



Roj: **AAP A 24/2019 - ECLI:ES:APA:2019:24A**

Id Cendoj: **03065370092019200002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **18/01/2019**

Nº de Recurso: **880/2018**

Nº de Resolución: **19/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDMUNDO TOMAS GARCIA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

Rollo de apelación nº 000880/2018

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE ELX

Autos de **Diligencias Preliminares** - 001287/2017

AUTO Nº 19/2019

Ilmos. Sres.

Presidente: D. José Manuel Valero Díez

Magistrado: D. Marcos de Alba y Vega

Magistrado: D. Edmundo Tomás García Ruiz

En ELCHE, a dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto los autos de **Diligencias Preliminares** nº 1287/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Elche, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por D^a. Teresa, D^a. Virginia, D. Fernando y D. Gabriel, habiendo intervenido en la alzada esta parte, en su condición de recurrentes, representados por el Procurador D. Manuel Lara Medina y defendidos por el Letrado D. José David Martín Lafoz, y como parte apelada "Banco de Sabadell, S.A.", representado por el Procurador D. Jorge Manzanaro Salines y defendido por el Letrado D. Manuel Pomares Alfonsea.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 16 de enero de 2018 el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Elche dictó Auto en el referido procedimiento cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimar justificada la oposición formulada por "Banco de Sabadell, S.A.", representado por el Procurador D. Jorge Manzanaro Salines, a la práctica de la **diligencia preliminar** interesada por D^a. Teresa, D^a. Virginia, D. Fernando y D. Gabriel, representados por el Procurador D. Manuel Lara Medina, y en su consecuencia acuerdo la conclusión del presente procedimiento sin la práctica de esta.

Se condena a la parte solicitante al pago de las costas procesales".



Segundo.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Procurador D. Jorge Manzanaro Salines, en nombre y representación de D^a. Teresa , D^a. Virginia , D. Fernando y D. Gabriel , siendo admitido a trámite.

Tercero.- Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a "Banco de Sabadell, S.A.", emplazándole por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentó escrito de oposición al recurso.

Cuarto.- Previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº 880/18, que ha quedado para resolver sin celebración de vista, tras señalarse para el día 17 de enero de 2019 su votación y fallo.

Quinto.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr Magistrado D. Edmundo Tomás García Ruiz, que expresa la convicción del Tribunal.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- *Objeto del recurso de apelación interpuesto .*

El auto dictado en primera instancia inadmite la petición de **diligencias preliminares** consistente en la **exhibición** de cosa litigiosa, y concretamente que se requiera a "Banco de Sabadell, S.A." para que proceda a la **exhibición** del extracto de dos cuentas corrientes de las que es titular "Smart Build Spain, S.L.", desde enero de 2004 hasta diciembre de 2007, argumentando que no tiene amparo en el número 2º del art. 256 L.E.C ., dado que el objeto del procedimiento que se pretende interponer no son las cuentas bancarias, sino el abono por la entidad demandada de las cantidades de dinero entregadas por la compra de viviendas. Por tanto, no se trata de la cosa sobre la que versará dicho procedimiento, pues la pretensión de la parte actora no es que el mismo finalice con la entrega de dichas cuentas

D^a. Teresa , D^a. Virginia , D. Fernando y D. Gabriel interponen recurso de apelación contra esta decisión alegando vulneración de doctrina de esta misma Sala en la que se admite que el extracto de cuenta corriente es una cosa mueble que puede ser objeto de **exhibición** y entrega, sin que tenga encaje, en cambio, en el concepto de prueba anticipada al no existir temor fundado de que dichas cuentas vayan a desaparecer durante el curso del procedimiento. Asimismo, se oponen a la imposición de costas procesales.

"Banco de Sabadell, S.A." rechaza dicho recurso dando por reproducidos los razonamientos de la resolución impugnada, pues lo que realmente se pretende es la práctica de una prueba documental anticipada para asegurar el éxito de la futura demanda, además de obtener información sobre personas ajenas al procedimiento. De hecho, ya se ha interpuesto demanda contra esta entidad con el mismo objeto por uno de los solicitantes (el Sr. Gabriel), sin que exista duda alguna sobre la legitimación pasiva de "Banco de Sabadell". Por último, solicita la confirmación de la condena al pago de las costas procesales.

