



Roj: **AAP M 1450/2017 - ECLI: ES:APM:2017:1450A**

Id Cendoj: **28079370182017200075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **03/05/2017**

Nº de Recurso: **188/2017**

Nº de Resolución: **146/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO POZUELO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimoctava

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933898

37007750

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2016/0117079

**Recurso de Apelación 188/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid

Autos de Diligencias Preliminares 698/2016

**APELANTE:** INTEGRACION TECNOLOGICA EMPRESARIAL S.L. INTEGRACIÓN TECNOLOGICA EMPRESARIAL S.L.

**PROCURADOR :** Dña. ELENA PAULA YUSTOS CAPILLA

**AUTO Nº 146/2017**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMA SRA. PRESIDENTE :**

Dña. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. PEDRO POZUELO PÉREZ

D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

En Madrid, a tres de mayo de dos mil diecisiete.

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid, seguidos siendo parte apelante demandante INTEGRACIÓN TECNOLOGICA EMPRESARIAL S.L. representada por la Procuradora Sra. Yustos Capilla, seguidos por el trámite de diligencias preliminares.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON PEDRO POZUELO PÉREZ

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.



**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid, en fecha 17 de octubre de 2016, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: Se acuerda denegar la petición de diligencias preliminares presentada por INTEGRACION TECNOLOGICA EMPRESARIAL S.L. contra IBERIA LINEAS AERES DE ESPAÑA S.A. OPERADOR UNIPERSONAL procediéndose al archivo de las actuaciones."

**SEGUNDO.-** Por la parte demandante se interpuso recurso de apelación contra el meritado auto, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

**TERCERO.-** Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 24 de abril de 2017.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO .-** Que por la mercantil demandante, INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL, en anagrama ITE, se formuló demanda de petición de diligencias preliminares contra la también mercantil Iberia Líneas Aéreas de España. Según el suplico de su petición se solicitaba dicha demandada la aportación a la actora en soporte papel o digital del contrato o contratos suscritos entre la mercantil demanda y una tercera entidad, la mercantil NSPA, de las facturas emitidas por IBERIA a dicha mercantil, una relación de las comisiones devengadas en favor de la proponente de las medidas preliminares una relación de facturas emitidas por Iberia en las que se indique las operaciones relacionadas con dicho cliente y declaraciones fiscales en relación con la factura girada a dicha mercantil a examen de la contabilidad de la demandada en los particulares que sean necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones devengadas en favor de la actora.

Por el Juzgado se desestimó la solicitud diligencias preliminares y contra dicho auto o se interpone presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Como puede verse de la prolija petición de práctica de diligencias preliminares al parecer la misma se basa en que la solicitante ostentaba la condición de agente comercial de la mercantil demandada, y en tal condición había proporcionado como cliente de la misma a la mercantil NSPA, y ello para que Iberia fuese contratado para el mantenimiento de unas aeronaves propiedad o gestionadas por dicha mercantil. Se refiere la existencia de un acuerdo de agencia según el contrato aportado en autos, y se indica como fundamento de la pretensión de diligencias preliminares que se solicita, que la demandante en su condición de agente comercial de la demandada le había proporcionado el cliente, y que sin embargo por parte Iberia no se le habían comunicado las facturaciones que se habían realizado a dicha mercantil, lo que imposibilitaba a la proponente de las diligencias preliminares a para poder calcular y percibir sus comisiones que estima le son debidas de acuerdo con el contrato o de agencia suscrito entre las partes ser.

Bajo la vigencia de la L.E.Civil de 1881 y de su art. 497 el Tribunal Supremo, Sala Civil, en Sentencia de 20.6.1986 afirmó que finalidad esencial del citado precepto el conceder, a cualquier persona legitimada para ello, la facultad de impetrar la tutela de los órganos judiciales para precisar y aclarar datos, elementos y cuestiones para ser usados en un eventual y posterior proceso judicial, tras la oportuna valoración, estudio y evaluación; habiendo señalado la mejor doctrina que *"... las diligencias preliminares son aquellas actuaciones que pueden tener lugar antes de comenzar un proceso con el fin de obtener, a través de la intervención judicial, determinada información de carácter sustantivo sin la cual aquél no podría iniciarse sin el riesgo de incurrir en errores que conducirían bien a la inutilidad misma del proceso, bien el fracaso de las pretensiones ejercitadas..."*.

