lo sostenido en texto, defiende que es equivocada la idea de que la legitimación activa y pasiva de este procedimiento deba coincidir con la del proceso principal. En efecto, tal afirmación adquiere toda su virtualidad en atención al supuesto específico en el que sea uno de los afectados el que, con el intento de conformar un grupo (11.2 LEC), inste la práctica de la diligencia. Como quiera que la práctica de la diligencia tiene entre sus finalidades la formación del grupo, esta no podrá ser solicitada por quien a la sazón no existe, de modo que tendrá que hacerlo alguno de los consumidores que hayan resultado afectados. A su vez, este consumidor individual no se encuentra legitimado, de conformidad con el 11.2 LEC, para entablar una acción en defensa del interés colectivo.

³⁷ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordon Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, 967; Barona Vilar, S., «Diligencia preliminar específica...», *cit.*, p. 956.

resolverá en los cinco días siguientes a su presentación»³⁸. Se llega a la anterior conclusión porque una solicitud oral no puede ser presentada, pudiendo únicamente ser realizada o formulada³⁹.

Por otro lado, aunque la norma tampoco lo exija expresamente, será preciso que en la solicitud se identifique tanto el solicitante como el sujeto pasivo cuya intervención se requiere⁴⁰, ya que el juzgador necesita conocer estos datos para decidir, con arreglo al artículo 258.1 LEC, si concurren los presupuestos de estimación de la solicitud⁴¹; y también para saber a quién debe notificar la decisión adoptada.

En otro orden de cosas, tal y como dispone el artículo 256.2 LEC, «En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar». De este modo, corresponderá al solicitante la exposición de los hechos, así como la acreditación de la concurrencia de los presupuestos procesales y materiales necesarios para que la petición de diligencia sea estimada. El solicitante deberá fundamentar su petición con arreglo a los presupuestos contenidos en el artículo 258 LEC, esto es, tendrá que

³⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 360.

³⁹ BELLIDO PENADÉS, R., en Gimeno Sendra, V. (dir.), «Proceso Civil Práctico», *La Ley*, 2005, pp. 5-27.

⁴⁰ Parte de la doctrina ha considerado igualmente necesario que en la solicitud se indique el órgano jurisdiccional competente. Así lo consideran, entre otros, BELLIDO PENADÉS, R., en Gimeno Sendra, V. (dir.), *Proceso civil práctico...*, cit., p. 5-27; DAMIÁN MORENO, J., en Lorca Navarrete, A. M., (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, vol. I, Valladolid, 2000, p. 1686. En nuestra opinión, el juzgado frente al que se hace la petición es el que a juicio del solicitante reviste competencia en orden a su conocimiento.

⁴¹ Una buena síntesis de los aspectos que debe valorar el juzgador de cara a la admisión o inadmisión de la diligencia solicitada se recogen en el AAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 5 de diciembre de 2003, en la que se dispone que «Para admitir a trámite una solicitud de diligencias preliminares, el juez se ha de limitar a comprobar si tiene jurisdicción y competencia para conocer (art. 257 de la LECiv), si se cumplen los requisitos de postulación, si el escrito inicial reúne los requisitos de identificación del solicitante, de la persona contra la que se dirige la petición de diligencias preliminares, si se piden con claridad y precisión las mismas, y si éstas son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue y en la solicitud concurre justa causa e interés legítimo (art. 258.1 de la LECiv). Y si concurren todos estos requisitos, el juez ha de acceder a la pretensión, fijando la caución que deba prestar el solicitante. Es decir, es el juez el que debe señalar la cuantía de la caución para garantizar los gastos que se ocasionen y los daños y perjuicios que se pudieren irrogar. Una vez señalada por el juez la cuantía de la caución, la parte la prestará en cualquiera de las formas que permite el artículo 64 de la LECiv, si le interesa constituirla» (F. J. 2.º).

justificar la adecuación entre la medida solicitada y la finalidad perseguida⁴², la justa causa y el legítimo interés en su adopción⁴³.

Igualmente, tendrá que analizar si la práctica de la diligencia solicitada es necesaria, o lo que es lo mismo, si es el único medio para la obtención de la información que permitirá la preparación del proceso principal. Tendrá que ponderar, por tanto, la dificultad de que el solicitante proceda, por medios propios, a la identificación de la totalidad de afectados⁴⁴. Asimismo, el juzgador deberá valorar su relevancia, esto es, si su admisión permitirá la correcta integración del grupo y/o el cumplimiento de la obligación a la que viene referido el artículo 15.2 LEC.

Por otro lado, si bien con carácter general resulta necesario indicar en la solicitud las concretas medidas que se solicitan (tal y como se colige de los núms. 1 a 5 del art.

