

Roj: AAP GI 132/2011  
Id Cendoj: 17079370012011200034  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Girona  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 5/2011  
Nº de Resolución: 43/2011  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: FERNANDO LACABA SANCHEZ  
Tipo de Resolución: Auto

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION PRIMERA**

**GIRONA**

**APELACION CIVIL**

**Rollo nº: 5/2011**

Autos: diligencias preliminares nº: 1575/2010

Juzgado Primera Instancia 5 Girona (ant.CI-5)

**AUTO Nº 43/11**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

Don Fernando Lacaba Sánchez

**MAGISTRADOS**

Doña María Isabel Soler Navarro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veintiuno de marzo de dos mil once

**VISTO** , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 5/2011, en el que ha sido parte apelante la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), representada esta por la Procuradora Dña. IRENE CANTÓ BATALLÉ, y dirigida por la Letrada Dña. YOLANDA MONTULL PIQUÉ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Primera Instancia 5 Girona (ant.CI-5), en los autos nº 1575/2010, seguidos a instancias de la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), representada por la Procuradora Dña. IRENE CANTÓ BATALLÉ y bajo la dirección de la Letrada Dña. YOLANDA MONTULL PIQUÉ, contra la entidad CAIXA GIRONA, se dictó auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " **DISPONGO:** Que no ha lugar a admitir las diligencias preliminares solicitadas por ADICAE por escrito con fecha de entrada en este Juzgado de 10 de septiembre de 2010 ".

**SEGUNDO.-** El relacionado auto de fecha 7/10/10 , se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

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

**VISTO** siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) instó solicitud de diligencias preliminares de juicio, del *art. 256.1.6 LEC* a los efectos de concretar los integrantes del grupo de afectados para la interposición de una acción colectiva de consumo en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios perjudicados por pretendidos contratos bancarios abusivos. La acción se plantea frente a la entidad CAIXA DE GIRONA.

El Auto impugnado deniega la misma por contener una genérica mención de posibles acciones a ejercitar y por no justificar la finalidad que se persigue, concreto tipo de juicio que se está planteando y posibles demandados.

**SEGUNDO.-** Por lo que se refiere al motivo de impugnación señalado en líneas anteriores con la letra c), cabe recordar que, a tenor del *artículo 258.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , la decisión sobre la procedencia de diligencias preliminares está supeditada a la apreciación de interés legítimo y justa causa en la solicitud de las mismas, así como a la adecuación de las diligencias solicitadas a la finalidad perseguida con ellas, que no puede ser otra que la preparación de un "juicio".

La doctrina ha puesto de manifiesto que sólo deben acordarse como diligencias preliminares las medidas expresamente previstas resaltando que la Ley, tanto la vigente como sus precedentes inmediatos y más remotos, hasta las Partidas, no autorizan preguntas ni, ahora, documentos, que se refieran al fondo de la cuestión que se haya de debatir, que es lo que parece pretender la recurrente al solicitar la exhibición y aportación de los documentos antes señalados.

Pues bien, lo solicitado es la identificación de todos aquellos clientes que hubieran contratado los productos financieros comercializados en toda España por Caixa de Girona denominados "Contratos de apertura servicio de protección" o similares y cualquier otro tipo de **permuta financiera** de tipos de interés cualquiera que sea su denominación comercial y que tenga por objeto cubrir el riesgo de subidas de tipo de interés asociado a un préstamo o crédito con o sin garantía hipotecaria concertado a interés variable, por medio de la contratación de un producto financiero.

Conforme señala el auto del tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2002 , las Diligencias Preliminares constituyen actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia. Se trata, en definitiva, de un proceso aclaratorio que carece de ejecutabilidad. Uno de los aspectos sobre los que se ha debatido ampliamente en la jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales es el referido a si las diligencias que pueden solicitarse han de venir referidas a una de las que con carácter exhaustivo, pero limitado o tasado, señala la ley, o si es posible solicitar cualquier diligencia de contenido análogo o similar a las enunciadas en el *artículo 256 de la LEC* , siendo mayoritario el criterio que entiende que tales diligencias se encuentran sujetas a un *numerus clausus*", y en concreto esta Sección lo ha a sumido en reiteradas ocasiones.