Segundo.- *Exhibición de documentos . Extracto de cuenta corriente .*

Como pone de manifiesto la resolución recurrida, constituye doctrina jurisprudencial reiterada que las **diligencias preliminares** reguladas en el art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentran sujetas a un "numerus clausus", de modo que sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley, sin extensión a otros supuestos de análoga finalidad, pues, conforme al ATS. de 11 de noviembre de 2002 , el *criterio restrictivo* " es el existente en la nueva Ley, ya que, aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así, porque ha suprimido alguno de la Ley precedente -ad exemplum-, la **exhibición** de títulos en casos de evicción a que se refería el art. 497.4 L.E.C 1981 , pero ha creado nuevos supuestos, como el núm. 6 del actual art. 256 referido a la defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios. Finalmente, el núm. 7 admite otros supuestos para la protección de determinados derechos previstos en leyes especiales.

Por tanto, la conclusión, es 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 que se refiere el núm. 7 (hoy 9) de dicho artículo ".

Por su parte el artículo 258.1 LEc impone al juez un control de oficio de la adecuación de la finalidad pretendida a la **diligencia** pedida, la concurrencia de justa causa y de interés legítimo, debiendo rechazar la pretensión en el caso de que considere que no está justificada dicha solicitud.

No obstante, también viene declarando la jurisprudencia menor que, en aras del derecho constitucional al acceso al proceso como medio para obtener una tutela judicial efectiva, los órganos jurisdiccionales deben realizar una *interpretación flexible* , en el sentido más favorable a la efectividad de aquel derecho.



En este sentido, esta Sala declaró en el auto de nº 433/2015, de 19 de noviembre : " *Ciertamente, como se dice en la resolución recurrida las **diligencias preliminares** son numerus clausus, aunque su interpretación, como dijo el Acuerdo no Jurisdiccional de la Audiencia de Madrid de 23/9/2004, ha de ser flexible y extensivo 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* ".

E, igualmente, el AAP. Madrid (Sección 28ª) de 7 de julio de 2017 señala: " *Es cierto que cabe que las previsiones contenidas en estos preceptos sean interpretadas de un modo flexible, para así facilitar a los interesados en interponer un litigio judicial que puedan obtener los elementos fácticos que les permitan emprenderlo (en este sentido se pronuncian los autos de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de junio y 17 de julio de 2008 , 19 de junio de 2009 y 15 de enero de 2010 ; el auto de 16 de junio de 2006 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres ; el auto de 29 de abril de 2008 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ; el auto de 8 de octubre de 2008 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra); y ese es el criterio asumido en la reunión celebrada el 23 de septiembre de 2004 para la unificación de criterios de los magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid (...).*

*Porque con la **diligencia preliminar** se pretende verificar si se dan o no los presupuestos legales para iniciar el correspondiente proceso y no sólo para poder fundar, sino también para poder aquilatar los pedimentos, de todo orden, de la futura demanda . Se previene así la iniciación de litigios estériles, se facilita que las demandas se dirijan contra quien realmente merezca, prima facie, ser demandado, se evita que el demandante, que puede tener dificultades para aportar pruebas directas que sustenten su demanda, se embarque en un litigio a riesgo de perderlo y se posibilita que en el suplico de las demandas se precisen tanto las peticiones idóneas para la adecuada tutela de sus derechos como la cuantía de las indemnizaciones procedentes "* .

A su vez, el AAP. Barcelona (Sección 14ª) de 13 de enero de 2017 , aunque rechaza la petición por las circunstancias concretas concurrentes en dicho supuesto, admite que una petición semejante a la del presente procedimiento (**exhibición** del contrato de cuenta corriente y un extracto completo de sus movimientos con copia de los documentos que acreditasen las disposiciones realizadas) tiene encaje en el art. 256.1.2º LEC .