⁴² AAP de Madrid (Sección 28.ª) 160/2012, de 19 de noviembre, «la decisión sobre las diligencias preliminares debe valorar el interés legítimo del solicitante, la justa causa y la adecuación a la finalidad que se persigue, lo que se efectúa en dicho instante (artículo 258 LEC), y lo cierto es que en ningún caso podría estar legitimada AUSBANC para promover un juicio en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios, al haber perdido la condición de asociación de consumidores y usuarios, por lo que no procede admitir la práctica de diligencias fundadas en la preparación de un proceso para la defensa de los intereses colectivos cuando la solicitante ha perdido tal condición y no podría ser iniciado» (F. J. 3.º). Otro ejemplo lo encontramos en el AAP de Madrid (Sección 9.ª) 243/2012, de 28 de septiembre, en el que se deniega la práctica de la diligencia al no pretenderse realmente la tutela de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, sino solo de determinadas personas.

⁴³ Tal y como señalan los autos de las AAP Murcia (Sección 3.ª), 27 de junio de 2005, y de A Coruña (Sección 4.ª), de 8 de mayo de 2006, si existiese otro medio legítimo para acceder a esa información prescindiendo de la intervención de la autoridad judicial, la solicitud de la diligencia que fuere solicitada sería inadmitida por innecesaria.

El art. 497.1 LEC de 1881 exigía que la diligencia preliminar se dirigiera al descubrimiento de hechos «sin cuyo conocimiento no pudiera entrarse en juicio», inciso interpretado como referido a hechos cuya ausencia impediría emitir un pronunciamiento de fondo, obligando a dictar una resolución meramente procesal. Sin embargo, la referencia de otros apartados del art. 497 a otros extremos permitía entender que las diligencias preliminares también resultaban procedentes para descubrir hechos cuyo conocimiento resultaba relevante a los efectos del sentido del pronunciamiento de fondo al favorecer un fallo estimatorio; conclusión que, a nuestro juicio, puede considerarse perfectamente vigente en la actualidad tras la LEC de 2000.

⁴⁴ A propósito del presupuesto de la necesidad, señala GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 1166, que no se trata de una necesidad abstracta identificable con la idea de interés, que es presupuesto de la accionabilidad, sino que ha de tratarse de una necesidad concreta, derivada de las particulares circunstancias del caso y que debe ser justificada por quien la solicita. A su vez, considera este autor que la necesidad en la regulación vigente, en términos comparativos con su configuración bajo el régimen de la derogada LEC 1881, ha de interpretarse en sentido más laxo, comprensivo no solo de la necesidad en términos estrictos, sino también de la simple conveniencia práctica que esté razonablemente fundada.

261.1 LEC, así como de la referencia legal del art. 259.1 LEC a la diligencia «solicitada y acordada»), en el caso de la diligencia de determinación de los afectados la ley no exige su concreción. En este ámbito, el juez tiene atribuidos poderes de oficio para acordar las que considere oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, atendiendo a las circunstancias del caso y a los datos proporcionados por el solicitante, sin que aquel resulte vinculado por las eventualmente indicadas por el solicitante.

Otro de los requisitos que debe ser cumplido en orden a que la petición de diligencia sea admitida es la prestación de caución. Ello no obstante, por las dificultades que en la práctica plantea, hemos decidido dedicar a esta cuestión tratamiento separado.

2.3.2. La caución

La LEC 1/2000, a fin de ofrecer una garantía de la responsabilidad del solicitante por los gastos⁴⁵, así como los daños y perjuicios que la práctica de la diligencia pueda irrogar al requerido o requeridos, introduce –de modo absolutamente novedoso– el establecimiento de caución como requisito indispensable a fin de que la diligencia que en su caso fuere admitida pueda llevarse a término⁴⁶. A los citados efectos viene referido el artículo 256.3 LEC al disponer que: «Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares». A este respecto, debe discernirse el ofrecimiento de la garantía con su efectiva constitución⁴⁷, pues si bien el primero se lleva a cabo en la

⁴⁵ En cuanto a los gastos que deban ser resarcibles, sostiene GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 1160, que el legislador está pensando, fundamentalmente, en los gastos derivados de la necesidad de desplazarse, por lo que, a la vista del fuero general de competencia, podría desprenderse que su virtualidad se reduce a los supuestos a los que el fuero especial resulta de aplicación.

⁴⁶ A estos efectos apunta GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la... cit.*, p. 1161, que la finalidad del establecimiento de dicha caución es doble: de una parte, como se ha citado en texto, cumpliría una función de garantía y, de otro, una finalidad disuasoria. De ahí que considere que el art. 262 incorpora una norma sancionadora que persigue evitar que pueda acudir a las diligencias preliminares con fines desviados.

⁴⁷ Sin embargo, algunos aspectos concretos de la regulación experimentaron una mejora notable merced a las observaciones realizadas en el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como a algunas enmiendas.

En el Anteproyecto se preveía que el órgano jurisdiccional pudiera denegar la solicitud de diligencias tanto cuando las considerara injustificadas como cuando estimare insuficiente la fianza (art. 260.1 ALEC). El Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial criticó el sistema elegido por considerarlo contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, proponiendo un procedimiento de determinación de la caución que contribuyera a su respeto.