Resulta igualmente de clásica cita por la doctrina el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 22.1.2009 la cual afirma que *"... la finalidad de las Diligencias Preliminares reguladas en los artículos 256 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , al igual que sucedía con las Diligencias Preliminares de los artículos 497 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , es facilitar la preparación del proceso, permitiendo al solicitante obtener información acerca de las circunstancias relativas a la personalidad del futuro demandado, o a 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 ..."*.

**B.-** Delimitando las **diligencias preliminares** de otras instituciones afines puede afirmarse que las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba tienen como finalidad adelantar o garantizar incluso antes del inicio del procedimiento aquella prueba relativa al fondo del asunto que corre el riesgo de no poder practicarse si se sujeta a las ordinarias disposiciones temporales.



A diferencia de tales figuras preparatorias [-en cuanto centradas en la fuente de prueba o en la práctica de un concreto medio de prueba-], las **diligencias preliminares** no son una prueba anticipada en cuanto persiguen favorecer el cumplimiento de los presupuestos procesales, para que el proceso quede debidamente instaurado.

No obstante, puede ocurrir que las **diligencias preliminares**, como también afirma la doctrina, pueden servir como medio para la obtención de alguna fuente de prueba o para la preconstitución de alguna; pero ello siempre como segunda finalidad respecto de lo primero que es la averiguación de la legitimación.

Puede, por ello concluirse, que la diligencia preliminar, a diferencia de la prueba anticipada, nunca consiste en la práctica misma de la prueba *Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 14.6.2011*; y afirmando el *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 19.1.2010 [ROJ: AAP M 763/2010]* que *"... Para que proceda la práctica de una prueba anticipada el artículo 293.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere que exista un temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, los actos probatorios no pudieran realizarse en el momento procesal generalmente previsto ..."* o no puedan serlo con la mínima objetividad exigible por causa de la manipulación total o parcial de las fuentes de prueba.

C.- Resulta de ello que mientras el fundamento de la prueba anticipada y del aseguramiento de prueba es el de conseguir la mayor justicia posible en la resolución de fondo que se adopte, impidiendo la pérdida de datos e informaciones importantes para la reconstrucción de los hechos alegados, y la garantía o aseguramiento para evitar su destrucción, la finalidad de la diligencia preliminar es la evitación de errores no deseados en la configuración fáctica y subjetiva del proceso, sea cual fuera la suerte de dicha pretensión correctamente formulada.

Debe por ello estarse a la finalidad esencial expuesta por el solicitante de las medidas en relación con el objeto del futuro proceso y que en sus extremos esenciales describe y anuncia en su solicitud; señalando en tal sentido el *Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 8.10.2008* que *"... habrá de tenerse en cuenta que no deben confundirse las diligencias preliminares con la prueba anticipada ya que son dos figuras diferentes, las primeras 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 ..."*.

Por otra parte y acerca de la posibilidad de que solicitan diligencias preliminares que no estén expresamente contempladas en el art. 2 se ha pronunciado la doctrina del tribunal supremo quien afirma TS en el auto de 11 noviembre 2002 estudia el concreto tema de las **diligencias preliminares** y establece: «Pueden considerarse las **Diligencias Preliminares** 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 resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia. Ya la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986 (RJ 1986 \3784), estimó tales diligencias como el conjunto de actuaciones dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que se trata de un proceso aclaratorio que carece de ejecutabilidad. Resultan tradicionales en nuestro Derecho Procesal, pues no sólo se encuentran en la *Ley de 1881 (LEG 1881\1)*, sino en su precedente de 1855 y se regulan en la Ley vigente (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892), que no se limita a reproducir el texto precedente, sino que amplía los supuestos de aplicabilidad de tales diligencias, si bien elimina alguno de los existentes en la legislación anterior. Interesa destacar que, 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 LECiv /1881*, 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 de dicho artículo».

Por consiguiente y en aplicación de la señalada jurisprudencia parece evidente que la posibilidad de practicar tal tipo de diligencias se contrae a las establecidas como «numerus clausus» en tal precepto."

