



**AUD. PROVINCIAL SECCION QUINTA
OVIEDO**

AUTO: 00122/2021

Modelo: N10300
CALLE CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3 EDIFICIO AUDIENCIA 4ª PLANTA

-

Teléfono: 985968746 / 47 Fax: 985968749
Correo electrónico:

Equipo/usuario: ABM

N.I.G. 33037 41 1 2021 0000620
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000471 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MIERES
Procedimiento de origen: DPR DILIGENCIAS PRELIMINARES 0000200 /2021

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: MARIA ARANTZAZU PEREZ GONZALEZ
Abogado: LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS
Recurrido: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA)
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

A U T O N° 122/21

Magistrados Iltmos. Sres.:

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO
DON EDUARDO GARCÍA VALTUEÑA

En OVIEDO, a once de noviembre de dos mil veintiuno.

El recurso de apelación nº 471/21, dimanante de autos de Diligencias Preliminares nº 200/21, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres, fue promovido por DOÑA [REDACTED], como demandante en primera instancia, representada por la Procuradora Doña María Arántzazu Pérez González y bajo la dirección del Letrado Don Luis Fernández del Viso Arias, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., como demandada en primera instancia, representada por la Procuradora Doña [REDACTED] y bajo la dirección de la Letrado Doña [REDACTED].



Firmado por: JOSE LUIS CASERO
ALONSO
11/11/2021 17:14
Minerva

Firmado por: MARIA JOSE PUEYO
MATEO
11/11/2021 17:59
Minerva

Firmado por: EDUARDO GARCIA
VALTUEÑA
12/11/2021 10:17
Minerva

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

HECHOS

PRIMERO.- En los autos de los que el presente rollo dimana, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres, se dictó Auto con fecha veintisiete de mayo de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva dice así: "ACUERDO: Desestimar la solicitud de Diligencias Preliminares presentada por la procuradora de los tribunales Sra. [REDACTED], en nombre y representación de D^a. [REDACTED], con archivo del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de [REDACTED] y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña [REDACTED] solicitó diligencias preliminares al amparo del ordinal 2 del art. 256 LEC, en el sentido de que por el BBVA se exhibiese el contrato de tarjeta de crédito suscrito por ella con la entidad y el histórico contable de la cuenta de la tarjeta y la entidad bancaria se opuso aduciendo que la pretensión de exhibición o aportación no tenía cobijo en ninguno de los supuestos del art. 256 LEC y constituía la práctica de una prueba anticipada.

El Tribunal de la instancia rechazó la práctica de la diligencia solicitada por no ser incardinable en ninguno de los supuestos del art. 256 LEC y el solicitante, no conforme, recurre trayendo en su apoyo, entre otras, la consideraciones de la resolución de 10-06-2021 emitida en un supuesto similar por la Secc. 4^a de esta Audiencia.



Sin embargo, el criterio de este Tribunal, en coincidencia entre otras con el de la Sección primera de esta Audiencia (autos de 9-06-2020 y 11-09-2020), es que la exhibición documental interesada por el recurrente no es incardinable en el supuesto regulado en el ordinal 2 del art. 256 de la LEC de exhibición de la cosa en poder de un tercero y a la que se referirá el juicio, y así lo venimos declarando desde nuestro auto de 22-05-2020 (rollo 120/2020), que dice así: "La Sala, a la vista de la naturaleza y contenido de las diligencias del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y siendo el elenco que se establece en las mismas un *numerus clausus*, rechazándose asimismo (cambiando el criterio sostenido por esta Sala en el auto de 7 de febrero de 2.019, que apoyaba la tesis de la hoy parte apelante, posición que se estima debe rectificarse pues ya son muchas las Audiencias Provinciales que entienden que no cabe tal identificación entre la cosa y el documento, teniendo la exhibición de documentos unos apartados específicos) que se pueda identificar la exhibición de la cosa que se tenga en su poder con la exhibición documental pretendida, estima, como se hiciera en el auto reciente de la Audiencia Provincial de La Rioja de 30 de enero de 2.019, que la petición no puede prosperar; y así en esta resolución se señala: "Como recoge el auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2.012 señala que: "Lo que no tiene cabida en esa diligencia preliminar listada es la pretensión de la aquí solicitante. La finalidad de esta diligencia de exhibición de cosa no es la de averiguar cualesquiera hechos relevantes para un futuro pleito pues no tiene una finalidad de prueba anticipada o de aseguramiento de la prueba de hechos relativos al fondo del futuro proceso, que es la que subyace en el presente supuesto, en cuanto que los documentos cuya exhibición se insta no es la cosa a obtener en el litigio que se pretende entablar sino, antes bien, la prueba de hechos relativos al fondo del futuro proceso que, de esta forma, se pretende asegurar"; o el auto de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de marzo de 2.012 razona que "no debe confundirse diligencias preliminares con prueba anticipada ya que son dos figuras diferentes, las diligencias preliminares tienen por objeto preparar un 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 con la carga probatoria del artículo 217 de la LEC, que se desenvuelve dentro del proceso; explicación que se hace en cuanto no se puede utilizar el mecanismo de las





diligencias preliminares para una finalidad distinta a la prevista en el precepto analizado."