Así, se declara: «De igual forma, entre las causas de denegación de las diligencias preliminares se incluye la insuficiencia de la fianza ofrecida por el solicitante. El derecho a la tutela judicial efectiva debería llevar a eliminar dicha denegación por un defecto de

propia solicitud de la diligencia (art. 256.3 LEC), su constitución tendrá lugar dentro de los tres días siguientes a la resolución judicial que se pronuncie acerca de su admisión (art. 258.3 LEC), ya que es al juez a quien corresponde fijar la cuantía que debe consignarse⁴⁸.

La falta de constitución de la caución en el plazo establecido dará lugar al archivo definitivo de las actuaciones mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia⁴⁹. Ello no obstante, nuestros órganos jurisdiccionales se han mostrado más flexibles en este punto, ofreciendo al solicitante la posibilidad de subsanar el defecto de consignación. Así se desprende, por ejemplo, del AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 4 de noviembre de 2008, en el que el juzgador, apartándose del tenor de la norma, estima que «el archivo de las diligencias por tal motivo supondría una consecuencia desproporcionada y por ello lesiva de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la Constitución» (F. J. 2.º).

En otro orden de cosas, por lo que al cómputo del plazo referido *supra* concierne, nos sumamos a la crítica que el tenor de este precepto ha merecido a la doctrina y, es que el *dies a quo* debiera haber sido fijado en el siguiente a la notificación de la resolución al solicitante y no, como por el contrario se ha hecho, «desde el día en que se dicte el auto», pues, hasta su notificación, el solicitante es desconocedor del sentido mismo del fallo.

cuantificación, en definitiva subsanable. Sería más conveniente que el Tribunal cuantificara la fianza o caución en la misma resolución que acordare la admisión de la solicitud presentada, especificando la modalidad de fianza requerida, no haciendo depender la concesión o denegación de la misma de una condición tan incierta como la establecida en el texto, que requiere un pronóstico eventual sobre (el) cuál vaya a ser el criterio del juez en torno a la suficiencia de la caución».

Sin embargo, el art. 258.1 del Proyecto de Ley no recogió la observación formulada, acogiéndose, no obstante, después en el texto definitivo tras la presentación de la enmienda núm. 863 de Coalición Canaria y las enmiendas núm. 1184 y 1187 de CIU (5).

⁴⁸ Tal y como establece el AAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 5 de diciembre de 2003, «Es el juez el que debe señalar la cuantía de la caución para garantizar los gastos que se ocasionen y los daños y perjuicios que se pudieren irrogar. Una vez señalada por el juez la cuantía de la caución, la parte la prestará en cualquiera de las formas que permite el artículo 64 de la LECiv, si le interesa constituirla» (F. J. 2.º).

⁴⁹ La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, en coherencia con el propósito que preside, cual es la ampliación de las funciones del secretario judicial, modifica el art. 258.3 LEC haciendo recaer en este la decisión de archivo del procedimiento de diligencias preliminares por falta de constitución en plazo de la caución. Dicha decisión de archivo debe adoptarse mediante decreto. Ello no obstante, sigue residenciándose en la autoridad judicial, tanto la admisión de las diligencias preliminares, como la fijación de la cuantía de la caución (art. 258.1 y 2, y art. 260.2 LEC), toda vez que tales decisiones –que versan sobre cuestiones atinentes al fondo– han de revestir la forma de auto.

Con todo, una vez consignada la caución e iniciada la ejecución de la diligencia preliminar, su aplicación dependerá del desarrollo de las actuaciones. De este modo, si el proceso de obtención de la información no supone un gasto y tampoco irroga perjuicio alguno para el sujeto requerido, la caución deberá reintegrarse a quien la hubiere prestado⁵⁰. Lo mismo ocurrirá si el montante depositado excede de la cantidad que hubiere de abonarse al requerido, ya que el remanente deberá ser reintegrado al solicitante.

Ahora bien, la devolución de la caución o, en su caso, del remanente, no se produce de modo automático. El reintegro al solicitante de las cantidades pendientes únicamente tendrá lugar en el caso de que este inicie el proceso a cuya preparación se debía la diligencia en cuestión. A este respecto, dispone el artículo 256.3 LEC que «La caución se perderá [...] si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal».

