



Roj: **AJM V 148/2018 - ECLI: ES:JMV:2018:148A**

Id Cendoj: **46250470032018200003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **07/12/2018**

Nº de Recurso: **644/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **EDUARDO PASTOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia

Acceso a fuentes de prueba art. 283 bis LEC 644/17

AUTO n.º /2018

En Valencia, a 7 de diciembre de 2018.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de Safetykleen España S.A. formuló solicitud de diligencias preliminares contra "Volvo Auto Sweden" en fecha de 18/7/17. Tras la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente alegar, concluyó suplicando:

"(...) se practique la diligencia de requerir a la parte demandada (que) presente informe detallando a fin (sic) de determinar con precisión los sobrecostes de fabricación de los vehículos referidos en el cuerpo del escrito propiedad de mi mandante y por los que ha sufrido un perjuicio en su economía".

En la página tercera del escrito de solicitud podía leerse igualmente:

"(...) aporte la siguiente documentación:

-Comparecencia del legal representante para que confirme que la legitimación pasiva le corresponde a la compañía que administra o en todo caso, como integrante del grupo Volvo indique a quién le corresponde dentro de la firma (sic).

-Exhiba el documento del fabricante por el que determine con precisión el daño producido por la ausencia de inclusión de la tecnología adecuada en cumplimiento de las normas de emisión Euro 3 a 6, por el que se ha repercutido un sobrecoste en el precio de venta del vehículo, determinando la cantidad exacta en cada caso de los expuestos, ya que la demandada es la única que conoce el coste de los elementos no instalados cuyo importe será objeto de reclamación.

-Copia de la factura de compra, contrato de leasing o renting, permiso de circulación y autorizaciones de transporte (MDLE, MDPE o MPC)".

Segundo.- En fecha de 16/11/17, la solicitante manifestó que *"queríamos aprovechar el presente escrito para solicitar su acomodación (del proceso de diligencias preliminares) al nuevo procedimiento de diligencias de acceso a fuente de prueba del nuevo art. 283 bis letra a) LEC "*.

Mediante Providencia de 19/1/18, pronunciada por juez distinto, se resolvió la transformación del proceso de diligencias preliminares al de acceso de fuentes de prueba del art. 283 bis LEC y se acordó el señalamiento de vista prevista en el art. 283 bis f) LEC.



Mediante DO de 31/7/18 se resolvió el emplazamiento de "Volvo", como solicitada, a través del domicilio de Volvo Group España S.A.

Tercero.- La vista prevista en el art. 283 bis.1 LEC se celebró finalmente el día 4/12/18. La requerida solicitó la desestimación de la petición del actor y su condena al pago de las costas procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-1.- Voy a desestimar la petición formulada por Safetykleen España S.A., al considerar que no se ajusta a las posibilidades de acceso a fuentes de prueba introducidas por el art. 283 bis LEC, para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia, por los motivos que diré.

2.- Voy a dar por subsanados los defectos inicialmente censurados por la solicitada "Volvo" (falta de legitimación activa, falta de correcta integración de la petición y consecuente falta de motivación de la petición, todo en la redacción inicial de la solicitud). Después abundaré en el resto de las vías de oposición introducidas por la solicitada, pero ahora desgranaré esos tres elementos que doy por subsanados.

3.- En primer lugar, la solicitante ha justificado (documental presentada durante la celebración de la vista, contratos de compraventa y tarjeta técnica) la adquisición de la mercantil Bathex S.L., de quien a su vez adquirió el camión 7959 FMG marca Volvo, matriculado en el año 2006.

4.- En segundo lugar, voy a entender integrado el pedimento que resulta del suplico del escrito de solicitud junto con la práctica de las medidas de averiguación que se enumeran en la página tercera del mismo escrito, todo en el sentido transcrito en el antecedente oportuno. Entiendo que esa indeseable circunstancia, la de haber diferenciado ambas peticiones sin identidad aparente entre alegaciones y suplica en el escrito de solicitud, responde a un solo error material en la confección del escrito que no ha impedido a la solicitada conocer, razonablemente, qué es lo que la solicitante pretende averiguar, a qué recursos pretende acceder, a través de este proceso.