Reiterando lo indicado en esta resolución, el *artículo 256 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* , contempla y regula un «numerus clausus», de diligencias preliminares, de tal modo que sólo pueden considerarse tales las establecidas en el artículo citado de la Ley de Enjuiciamiento Civil o «las establecidas en las correspondientes leyes especiales», a que se refiere el núm. 7 de dicho artículo ( STS de 11 de noviembre de 2002 ), todo ello sin perjuicio de que, en aras a hacer efectivo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, deba hacerse una interpretación flexible de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales.

**TERCERO.-** Entiende esta Sala que resuelve que, la diligencia solicitada debe ser alguna de las que enumera el citado *artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* ; que sea necesaria e imprescindible para preparar un juicio posterior; que sea adecuada y proporcionada a la finalidad perseguida, concurriendo justa causa e interés legítimo y, por último, que se expresen en la

solicitud sus fundamentos y las referencias al punto objeto del juicio que se pretenda preparar.

En el presente caso, aplicando el criterio indicado anteriormente, coincidimos con la decisión adoptada por la Juzgadora de instancia, de que no procede acceder a las diligencias interesadas, al no estar comprendida la interesada en ninguno de los *apartados del artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, esto es, si bien se hace cita del apartado 6, la interpretación del mismo de la solicitante no coincide con la de esta Sala.

La concreta diligencia interesada, exhibición de todo el listado de hipotéticos clientes, en relación con toda una variedad de contratos financieros, vinculados o no a garantía hipotecaria, entendemos que no tiene cabida en los diferentes *apartados del citado artículo 256 LEC*, aun interpretado de manera flexible los diferentes apartados que pudieran ser de aplicación al caso; así, la exhibición de "la cosa a la que se haya de referir el juicio", que contempla el apartado 2º, no puede confundirse, con la exhibición de documentos, supuesto que el *artículo 256 contempla específicamente, con efecto de "numerus clausus" en los números 3º, 4º, 5º y 5º bis de su apartado 1*, ninguno de los cuales se refiere a escrituras públicas o asientos que consten en registros públicos, máxime si, como en el caso presente, el objeto del futuro pleito lo constituye una generalidad de contratos de productos financieros, cuyos efectos se pretenden, "ab initio", nulos por estar preñados de nulidad.

La demanda, cuya pedimento se reitera en el recurso, apunta a una especie de prospección genérica en averiguación de las hipotéticas personas o clientes de Caixa Girona (hoy La Caixa por fusión por absorción de aquella) así como de los posibles productos financieros ofrecidos a los mismos; dicho de otra manera, se desconocen los posibles clientes de dicha entidad así como los concretos productos financieros, por lo que se acude al procedimiento de diligencias preliminares para averiguar "que y con quienes" pudo contratar la meritada entidad.

Ni siquiera considera esta Sala que sea necesaria la exhibición solicitada, pues bastara con que los hipotéticos asociados a la entidad solicitante que hayan firmado productos financieros con Caixa Girona, lo comuniquen a dicha entidad asociativa para que pueda instar la pretendida acción colectiva: y ello unido al carácter restrictivo de este tipo de diligencias, vocaciona en la desestimación de las misma con costas a la recurrente si las hubiera.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **PARTE DISPOSITIVA:**

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Asociación ADICAE y **CONFIRMAMOS** el Auto impugnado de fecha 7/10/2010 del Juzgado nº 5 de Girona, dictada en proceso 1575/10, con costas a la recurrente si las hubiere.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por este nuestro auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**DILIGÈNCIA.** Seguidamente se cumple lo que los magistrados han ordenado. Doy fe.