Por lo anterior, si se solicita la diligencia de determinación de los afectados y en el plazo de un mes no se inicia el proceso colectivo, en principio, no procederá la devolución de la caución. Ello no obstante, el transcurso del plazo previsto por la norma no genera de modo «automático» la pérdida de la caución, toda vez que en caso contrario se alteraría su finalidad, convirtiéndose en una suerte de depósito o pseudo-sanción para el solicitante. En este sentido, la norma alude a una posible «justificación» que podría avalar la restitución en el caso de que el proceso posterior no llegara a iniciarse⁵¹. En nuestra opinión, uno de los supuestos en los que debiera proceder el reintegro de la caución –o en su caso el remanente– sería aquel en el que la solicitud de la diligencia parta de uno de los afectados, si tras la práctica de la diligencia no reúne la mayoría necesaria a los efectos de constituir el grupo, pues en tal caso

⁵⁰ A este respecto se pronuncia la SAP de Cáceres (Sección 1.ª) de 4 de diciembre de 2012, en un supuesto en el que Telefónica S.A solicita el reembolso de los gastos derivados de la práctica de la diligencia de determinación a que viene referido el art. 256.1.6 LEC, al sostener que «esta Sala no comparte que la mera dispensación de los datos requeridos en las diligencias preliminares haya ocasionado daño o perjuicio alguno a la entidad que, por otro lado, tenía los datos en su poder, al punto de facilitarlos al órgano judicial» (F. J. 5.º). Con base en tal razonamiento, corrobora la decisión de la juzgadora de primera instancia de reintegrar la caución prestada por la solicitante, a la sazón AUSBANC. Por su parte, también incide la sentencia en la circunstancia de que los gastos reembolsables son únicamente aquellos que se coligen de la práctica de las actuaciones que son requeridas por la autoridad judicial. En tal sentido dispone que «las publicaciones a que se refiere la reconviniendo, respecto de las que reclama igualmente su importe, y que según ella hubo de realizar en dos periódicos de Extremadura, anunciando las acciones que la actora pretendía ejercitar con motivo de las circunstancias que han dado lugar a este litigio, no fueron solicitadas por el órgano judicial [...], sino que se presentan como actos voluntarios de Telefónica S.A que, por tanto, no son susceptibles de daño o perjuicio alguno por tal motivo» (F. J. 5.º).

⁵¹ Vid. AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 28 de mayo de 2008.

carecería de capacidad para ser parte y, en consecuencia, legitimación a los efectos de dar inicio al proceso colectivo (art. 6.1.7 LEC)⁵².

2.4. Oposición del requerido

El requerido que no se muestre conforme con la decisión del juez en lo que a la práctica de la diligencia concierne podrá formular motivo de oposición frente al auto que acuerda la diligencia preliminar, en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a la recepción de la citación (art. 260.1 LEC)⁵³. Solo de este modo se puede salvar la indefensión que produce al requerido no poder recurrir el auto por el que se acuerda la práctica de la diligencia⁵⁴.

En lo relativo al modo en el que debe formalizarse la oposición, pese al silencio legal⁵⁵, debe entenderse que esta deberá ser formulada por escrito, en el que se harán constar los motivos que vendrían a justificar su desacuerdo. Estos, aun cuando no se encuentran legalmente tasados⁵⁶, pueden ser de fondo, pero también formales⁵⁷.

Entre los segundos podría ser invocada la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, y ello a pesar de la prohibición de proponer declinatoria en el procedimiento preliminar (art. 257.2 LEC). Y es que tanto la falta de jurisdicción como de competencia objetiva son causas de nulidad de pleno derecho (arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC), permitiendo la ley que su falta se ponga en conocimiento del tribunal en cualquier momento del proceso antes de la sentencia definitiva (arts. 240.1 LOPJ y 227.1 LEC)⁵⁸. Asimismo, podrían esgrimirse como motivo de oposición la falta de capacidad del solicitante, en el caso de que no cumpla los requisitos de los artículos 6 y 7 LEC, o la falta de representación.

⁵² Así lo considera, entre otros, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 105 a 106.

⁵³ Tal y como se pone de manifiesto en el AAP de Murcia (Sección 4.ª) 200/2011, de 6 de octubre, si no se formula oposición en el plazo de cinco días, esta se tendrá por no formulada.

⁵⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 363; DAMIÁN MORENO, J., en Lorca Navarrete (dir.), *Comentarios a la...*, cit., p. 1689.

⁵⁵ Así lo consideran, entre otros, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., 967; BARONA VILAR, S., «Diligencia preliminar específica...», cit., p. 213.

⁵⁶ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, cit., pp. 178 y ss.; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., p. 966.

⁵⁷ Cfr. GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., pp. 1177.

⁵⁸ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, cit., p. 180; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., p. 1265.

En lo concerniente a los primeros, el requerido podría alegar la ausencia de cualquiera de los presupuestos exigidos para la correcta formalización de la solicitud, como pudiera serlo: la inadecuación de la diligencia a la finalidad perseguida por el solicitante o la no concurrencia de justa causa o interés legítimo. Igualmente, podría aducirse la ausencia de detalle en la solicitud sobre la acción que se proyecta (art. 256. 2 LEC)⁵⁹, la imposibilidad material de llevar a cabo la diligencia solicitada o la falta de legitimación.