En el caso que nos ocupa la solicitante indica en su escrito inicial que fundamenta la petición *apartado segundo del artículo 256 de la LEC* que contempla diligencias que son, según la doctrina científica, las herederas de la actio ad exhibendum romana que pretendía la exhibición de cosa mueble por la persona a que se pretende



demandar en juicio, para cuya adopción la Ley exige que su entrega o exhibición constituya el contenido de la resolución a alcanzar por el solicitante, como consecuencia del ejercicio de una acción real o personal (a diferencia de lo que establecía la LEC anterior) en el ulterior proceso, tratándose de una diligencia cuyo resultado sirve para determinar la existencia real de un bien y para asegurar que la posesión de la cosa litigiosa la tiene una determinada persona y ello basándose en el carácter de las **diligencias preliminares** y su finalidad preparatoria del proceso, concretamente ayudar a despejar las dudas sobre legitimación pasiva o incluso activa de determinadas personas, o aclarar algún extremo desconocido por el demandante futuro.

En el presente caso se solicita por parte del recurrente determinadas medidas relativas a que por parte de la requerida se ponga de manifiesto el contrato que pueda tener con una tercera entidad y así mismo que se aporte las facturas emitidas por la requerida a dicha tercera entidad una relación de las comisiones devengadas en favor de la requirente por cada una de las facturas emitidas una relación de facturas emitidas por Iberia en la que se recojan operaciones relacionadas con el cliente y las declaraciones fiscales referidas a dicha las facturas y los particulares que sean necesarios de la contabilidad y vera de diversa en relación con dichas facturas. La base dicha declaración se realizará el art. 256 TSS, párrafo dos, y en su caso el párrafo nueve del artículo 256 TSS en conexión con el artículo quince de la ley de contrato de agencia .

Desde luego los argumentos sostenidos por la parte recurrente no pueden prosperar ni ser atendidos. La norma señalada en su solicitud inicial para fundamentar la procedencia de tal exhibición es el *art. 256 n° 1 2° de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , debiendo concluirse, al igual que se hace en la primera instancia, que siendo la documental cuya exhibición se pretende un bien mueble, este no es aquel al que "se haya de referir el juicio". El supuesto contemplado en dicho apartado es heredero de la denominada "actio ad exhibendum" romana, que tiene pleno sentido para determinar si la persona requerida está en posesión de la cosa los efectos de ejercitar una acción que implique la entrega de dicha posesión, ya sea dicha acción real o personal, lo que, obviamente, no constituye el caso contemplado. A ello se añade que lo que se pretende realmente con la solicitud diligencias preliminares, es mucho más que la exhibición no ya de una cosa mueble sino tan siquiera de un documento contrato o que pudiera ser esencial y decisivo por la parte para poder fundamentar sus pretensiones. En realidad lo que la parte hace, después de hacer un examen de las supuestas relaciones mantenidas con la requerida, y después de calificar jurídicamente las mismas para llegar a la conclusión, obviamente de su interés, que en el contrato que se firmó en su día por parte de la demandante y de la requerida se encontraban incluidos precisamente los servicios de captación, por el agente de la entidad el NSPA, y después de hacer un detallado estudio de las cláusulas que regulan el pago de las comisiones en el contrato, llega a conclusión de que efectivamente dentro la actividad comercial de la entidad requirente se encontraba precisamente la captación como cliente de dicha tercera entidad, aduciendo se como fundamento de sus medidas que por parte de la requerida no se le había dado las facturas para que pudiera calcular las comisiones. Desde luego es una cuestión que excede ampliamente el contenida las diligencias preliminares, y desde luego la exhibición de los contratos y las facturas que se pretenden, no puede cobijarse dentro de la medida preliminar que se solicita, sino que propiamente supone la práctica de una prueba anticipada. En este sentido no puede menos que hacerse constar que precisamente en las disposiciones comunes a la prueba por documentos se establece el deber de exhibición documental entre las partes con tenido en el artículo 328, y por supuesto la prueba de libros de los comerciantes contenido en el art. 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y como por otra parte el contrato de agencia que sería el que supuestamente, facultaría la parte para solicitar las comisiones correspondientes por las gestiones o por la consecución de un cliente de cierta importancia para la entidad requerida, está en poder de la parte demandante, desde luego no se alcanza las razones por las cuales no puede presentar la demanda, y sin perjuicio de que la cantidad que podría reclamar pudiera quedar una cierta nebulosa, sin embargo sí puede acudir perfectamente a los supuestos del artículo 328, pudiendo formular la demanda y solicitar dentro del curso del procedimiento o la exhibición documental de los contratos que tuviere la requerida con esa u otras entidades y de las facturas que se le hubiesen generado, y calcular las comisiones que podrían hacerse mediante una simple fórmula aritmética. Por ello parece que el objetivo de las diligencias preliminares que se solicitan excede manifiestamente de lo que se puede solicitar, pues no nos estamos refiriendo a la antigua actio ad exhibendum, sino que para el acuerdo de las mismas es necesario un examen acerca del litigio principal , y así lo viene a hacer la parte en su petición donde hace un detallado examen de la cuestión de fondo con examen e interpretación del contrato aportado , lo que no es el caso hacerlo en este momento, y simplemente lo que pretenden es la práctica de una prueba anticipada, exhibición de libros de los comerciantes, y deberes de exhibición documental entre las partes a que pueda realizarse perfectamente dentro lo curso del procedimiento.