Y, sin ánimo exhaustivo, esta misma Sala expuso en el Auto n.º 9/18, de 19 de enero , que " *la finalidad de las **Diligencias Preliminares** reguladas en los artículos 256 y ss de la Ley 1/2000 , es facilitar la preparación del proceso, permitiendo al solicitante obtener información acerca de las circunstancias relativas a la personalidad del futuro demandado, o de otros extremos que el demandante precise conocer para decidir acerca de la presentación de la demanda, así como de su concreto contenido, evitando la producción de pleitos inútiles, o con el objeto equivocado, o la relación jurídica procesal erróneamente construida* " .

Partiendo de estas premisas, se estima procedente revocar la decisión adoptada en primera instancia, ya que la **diligencia** solicitada resulta necesaria para conocer los ingresos realizados por la promotora en sendas cuentas de la entidad bancaria contra la que se pretende interponer la demanda en reclamación de las cantidades anticipadas por los compradores solicitantes para la adquisición de viviendas, al amparo de la Ley 57/1968.

No desconoce este Tribunal la existencia de resoluciones de otras Audiencias Provinciales con un criterio diferente al que se mantiene en esta resolución, de la que puede servir de ejemplo el AAP Granada (Sección 3ª) de 17 de mayo de 2017 , que a su vez menciona el AAP. Barcelona (Sección 14ª) de 13 de enero de 2017 y el AAP Madrid (Sección 28ª) de 3 de octubre de 2014 , decantándose, no obstante, por esta interpretación de las normas jurídicas reseñadas en atención a los razonamientos expuestos.

De otro lado, el citado AAP. Madrid (Sección 28ª) de 7 de julio de 2017 realiza un minucioso estudio sobre la petición de *documentación perteneciente a terceros a través de **diligencias preliminares**, declarando "... que la **contabilidad** y la documentación empresarial es objeto de una específica previsión legal, que vela por el respeto de su confidencialidad, que exige disponer de respaldo legal para poder exigir el acceso a la misma por parte de un tercero (artículo 32 del C. de Comercio) y ello, además, de manera restringida* " .

Sin embargo, este obstáculo puede solventarse mediante la restricción de la petición realizada por la parte actora, circunscribiéndola a la **exhibición** únicamente de los extractos de las cuentas bancarias en cuanto afecten a ingresos de las cantidades anticipadas por los solicitantes o derivados de la adquisición de las viviendas descritas en sus respectivos contratos de compraventa.

En este sentido, acerca del requisito de proporcionalidad , señala la STC. de 7 de mayo de 2012 : " *De todo lo expuesto se deduce que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el art. 18.4 CE . Y ello, porque una **diligencia preliminar** consistente en requerir a una entidad bancaria la entrega de datos personales de sus clientes, sin el previo consentimiento de éstos, para su posterior entrega a una asociación de consumidores*



que pretende iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, implica un claro límite en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) y, en consecuencia, no es suficiente la existencia de una genérica habilitación legal (ex art. 256.1.6 LEC), sino que dicha medida ha de adoptarse mediante resolución especialmente motivada, exteriorizando los elementos de juicio en los que se basa la resolución, de forma que las razones fácticas y jurídicas queden perfectamente expuestas y, además, debe someterse a un estricto juicio de proporcionalidad, como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones que procedan de normas o resoluciones singulares (STC. 85/1992, de 8 de junio , FJ 4). Sin embargo, nada de esto se ha hecho en las resoluciones jurídicas impugnadas ".

En definitiva, el recurso interpuesto debe ser estimado, accediendo a la **diligencia** solicitada, siendo varias las resoluciones judiciales que admiten una interpretación flexible del art. 256.1 LEC ., incluyendo la petición de documentos de esta naturaleza tanto en el apartado primero (**exhibición** de documentos en los que conste la capacidad, representación o legitimación de la persona contra la que se va a dirigir la demanda), como en el segundo (**exhibición** de la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio).

Así, entre estas últimas, el mencionado auto de esta Sección de 19 de enero de 2018 (n.º 9/18) declara que " las **diligencias preliminares** en los apartados del artículo 256,1, se encuentran referidos a la legitimación activa (3º y 6º) o pasiva (1º y 5º) de los futuros litigantes en el pleito posterior que se prepara, siendo en estos casos la finalidad de las **diligencias preliminares** la correcta determinación de las personas que han de integrar la relación jurídica procesal en el futuro pleito, que es lo pretendido, en principio acertadamente, por el recurrente ".