Formulada oposición, de ella se dará traslado al requirente para que pueda impugnarla por escrito en el plazo de cinco días⁶⁰. Las partes, en sus correspondientes escritos de oposición e impugnación (art. 260.1 LEC), «podrán solicitar la celebración de la vista, siguiéndose los trámites previstos para los juicios verbales». Una vez celebrada esta – si así hubiese sido solicitado por las partes–, el tribunal resolverá por medio de auto si considera que la oposición es justificada o no (art. 260.2 y 3 LEC). De no serlo, condenará al requerido mediante auto irrecurrible⁶¹ al pago de las costas que hubiere generado este incidente⁶². Por el contrario, frente al auto que declare justificada la oposición, sí cabrá recurso de apelación (art. 260.4 LEC)⁶³.

⁵⁹ En este sentido, el AAP de Madrid (Sección 11.ª) 125/2010, de 1 de junio, avala la decisión de instancia de rechazar la práctica de la diligencia del art. 256.1.6 LEC al estimar que «resulta insuficiente en el supuesto la inconcreta referencia a acciones de cesación, de nulidad por abusivas, nulidad contractual y reclamación de daños y perjuicios, pues es sin duda exigible una mayor concreción sobre la pretensión y el objeto del proceso» (F. J. 4.º).

⁶⁰ Antes de la reforma operada en este precepto por la Ley 452/2015, de 5 de octubre, la impugnación de la oposición por el requirente tenía lugar en la propia vista.

⁶¹ Como señalan BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, cit., p. 191; y GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la...*, cit., p. 967, el hecho de que no se prevea la posibilidad de recurrir el auto que resuelve la no justificación del motivo de oposición trae su causa de la necesidad de evitar dilaciones. Ello no obstante, como señala el segundo de los autores mencionados, no se comprende que en el caso de que se estime la oposición sí pueda recurrirse tal decisión.

⁶² Pero, obsérvese bien, tan solo se le condenará al pago de las costas generadas por el incidente de oposición –y si esta se considera injustificada–, siendo el resto de gastos y costas a cargo del solicitante. Ahora, si en el caso de que la oposición sea estimada no se establece norma especial es porque se sigue considerando adecuada la solución contenida en la norma general.

⁶³ El Anteproyecto, el art. 262 –precedente del vigente art. 260– establecía la irrecurribilidad del auto que resuelva sobre la oposición, con independencia de que la estimara o no injustificada. Frente a esa situación, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto se adujo que «esta supresión de la doble instancia puede generar indefensión ante la imposibilidad de preparar el juicio futuro, restringiendo así los contenidos del art. 24 CE».

Con todo, debe entenderse que la oposición, aunque no se indique expresamente, vendría a suspender el plazo que, en su caso, se hubiere concedido para la práctica de la diligencia solicitada⁶⁴.

2.4.1. La conculcación del derecho a la protección de datos de carácter personal como motivo de oposición

La posible colisión de la diligencia de determinación de los afectados con el derecho a la protección de los datos de carácter personal fue analizada por vez primera en la STC 96/2012, de 7 de mayo⁶⁵. En el asunto sometido a la consideración del Tribunal Constitucional se trataba de determinar si la previsión contenida en el artículo 256.1.6 LEC podía justificar, y con qué límites, una medida consistente en ordenar a las entidades bancarias la entrega de datos personales de sus clientes, sin el consentimiento de estos, a las asociaciones de consumidores para el ejercicio de futuras acciones colectivas. La cuestión planteada, tal y como advierte el propio Tribunal Constitucional, presentaba especial trascendencia por su novedad y la inexistencia de doctrina constitucional anterior.

El origen del recurso de amparo se remonta al año 2010, fecha en la que ADICAE formula la petición de diligencia preliminar ex artículo 256.1.6 LEC frente a la entidad bancaria BBVA, a los efectos de dar inicio a un proceso colectivo en el que pretendía ejercitar una acción colectiva de cesación. En su petición solicitaba que el juzgado requiriese a la entidad bancaria para que hiciera entrega de una serie de datos personales de los clientes que habían contratado ciertos productos financieros⁶⁶:

⁶⁴ Tal suspensión debe inferirse, según señala BELLIDO PENADÉS, R., en Gimeno Sendra, V. (dir.), «Proceso civil práctico...», cit., pp. 5-142, del art. 260 LEC, por cuanto en el mismo se refiere que la activación de las medidas previstas para el caso de negativa, tan solo procederá si el requerido «no atendiese el requerimiento ni formulare oposición», de lo que se colige en sentido inverso que, formulada oposición dentro de plazo, no se pueden adoptar medidas coercitivas dirigidas a obtener el cumplimiento de las diligencias acordadas, sino que deberá citarse a las partes a una vista (art. 260.1).