En similar sentido el auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 245/2018, de 20 de diciembre, que reseña el de la misma Sala de 10 de junio de 2.008, expone: "Las Diligencias Preliminares en los términos que vienen configuradas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a aquellos hechos, elementos o datos que son necesarios e indispensable conocer o tener para iniciar correctamente un proceso, facilitar su desarrollo o asegurar la eficacia de la Sentencia que en su día se dicte, como su nombre indica son anteriores al juicio y aun cuando pueda intervenir el deudor, no implica contienda, sino mera comprobación de un hecho, dado que el juicio solo principia por demanda. Es unánime la doctrina al considerar que los supuestos regulados en el artículo 256 han de calificarse como "numerus clausus", es decir, sólo pueden solicitarse aquellas que se incluyan en la citada norma, debiendo rechazarse toda aquella que no esté contemplada expresamente, aunque ello no impide que se deba realizar una interpretación flexible de los supuestos contemplados en la citada norma. El fundamento se encuentra en la necesidad de la seguridad jurídica evitando que se puedan interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los se han tenido en cuenta por el legislador, conclusión a la que se llega en base a los términos que emplea la citada norma y que expresamente señala la Exposición de Motivo cuando declara: "Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios". Y así, el auto del TS de 11 de noviembre de 2.002 las ha definido como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para conocer los datos indispensables para que, el futuro juicio pueda tener eficacia, tienen carácter taxativo, no siendo posible solicitar otras distintas de las señaladas expresamente en la Ley. Así lo destaca la citada resolución, interpretando el tenor de la norma que únicamente recoge unos concretos y específicos supuestos, y así se desprende de la exposición de motivos de la Ley, expresiva de que se han ampliado las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas, negando así claramente la posibilidad de interesar otras distinta a las contempladas





en ella puesto que en la resolución objeto de recurso figura como primera razón para no dar lugar a las diligencias preliminares la de que se solicita la aportación (exhibición) de documentos por la vía del art. 256.1.2º LEC, y se señala que ello no tiene encaje en dicho precepto legal, debemos partir de lo que señalamos al respecto en el Auto de esta Sección de la Audiencia de 6 de noviembre de 2.018: "2.- En cuanto a la exhibición propiamente dicha de la documentación que se pide, entendemos que tampoco puede encuadrarse en la previsión de este apartado. No se trata de que el concepto "cosa" sea distinto del de "documento", pues éste es, al final, una "cosa". Y de hecho, es perfectamente imaginable la exhibición de un documento, pero siempre y cuando el mismo sea el objeto del proceso (por ejemplo, cuando se reclama la entrega de un documento concreto de valor histórico o artístico, constituyendo éste el objeto mismo de la acción).

Así resulta del propio tenor literal del artículo 256.1.2 LEC cuando dice, refiriéndose a la cosa a exhibir que la misma es 'a la que se haya de referir el juicio' (léase, la que es objeto del juicio). Por lo tanto, en cuanto un documento constituya el objeto de la pretensión a ejercitar en un proceso futuro, podrá ser exigida su exhibición, pero cuando no es sino un elemento de prueba tendente a verificar el alcance o la viabilidad (incluso) de la pretensión que se quiere ejercitar, no."

Y también el auto nº 25/2018, de 15 de junio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense que señala: "La relación de diligencias enumeradas en el artículo 256 LEC tiene carácter de *numerus clausus*. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en el Auto de 11 de noviembre de 2002 con el siguiente razonamiento: "planteada en la praxis, si tales diligencias se encuentran o no sujetas a un *numerus clausus*, o sea si sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley o pueden pedirse respecto a otros supuestos de análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales en sus sentencias siguieron el criterio taxativo, otras las admitieron en supuestos no previstos en la ley, si bien predominó el criterio restrictivo. Tal criterio es el hoy existente en la nueva Ley pues 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. 497.4º LEC. 1.881, 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..."



....En este caso, la ingente documental interesada no encaja en ninguna de las diligencias relacionadas en el artículo 256 ni concretamente en el invocado en el recurso apartado 1.2º, sobre "solicitud de la que 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". En el Auto de esta Sala de 21 de diciembre de 2.017 se razonaba que dicho apartado contempla la exhibición de la "cosa" que la parte a la que se pretende demandar tenga en su poder. El término cosa no es equiparable a documento. En tal sentido Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de diciembre de 2.011 y Auto de esta Sala de 15 de enero de 2.015 conforme al cual: "El precepto legal citado tienen su antecedente próximo en el artículo 497 LEC y éste se refería expresamente a la exhibición de cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de acción real o mixta que se trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder, supuesto distinto a la exhibición documental a efectos de ejercitar posteriormente una acción personal. Aun cuando el artículo 256 LEC no excluye los documentos, de sus términos, se deduce su referencia a las cosas muebles corporales, y en cualquier caso, de entenderse comprendidos los documentos, habían de ser el objeto fundamental del propio litigio, lo que no sucede en el caso. Como se deriva también del hecho de comprenderse en los restantes apartados del mismo precepto legal, como diligencias preliminares, la exhibición documental con referencia a supuestos específicos y muy concretos, como lo son, la exhibición del testamento, de las cuentas de la sociedad, del contrato de seguro o de la historia clínica (apartados 3.º, 4.º, 5.º y 5.º bis)".

Tampoco sería subsumible la petición en los supuestos recogidos en el artículo 256 relativos a la exhibición documental."

Conforme a lo expuesto, la solicitud de exhibición del original de la matrícula de la hija de la recurrente en el centro de educación infantil no resulta incardinable en el apartado 1.2º del artículo 256 de la Ley Procesal Civil, ni tampoco en ninguno de los otros apartados del precepto relativos a exhibición documental, por lo que ha de confirmarse la decisión denegatoria adoptada por el Juzgado a quo en la resolución recurrida que, por ello, y por no estimarse necesaria la diligencia para la finalidad en que se sustenta su solicitud, ha de ser confirmada".

SEGUNDO.- La desestimación del recurso no ha de conllevar la imposición al recurrente de las costas de la apelación,



pues la dispar respuesta de los Tribunales a peticiones como la suya evidencia la concurrencia de dudas de derecho.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

ACUERDO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra el auto dictado en fecha veintisiete de mayo de dos mil veintiuno por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mieres, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

No procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas del recurso.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