El AAP. Barcelona (Sección 1ª) de 7 de marzo de 2017 declara: " A pesar de que la subsunción que efectúa la recurrente al supuesto del artículo 256 .1.1 LEC no se considera adecuada para el caso de autos porque se refiere a documentos relativos a la capacidad, representación o legitimación de Fra de Barcelona, el Tribunal no se aparta del deber de congruencia si, de acuerdo con los hechos y la petición formulada, reconduce el supuesto a la previsión del apartado 1.2º del mismo precepto, haciendo una interpretación extensiva del término "cosa" que utiliza el texto legal, que bien puede equipararse a la entrega de documentos ".

Y el AAP. Barcelona (Sección 14ª) de 13 de enero de 2017 : " ... desde esta perspectiva, su petición podría tener perfecto encaje en el art. 256.1.2º de la LEC , pues bajo la expresión "la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio" nada impediría incluir el contrato del que parece la actora no tiene copia e inclusive el extracto de los movimientos de la cuentas y los documentos que soporten las disposiciones de fondos que resulten del mismo y que se dicen necesarios para actuar la responsabilidad de la entidad demandada por razón de ese mismo contrato ".

Finalmente, debemos recordar que una petición semejante ya fue resuelta por esta Sección Novena en el citado auto 9/18, de 19 de enero , en los términos siguientes: " En este caso, justifican los recurrentes, compradores de una vivienda cuya resolución ha sido acordada judicialmente, la petición de **diligencias preliminares**, por su intención de demandar a la entidad garante BBVA, como eventual responsable en los términos de la entonces vigente ley 57/68, para que considere necesario determinar si el promotor ingresó las correspondientes cantidades en la cuenta contractualmente designada en dicha entidad bancaria.

Y ciertamente es un dato relevante que puede determinar la legitimación pasiva del BBVA, en la futura demanda a interponer, por lo que está en principio suficientemente justificado el interés e incluso la razonable necesidad de solicitar del mismo la entrega de los extractos de cuenta abiertos por la sociedad xxx, en el BBVA, correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008 para comprobación se existen los pagos indicados en el propio escrito de petición de dirigentes **preliminares**.

Y decimos en principio, porque la proporcionalidad que hemos visto que es exigible en estos casos impone que esos extractos se ciñan exclusivamente a las cantidades a las que se refieren las transferencias efectuadas por los recurrentes, si es que se ingresaron en la cuenta abierta en dicha entidad y contractualmente designada, o en cualquier otra abierta por la promotora en dicha entidad correspondientes a dichos años ".

Tercero.- Costas de primera instancia.

Solicita la parte apelante que no se le impongan las costas procesales en caso de desestimación del recurso al existir al menos una resolución de la Sección Séptima de la AP. Alicante, con sede en Elche, que respalda su petición (auto de 29 de mayo de 2002).

En efecto, se aprecian dudas de derecho que justifican que no se impongan las costas procesales a ninguna de las partes, pudiendo citarse como resoluciones discrepantes las referidas en el razonamiento jurídico segundo.

Cuarto.- Costas procesales de la apelación .



De conformidad con el art. 398.2 LEC , no procede la imposición de costas procesales a la parte apelante al haber sido estimado el recurso interpuesto.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : **Estimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Teresa , D^a. Virginia , D. Fernando y D. Gabriel , contra el auto de fecha 16 de enero de 2018 recaído en las **Diligencias Preliminares** nº 1287/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Elche , debemos **revocar y revocamos** dicha resolución, acordando en su lugar desestimar la oposición formulada por "Banco de Sabadell, S.A.", representado por el Procurador D. Jorge Manzanaro Salines, ordenando la continuación del presente procedimiento, si bien restringiendo la petición realizada por la parte actora a la **exhibición** únicamente de los extractos de las referidas cuentas bancarias en cuanto afecten a ingresos de las cantidades anticipadas por los solicitantes o derivados de la adquisición de las viviendas descritas en sus respectivos contratos de compraventa, sin imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias y devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no procede recurso alguno.

Así por este Auto del que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente Juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9