⁶⁵ Vid. al respecto de este pronunciamiento del máximo intérprete de la constitución «Acciones colectivas y protección de datos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 96/2012, de 7 de mayo», en *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*/33-2012; CORDÓN MORENO, F., «Protección de la privacidad de los clientes de la entidad financiera ante la medida preliminar del art. 256.1.6 LEC solicitada por una asociación de consumidores (STC, Sala 1.ª, 96/2012, de 7 de mayo)», en *Noticias breves*, Gómez-Acebo&Pombo, Junio 2012.

⁶⁶ Los productos financieros controvertidos eran aquellos en los que constase la denominación comercial de «contrato de cuota segura» y «contrato marco para la cobertura de operaciones financieras» o similares, o cualquier otro tipo de productos de permuta financiera de tipos de interés, cualquiera que sea su denominación comercial, que tengan por objeto cubrir el riesgo de subidas de interés asociado a un préstamo o crédito con o sin garantía hipotecaria, concertado a interés variable, mediante la contratación de un derivado financiero.

nombre y apellidos, DNI, dirección postal actualizada y números de teléfono, fax y correo electrónico, que tuviesen a su disposición.

En la cuestión principal objeto de enjuiciamiento, el Tribunal Constitucional reconoce que la medida solicitada por la asociación de consumidores cuenta con una previsión legal suficiente. Por un lado, el artículo 11.2 d) LOPD⁶⁷, que excepciona la exigencia de previo consentimiento de los interesados cuando se trate de la comunicación a terceros de datos de carácter personal cuando los destinatarios sean los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones. Y, por otro, el propio artículo 256.1.6 LEC, que, en el marco de las denominadas diligencias preliminares, dispone que todo juicio podrá prepararse «Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para 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. A tal efecto, el Tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación». Ello no obstante, el TC incide en la necesidad de conectar esta previsión con lo dispuesto en el artículo 258.1 LEC, que exige que el juez aprecie que «la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo». La ponderación deberá explicitarse en la resolución judicial con arreglo a un canon

⁶⁷ En principio, y dado que el destinatario de los datos requeridos en orden a identificar a los afectados por un determinado hecho dañoso es —en la práctica de las diligencias preliminares— la propia autoridad judicial, no parece que con la petición de su revelación por parte de quien los tenga a su disposición se vulnere derecho fundamental alguno. Y ello, por cuanto el propio art. 11.2 d) de La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), dispone expresamente que: «cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario a los jueces o tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, el consentimiento del o de los titulares no será preciso» (p. 14). Al respecto de la interpretación de este último precepto, la Agencia de Protección de Datos —en una consulta que le fue planteada a propósito, precisamente, de su cesión en el marco de un procedimiento judicial sin consentimiento del afectado— se pronunció en los siguientes términos: «De lo dispuesto en el precepto transcrito (art. 11.2d) se desprende que con carácter general, siempre que una autoridad judicial considere necesaria la aportación de datos personales obrantes en poder de la Agencia Tributaria en los términos que el propio órgano determine, será necesario aportar dichos documentos, pudiendo resultar la decisión de la entidad a que se solicitara la información de no facilitarla o facilitarla parcialmente, contraria a lo dispuesto en el artículo 118 de la CE, a cuyo tenor es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. En consecuencia, aun en el supuesto de que los datos personales requeridos por el órgano judicial excedieren de los referidos a las partes de un proceso, dicha cesión se encontraría amparada por lo dispuesto en el art. 11.2 d) de la LOPD, sin perjuicio de la utilización de la reserva a favor del consultante de las acciones y recursos que en derecho pudieren corresponderle ante el órgano judicial, cesionario de dicha información, que a su vez la pone a disposición de las partes en litigio».

reforzado de justificación, por cuanto la medida conlleva una limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

De lo anterior se desprende que no existe una prohibición constitucional derivada del artículo 18.4 CE, por lo que existe la posibilidad de acordar judicialmente la entrega de los listados de datos personales de los clientes de una entidad bancaria para preparar una demanda en ejercicio de una acción colectiva. Ello no obstante, para que la decisión judicial por la que se acuerda la entrega de los datos indicados sea constitucionalmente válida, es preciso que respete las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, siendo necesario a tal efecto que la resolución judicial se haya adoptado tras la realización del juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad⁶⁸.

Este último es, precisamente, el déficit constitucional que a juicio del máximo intérprete de la Constitución presentaba la resolución judicial objeto de impugnación, toda vez que el Juzgado de Primera Instancia no había exteriorizado las razones por las que la medida acordada era idónea, necesaria y proporcionada. Ausencia de justificación que conllevó una vulneración del derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El propio Tribunal Constitucional advierte que cuando se trata simplemente del ejercicio de una acción de cesación no resulta necesaria la obtención de los datos personales, tal como se solicitaba por la asociación ADICAE, pues, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15.4 LEC, en este caso no es necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en el proceso que se pretende iniciar. De este modo, aun cuando la asociación había manifestado en la solicitud de diligencias preliminares su intención de ejercitar también la acción de nulidad contractual por vicios de consentimiento, así como las acciones restitutorias e indemnizatorias de daños y perjuicios, la resolución judicial impugnada no explicó la pertinencia de la acumulación de dichas acciones a la acción principal de cesación, extremo que, según señala la sentencia, resultaba imprescindible en orden a justificar la medida solicitada.