5.- En tercer lugar, corolario de todo lo anterior, es cierto que la redacción inicial de la solicitud es especialmente pobre, tanto como inconcluyentes las aclaraciones introducidas por la actora durante la celebración de la vista, máxime si se considera que en su formulación inicial se invocó la práctica de una diligencia preliminar y no de una medida de acceso a las fuentes de prueba de las reguladas en el art. 283 bis LEC. Sea como fuere, fue este juzgado el que resolvió el acomodo del inicial proceso de diligencias preliminares en este otro de acceso a fuentes de prueba y, en definitiva, la lectura de la solicitud evidencia que el ánimo con el que se conduce la solicitante es el de preparar el ejercicio posterior de una acción por daños derivados de un infracción del derecho de la competencia, ya sancionada por la Comisión Europea en fecha de 19/6/16. En definitiva, el escrito de solicitud permite razonablemente concluir que la solicitante afirma haber adquirido un camión afectado por la conducta cartelizada sancionada administrativamente y, también, que pretende conocer elementos necesarios para preparar el ejercicio de una acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos a resultas de la conducta cartelizada de la que participó la solicitada, que durante ese período cooperó para la fijación de precios y transmisión a sus clientes de costes derivados de la aplicación de normativa medioambiental, como cuestión ya agotada en la decisión de la autoridad de competencia.

6.- A su razón, entiendo que la solicitante pretende obtener de la solicitada la siguiente "documentación":

-Comparecencia del legal representante de Volvo para verificar su legitimación pasiva.

-Requerimiento de presentación de informe en el que se detallen los sobrecostes de fabricación aplicados por la solicitada a sus clientes durante el período de duración del cártel (petición del suplico que consume el "requerimiento documental segundo" de la página tercera del escrito).

-Obtención de copias de facturas de compra, leasing o renting, permiso de circulación y autorizaciones de transporte.

7.- Para denegar la práctica de la primera averiguación, responderé igualmente a la alegada falta de legitimación pasiva apuntada por la compareciente Volvo Group España S.A., quien censuró que en ningún caso se le puede considerar como legal representante de su matriz o confundirla con ella, habiendo sido esa matriz la única sancionada por la resolución de la Comisión que fundamenta la petición de acceso a fuentes de prueba.

8.- Comenzaré con los argumentos de desestimación de la petición en sentido estricto. Creo que la solicitante confunde el ámbito posible de aplicación de las medidas de averiguación contenidas en el art. 283 bis a) 1º a) LEC (exhibición de piezas para la determinación de la identidad y direcciones de presuntos infractores) con el ámbito de aplicación propio de la diligencia preliminar del art. 256.1.1º LEC (declaración de personas



a las que se pretende demandar sobre hechos relativos a su capacidad, representación o legitimación). Sea como fuere, puesto que el art. 283 bis LEC debe interpretarse en concordancia con las notas de utilidad y pertinencia probatorias del art. 283 LEC (junto a las notas específicas de proporcionalidad, subsidiariedad o confidencialidad propias del nuevo régimen de averiguación y sin confundir el sistema de averiguación del art. 283 bis LEC con el propio de actividad probatoria al que se refiere su antecedente), la petición merece ser rechazada en cualquier caso. Porque la identidad de los infractores, que es lo único que el solicitante podría razonablemente pretender averiguar, ya ha sido identificada por la resolución de la Comisión Europea en la que funda su petición. La petición no es razonable y no está motivada. La petición es impertinente y no es útil.

9.- Sin embargo, eso da oportunidad para decir algo más en el caso sobre la eventual y posterior integración subjetiva de una litis en ejercicio de una acción *follow on*. Todo para pronunciarme sobre dos extremos relevantes. En primer lugar, para salvar la pobreza del tratamiento procesal resuelto por el juzgado cuando entendió que la petición se dirigía contra "Volvo" y cuando resolvió, sin más consideración, el emplazamiento de "Volvo" en el domicilio de su filial española, sin especificar si lo que se resolvía era un emplazamiento de la matriz en el domicilio de la filial o, como la propia filial ha entendido y así ciertamente parece, que el juzgado consideraba a esa filial como sujeto pasivo del proceso de acceso a fuentes de prueba. En segundo lugar, quiero salvar la eventual falta de legitimación pasiva de esta filial, si no para soportar el ejercicio de una acción *follow on* por una infracción anticompetitiva cometida por su matriz, aspecto que no quiero entrar a resolver, si al menos para ser considerada, a todos los efectos, como posible solicitada para el ámbito de aplicación del art. 283 bis LEC. Para alcanzar esa solución, rechazo una aplicación reduccionista de las normas procesales nacionales aplicables, del concepto de persona jurídica y de grupo de sociedades en el ámbito del derecho de competencia. Todo para cohesionar estas normas y conceptos con la especificidad del derecho sustantivo que se invoca en el proceso y las características de la infracción de la que trae causa, según ha sido sancionada administrativamente.

