



**AUD. PROVINCIAL SECCION SEXTA
OVIEDO**

AUTO: 00[REDACTED]/2022

Modelo: N10300
CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 Fax: 985968757
Correo electrónico:

N.I.G. 33044 42 1 2022 0004040
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000[REDACTED]/2022
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.3 de OVIEDO
Procedimiento de origen: DPR DILIGENCIAS PRELIMINARES 0000398 /2022

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: MARIA ARANTZAZU PEREZ GONZALEZ
Abogado: LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS
Recurrido:
Procurador:
Abogado:

RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]/22

En OVIEDO, a cuatro de Octubre de dos mil veintidós. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Riaza García, Presidente, D^a Marta M^a Gutiérrez García y D. Antonio Lorenzo Álvarez, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

AUTO

En el Rollo de apelación núm. [REDACTED]/22, dimanante de los autos de juicio civil Diligencias Preliminares, que con el número [REDACTED]/22 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3, de Oviedo siendo apelante DON [REDACTED], demandante en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. MARIA ARANZAZU PEREZ GONZALEZ y asistido por el Letrado Sr. LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don Jaime Riaza García.



Firmado por: JAIME RIAZA GARCIA
04/10/2022 12:10
Minerva

Firmado por: MARTA M. GUTIERREZ
GARCIA
04/10/2022 12:13
Minerva

Firmado por: ANTONIO LORENZO
ALVAREZ
04/10/2022 12:15
Minerva



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo dictó Auto en fecha 05.04.22 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" ACUERDO DENEGAR la práctica de las diligencias preliminares interesadas, por la Procuradora de los Tribunales ARANZAZU PEREZ GONZALEZ, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. "

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 27.09.22.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de instancia rechazó la solicitud de exhibición del contrato de tarjeta de crédito AFFINITY CARD celebrado con la requerida razonando en síntesis a tal efecto que la pretensión de la parte no se incardinaba en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 256 de la LEC.

Interpone recurso la solicitante invocando la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sancionado por el





artículo 24 de la Constitución, habida cuenta que la denegación del auxilio solicitado para vencer la ilícita resistencia del Banco a facilitarle la documentación imprescindible para entablar una acción de nulidad de las cláusulas predispuestas por el empresario que aquel reputaba abusivas y, por ende, nulas de pleno derecho, le impedía el ejercicio del mentado derecho fundamental y venía a convalidar una conducta abiertamente contraria a lo dispuesto en la Orden EHA 2899/2011

SEGUNDO.- Ciertamente la actividad preparatoria en un proceso está confiada a las partes litigantes, pero en ocasiones se precisa la intervención de los Tribunales para lograr la información imprescindible para plantear la demanda allanando concretos obstáculos que impiden la válida y correcta constitución de la relación jurídica procesal, o la concreción del objeto del litigio que se pretende entablar.

A ello se ordenan las diligencias preliminares, concebidas como conjunto de actuaciones de carácter no jurisdiccional encaminadas a facilitar la posibilidad de obtener la información necesaria para la correcta formulación de una demanda por quien goce de legitimación para ello, cuando no haya otro medio de preparar el ejercicio de la acción que el solicitante se propone plantear y que, como dice el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de mayo de 2004, se someten a los siguientes principios rectores:

- a.- principio de legitimación: la pretensión debe ser promovida por quien tenga interés legítimo para obtener el conocimiento que se pretende (artículo 258.1 LEC);
- b.- principio de tipicidad: las únicas diligencias postulables serán las que encuentren cobijo en alguno de los siete



ordinales pergeñados por el legislador en el artículo 256.1. LEC y en las leyes especiales; por ello el legislador ofrece una descripción casuística de las diligencias que pueden postularse como preparación de un juicio y mantiene, en la Exposición de Motivos de la LEC, que la nueva regulación amplía las diligencias que cabe solicitar, "aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas"; sobre ello incide también el muy citado Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002, cuando dice que el artículo 256 de la LEC configura las diligencias preliminares conforme a un sistema de "numerus clausus " de modo que sólo pueden considerarse como tales las establecidas en el citado precepto o las previstas en las correspondientes leyes especiales a que se refiere el núm. 7, actualmente núm. 9º, del artículo 256 de la LEC.

c.- principio de idoneidad: las diligencias solicitadas deben ser idóneas para la finalidad pretendida; por ello, el artículo 258.1 exige que el tribunal compruebe si la diligencia solicitada es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue;

d.- principio de proporcionalidad: las diligencias promovidas deben ser el único medio de obtener el conocimiento preciso para promover en el orden jurisdiccional una concreta tutela jurídica de un derecho; de ahí que el artículo 258.1 LEC impongan al tribunal comprobar la concurrencia de una justa causa en la solicitud, posibilitando su rechazo ad limine si estimara que las diligencias no resultan justificadas.

Puede discutirse sobre el mayor o menor rigor con el que ese presupuesto debe ser entendido, pero no que el mismo es indispensable para que la diligencia sea procedente, porque por su propio concepto la institución responde a la idea de necesidad.