Con arreglo a la doctrina establecida en la sentencia, toda medida encaminada a la obtención de datos personales de los clientes de una entidad bancaria para el ejercicio de acciones colectivas en el marco de las diligencias preliminares deberá ir acompañada de la necesaria justificación con arreglo a las exigencias derivadas del

⁶⁸ Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., «Solicitud de diligencias preliminares y su sometimiento al test constitucional de proporcionalidad. Entrega del listado de datos personales de los clientes bancarios a una asociación de defensa de usuarios y consumidores con la finalidad de ejercitar la acción de cesación para la defensa de intereses colectivos», en *Diario La Ley*, núm. 7943, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 de octubre de 2012, La Ley 9319/2012.

principio constitucional de proporcionalidad⁶⁹, lo cual, a nuestro juicio, resulta plenamente acertado.

2.5. Negativa a realizar la diligencia

Como ya se sostuvo al analizar la naturaleza del procedimiento preliminar, una de las principales novedades que introdujo la LEC 1/2000 y que a la postre imposibilita el encuadre de las diligencias preliminares en el seno de las actuaciones de jurisdicción voluntaria, reside en la articulación de una serie de medidas coercitivas orientadas a favorecer la ejecución de la diligencia ordenada⁷⁰. A estos efectos, dispone el artículo 261 I LEC que «Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto⁷¹, en el que expresará las razones que las exigen»⁷².

Aunque el precepto no contempla la posibilidad de que la negativa a la práctica de la diligencia se produzca tras la desestimación de la causa de oposición, ello no impide que los instrumentos coercitivos se activen también en estos supuestos y, de forma más genérica, ante cualquier negativa a colaborar por parte del requerido⁷³.

A su vez, el artículo 261.5 LEC señala que las medidas de intervención necesarias podrán desplegarse no solo ante el requerido, sino también «frente a cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo», posibilidad esta última que, al menos en una primera aproximación, puede resultar

⁶⁹ Vid. AAP de Barcelona de 24 de enero de 2013, en el que se obliga a la entidad financiera a entregar el listado de clientes afectados por dicha cláusula al entender que, siendo los destinatarios de los datos requeridos los jueces y tribunales, no ha de entenderse infringido, en aplicación del art. 11.2 d) LOPD, el derecho a la intimidad de los consumidores afectados.

⁷⁰ En la regulación anterior, ante la negativa del sujeto pasivo cuya intervención se solicitaba, la consecuencia jurídica establecida en la mayor parte de los casos era el surgimiento de la responsabilidad de dicho sujeto por los daños y perjuicios que se originaran al futuro actor.

⁷¹ En la redacción original de la LEC, la resolución prevista para estas medidas ejecutivas era la providencia. Nos parece más acertada la nueva regulación (introducida por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios), no solo porque el auto debe estar motivado en todo caso (a diferencia de la providencia, v. art. 208 LEC), sino también porque responde mejor a lo previsto en el nuevo texto, del que se desprende que las medidas ejecutivas no se adoptan de forma automática, debiendo el tribunal realizar una ponderación de los intereses en juego y acordarlas «cuando resulte proporcionado» (art. 261 LEC).

⁷² A la vista de que la inobservancia del requerimiento lleva aparejada una sanción, puede compartirse la opinión de BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias...*, cit., p. 192, cuando establece que «estamos ante una obligación procesal, y no simplemente ante una carga, porque La Ley prevé sanciones específicas contra el sujeto que se niega a colaborar en la realización de la diligencia».

⁷³ Así lo considera, y a su parecer nos sumamos, BELLIDO PENADÉS, R., en Gimeno Sendra, V. (dir.), *Proceso civil práctico...*, cit., pp. 5-154.

desconcertante, pues todos los sujetos que estén llamados a colaborar en la práctica de la diligencia tienen la consideración de requeridos. Ello no obstante, la misma debe ser interpretada en el sentido de que las medidas coercitivas previstas en estos casos podrán dirigirse frente a cualquier sujeto que haya sido instado a colaborar, con independencia de que este coincida con el futuro demandado.

En cuanto al tipo de medidas que podrán ser ordenadas, tratándose de la diligencia del artículo 256.1.6 LEC, se incluyen, además de una cláusula abierta –mediante la que se autoriza la adopción de «las medidas de intervención necesarias»⁷⁴, dos medidas concretas: la entrada y registro para encontrar los datos o documentos precisos a fin de determinar a los integrantes del grupo, y la responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial en que pudiera incurrir el requerido o requeridos que se hubieren negado a colaborar (art. 261.5 LEC)⁷⁵.