La segunda base que fundamenta su declaración su petición de diligencias preliminares que se encontraría en el apartado nueve del artículo 256 se encuentra que establece puede solicitarse diligencias de averiguamiento que para la protección de determinados derechos previa las correspondientes leyes especiales, haciéndose mención del artículo 15 de la Ley de Contrato de Agencia . Sin embargo el artículo 15 de la Ley de Contrato de



Agencia no contiene formalmente ni propiamente ninguna diligencia preliminar, sino que únicamente lo que dice es que éste podrá solicitar la relación de facturas y comisiones que se deban cobradas por el agente. Y es que una cosa es que se pueda solicitar una prueba de ese calibre y otra muy diferente que precisamente se pueda solicitar diligencias preliminares y mucho más con el alcance que se hace en el presente caso en que se pide la exhibición de facturas, que se refieren a terceros, y así mismo la exhibición de libros y documentos oficiales en relación con dichas facturas lo que supone un examen contable de la contabilidad de la requerida, y ello sobre la base de la interpretación, lógicamente favorable a sus intereses, que la parte requirente hacer contrato suscrito entre las partes, la que por cierto ha negado la parte requerida por medio del buró fax que obra en autos, y es que basta simplemente la lectura del artículo quince de la Ley de Contrato de Agencia el que con independencia de que constituye siendo un derecho del agente para poder calcular correctamente sus comisiones, sin embargo no integra propiamente una diligencia preliminar, y no puede ampararse dentro de lo previsto en el apartado nueve del artículo 256, bastando la simple lectura del artículo 15 de la misma y contrastando con otras leyes especiales donde se contemplan auténticas medidas preliminares como son el artículo 129 de la Ley de Patentes , o el art 36 de Ley de Competencia desleal el art 54 de la Ley de Protección del Diseño Industrial , y es que con independencia de discusión acerca de si el contenido de las diligencias preliminares es un numerus clausus dentro del artículo 256 o caben otras no contempladas en el mismo, siendo general al jurisprudencia que estima que la enumeración del art 256 constituye un numerus clausus, en cualquier caso ni siquiera las que postulan una interpretación más abierta del precepto llegan a la conclusión de que puedan practicarse diligencias preliminares indefinidas o no contempladas en dichos artículos, lo que ocurría con las diligencias preliminares que se solicitan, a lo que se añade que como se ha dicho con anterioridad desde luego la no exhibición de las facturas y de los estados contables que se solicitan no le impidiera absoluto a la parte demandante poder ejercitar las acciones que le correspondan en virtud el contrato agencia que tiene establecido con la demandada, y desde luego en el curso del procedimiento podrá solicitar las pruebas oportunas y conducentes a su derecho para conseguir la exhibición de dichos documentos y facturas de acuerdo con las normas procesales que regula la práctica de las pruebas, por lo que no puede sino desestimarse el recurso y confirmarse el auto o recurrido.

**TERCERO.**- A tenor de lo previsto en el artículo 398 de la L.E.Civil , procede imponer las costas procesales causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA.**- DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Yustos Capilla, en nombre y representación de INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL (ITE), contra Auto de fecha 17 de octubre de 2016 dictado por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado Primera Instancia nº 15 de Madrid en autos de Diligencias Preliminares nº 698/2016, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro auto del que se unirá Certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.