Por otra parte 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.

Este presupuesto de las diligencias preliminares se recoge por el legislador con la referencia a la idea de justa causa y presupone, y a su vez exige: a) la existencia de un conflicto que justifique la necesidad de un proceso futuro; b) la necesidad de preparación de ese proceso mediante la diligencia que se interesa.

Es verdad que el criterio mayoritario de las Audiencias tiende a una aplicación estricta del principio de tipicidad rechazando la identificación del documento contractual con "la cosa" a exhibir por quien la tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio, conforme reza el artículo 256.1.2º) de la LEC, entendiendo que el epígrafe en cuestión evoca la exhibición de cosas muebles corporales (a la "cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar..." aludía el derogado art. 497,2º LEC de 1981), valiosas por sí mismas y no por su relación con un determinado negocio o situación jurídica, en torno a cuya existencia y realidad habrá de girar el futuro pleito, y cuya guarda o depósito puede reclamar el solicitante dado el riesgo de su localización, deterioro o pérdida.

Abunda en ello la enumeración que el resto de los epígrafes hacen de los específicos documentos a exhibir (acto de última voluntad, documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, contrato de seguro e historia clínica) en función de la acción



que en cada caso se pretenda entablar, pues, de entender de manera indeterminada el término "cosa" del epígrafe segundo, tal concreción sería innecesaria.

Este Tribunal se ha sumado varias veces a esa corriente, más la cuestión sigue sin ser pacífica, ni siquiera en este mismo territorio, como evidencian los Autos de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 22 de junio de 2020 y de la Sección 4ª de 10 de junio de 2021.

Ello no obstante, reconociendo las poderosas y fundadas razones de quienes siguen esa línea interpretativa, este Tribunal se ha replanteado recientemente si tal lectura es la más conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, o si, cuando menos, no desatiende el principio de economía procesal, pues, de cerrar esta vía, no parece que exista otra solución que remitir a la parte a un proceso declarativo, que seguiría siendo preparatorio del principal, pues es indudable que, como expone la sentencia de la Sección 5ª de 6 de octubre de 2020, Rollo 372/20, el cliente goza de derecho de información respecto de la cuenta del crédito y así han venido sancionándolo la Recomendación 88/590 UE de 17 de noviembre de 1.988, la Recomendación de la Comisión Europea 97/489, de 30 de julio de 1.997, la Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre y la Circular que la desarrolla (5/2012, de 27 de junio) de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios LCC 16/2011, de 24 de junio (y los contratos de tarjeta de crédito son generalmente inscribibles en este tipo de créditos) se hace eco de este deber de información poscontractual en sus artículos 16.3 y 19. Este deber de información (en el sentido expuesto) ha tenido, finalmente, reflejo normativo en la orden ECD 699/2020, de 20 de julio, introduciendo un capítulo específico relativo al crédito





rotativo y declarando el derecho del cliente a solicitar y obtener de la entidad, en cualquier momento información detallada y completa del crédito para verificar el saldo (fichero, importes, conceptos de pago, art. 33 sexies).

En todo caso, indiscutido el derecho de información del cliente bancario, el reparo de atipicidad de la diligencia preliminar controvertida se atempera si cabe aún más tomando en consideración la identidad de razón que presenta la reclamación de exhibición del contrato de tarjeta de crédito y sus movimientos con el epígrafe 4º del apartado primero del precepto que autoriza al socio o comunero a solicitar que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

Por ello en nuestro reciente auto de 23 de diciembre de 2021, Rollo 449/21, luego reiterado por el de 11 de marzo de 2022, Rollo 581/21, hemos significado que la opción legislativa por un sistema de "numerus clausus" no excluye que las previsiones contenidas en el artículo 256 de la LEC hayan de ser interpretadas de un modo flexible, para facilitar a los interesados en interponer un litigio judicial que puedan obtener los elementos fácticos que le permitan iniciarlo, como también propugnaban, entre otros, los autos de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de junio y 17 de julio de 2008 y 19 de junio de 2009.

En este orden de cosas es obvio que la demandante no puede interponer las acciones anunciadas en la solicitud de diligencias preliminares sin haber comprobado las condiciones financieras del contrato y su adecuación a las normas vigentes.





Consta igualmente que ha reclamado extrajudicialmente dicha información a la demandada, sin que la misma haya cumplido con el deber de información que le impone la normativa sectorial correspondiente, de modo que, por las razones antes indicadas, se estima el recurso ordenando que se admita a trámite la solicitud y se requiera a la parte demandada para la exhibición documental suplicada.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 398 de la L.E.C., no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo ha dictado la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]** contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo en el procedimiento de que este rollo dimana ordenamos que se admita a trámite la solicitud de diligencias preliminares deducida por la anterior contra el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.** sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia por lo que se le devolverá el depósito constituido para recurrir.

Así por este su auto, que es firme al no ser susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno, lo manda y firma el tribunal.





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.