El común denominador de todas ellas es su carácter coercitivo, de modo que su adopción, lejos de ser automática, ha de responder a una adecuada ponderación de los intereses en juego. De este modo, únicamente en el caso de que la medida resulte proporcionada a la finalidad perseguida podrá ser adoptada⁷⁶. Y es que la incorporación de estos medios coactivos tendentes a favorecer la ejecución de la diligencia, si bien revierten en la mayor eficacia de esta fase preliminar, también presentan ciertas contrapartidas en su aplicación, y ello, fundamentalmente, por la colisión con los derechos en juego⁷⁷.

⁷⁴ Tal y como señala GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F (coords.), *Comentarios a la... cit.*, pp. 1190, la vaguedad de esta cláusula trae su causa de la amplitud del propio art. 256.1.6 LEC, por cuanto el mismo autoriza la adopción de «las medidas oportunas para la determinación de los integrantes del grupo».

⁷⁵ Vid. a este respecto ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Consideraciones en torno a la entrada y registro del proceso civil: aspectos constitucionales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004, pp. 1657 a 1663; PÉREZ BENÍTEZ, J. J., «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior: la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada», en *Diario La Ley*, núm. 6598, Sección Doctrina, 24 de noviembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-252, La Ley 3969/2006.

⁷⁶ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles...*, cit., pp. 1101 a 1102.

⁷⁷ El peligro de colisión de dicha regulación con el mencionado derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ya fue puesto de manifiesto durante el *iter* legislativo. Cabe destacar las observaciones efectuadas en el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al entonces Anteproyecto de la LEC, concretamente, al en su día art. 263.2, en el que se regulaban las consecuencias de la negativa a la exhibición de títulos y documentos actualmente previstas en el art. 261.2.º. En dicho Informe se aducía que las garantías para el derecho a la inviolabilidad de domicilio deben comprender «desde luego la necesidad de un expreso razonamiento y de un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida, aunque con una eficacia relativa a efectos pretendidos».

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Consideraciones en torno a la entrada y registro del proceso civil: aspectos constitucionales», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004.
- ASENCIO MELLADO, J. M., et al., «Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud», en *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, Madrid, marzo de 2010, La Ley 8506/2010.
- Banacloche Palao, J., *Las Diligencias preliminares*, Civitas, Madrid, 2003.
- BARONA VILAR, S., «Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados», en Barona Vilar, S. (coord.), *Tutela de los Consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BELLIDO PENADÉS, R., en Gimeno Sendra, V. (dir.), «Proceso civil práctico», vol. III-2, *La Ley*, Madrid, 2010.
- CARNERO SOBRADO, J. I., «La flexibilización del carácter *numerus clausus* de las diligencias preliminares en la reciente jurisprudencia», en *Diario La Ley*, núm. 7960, Sección Tribuna, 8 de noviembre de 2012, Ref. D-391, La Ley 17805/2012.
- CLEMENTE CASAS, I., «Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de prueba». Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1477/documento/foro7.pdf?id=2074>. Consultado el 9 de mayo de 2017.
- DAMIÁN MORENO, J., en Lorca Navarrete, A. M., (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional civil de consumidores y usuarios*, Edisofer, Madrid, 2005.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Las diligencias preliminares: supuestos y requisitos de la solicitud», en *Práctica de Tribunales*, núm. 40, Sección Estudios, Julio-Agosto 2007, La Ley 2228/2007.
- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., en De la Oliva Santos, A., Díez Picazo Giménez, I., Vegas Torres, J., Banacloche Palao, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Civitas, Madrid, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2010.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las Diligencias Preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, BOSCH, 2009.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, Aranzadi, Navarra, 2001.
- GARNICA MARTÍN, J. F., en Fernández Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F., *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, artículos 1 al 280, Telier, 2000.

- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, I. Procesos de declaración. Parte general*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «La regulación de las diligencias preliminares», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2000.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., «Solicitud de diligencias preliminares y su sometimiento al test constitucional de proporcionalidad. Entrega del listado de datos personales de los clientes bancarios a una asociación de defensa de usuarios y consumidores con la finalidad de ejercitar la acción de cesación para la defensa de intereses colectivos», en *Diario La Ley*, núm. 7943, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 de octubre de 2012, La Ley 9319/2012.
- MONTERO AROCA, en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., Calderón Cuadrado, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MORENO CATENA, en Cortés Domínguez, V., Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., «Efectos de las diligencias preliminares sobre el proceso ulterior: la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia acordada», en *Diario La Ley*, núm. 6598, Sección Doctrina, 24 de noviembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-252, La Ley 3969/2006.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VILLAR FUENTES, I., «Competencia objetiva para conocer las diligencias preliminares en procesos para la defensa de consumidores y usuarios», en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. Coord. por Ana Neira Pena; Agustín-J. Pérez-Cruz Martín (dir. congr.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir. congr.), 2012.

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