10.- ¿A quién se puede requerir para la práctica de medidas de averiguación y acceso a fuentes de prueba? Se trata de una pregunta simple para el art. 283 bis f LEC: a la persona frente a la que solicite la medida. Pero en el ámbito del derecho de la competencia, ¿quién puede ser esa persona? A esa cuestión voy a responder de la siguiente manera: es posible realizar actos de averiguación y acceso a fuentes de prueba de una matriz cartelista extranjera a través de su filial domiciliada en España, también es posible realizar esos actos solicitando su práctica directamente frente a esa filial. Se trata de una decisión que parte de la infracción descrita por la autoridad de competencia y que está fundada en la correcta interpretación de la doctrina comunitaria aplicable al caso, en el principio de efectividad sentado por la Directiva de daños y, también, con un sentido práctico cuando la finalidad de este proceso para la solicitada es de mera cooperación con la solicitante, razón por la que las soluciones procesales que se ofrecen deben ser atendidas de manera inmediata y eficiente, sin obstáculos artificiosos.

11.- Para eso debemos superar soluciones estrictas sobre los conceptos que señalé, para avanzar en la aplicación del derecho sustantivo comunitario aplicable al caso. Desde este punto de vista, sabemos que la doctrina de la Sala Primera no considera relevante, a efectos de confusión de personalidad jurídica entre distintas sociedades, la existencia de un grupo que no sea patológico, siempre y cuando una sociedad filial no intervenga como representante autorizado de su sociedad matriz. Fuera de estos últimos casos y para el supuesto de grupos patológicos, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, es posible, por ejemplo emplazar a una matriz demandada en el domicilio de su filial no demandada (STS, 1ª, 769/14), facultad que queda excluida en el resto de supuestos. En el caso, la cuestión va más allá de la mera constitución de proceso -el emplazamiento-, sino que pretendo resolver algo más: que la filial está llamada a soportar la práctica del proceso de acceso a fuentes de prueba. ¿Esa solución fundada en la existencia de grupo patológico es aceptable para resolver esa cuestión en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia? Considero que no es así. Debo insistir en que hurtaré aquí una reflexión adicional, un tercer paso, sobre si sería posible después demandar a esa sociedad filial para hacerla responsable de los actos de su matriz.

12.- En efecto, la jurisprudencia del TJUE sobre derecho de competencia rechaza un concepto estricto de personalidad jurídica individual o de grupo, para establecer una noción funcionalmente más amplia, que si es relevante a efectos de imputación de conductas anticompetitivas entre las distintas sociedades de un grupo, también debe serlo a efectos exclusivamente procesales como la de participar del proceso de acceso a fuentes de prueba: la noción de unidad económica. Así en la STJCE, C-170/83, Hydrotherm: "1. Regulation (...) must be applied even if several legally independent undertakings participate in the agreement as one contracting party provided that those undertakings constitute an economic unit for the purposes of the agreement" y, también, en la STJUE, C- 97/08, Azko Nobel: "el Derecho comunitario de la competencia se funda en el principio de responsabilidad personal de la entidad económica que haya cometido la infracción. Pues bien, en el supuesto de que la sociedad matriz forme parte de esa unidad económica que, como se ha hecho constar en el apartado



55 de esta sentencia, puede estar formada por varias personas jurídicas, se considera que esta sociedad matriz es solidariamente responsable de las infracciones del Derecho de la competencia junto con las demás personas jurídicas que integran dicha unidad. En efecto, aunque la sociedad matriz no intervenga directamente en la infracción, en tal supuesto, ejerce una influencia determinante en las filiales que hayan intervenido en aquélla. De ello se desprende que, en dicho contexto, no puede considerarse que la responsabilidad de la sociedad matriz es una responsabilidad objetiva".

13.- Las características de la infracción de la que trae causa el proceso, según son descritas por la autoridad que la apreció, traen al caso luces adicionales para concluir afirmando que el principio de unidad económica de un grupo infractor es también relevante a los efectos procesales que quiero depurar aquí. Así en la Decisión de la Comisión Europea de 19/7/16:

"(25) All of the Addressees have national marketing subsidiaries in key market countries that usually import the trucks. All of the Addressees sell their products through distributors and their respective networks of authorised dealers or, in certain particular cases/regions, directly to key customers. Some of the distributors and dealers are owned by the truck manufacturers as part of their sales organisation, others are independent".

14.- De este modo, lo relevante es advertir la presencia de una unidad económica con incidencia en la comisión de la infracción que motiva la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba, tal y como sucede en el caso, según las posibilidades advertidas por la doctrina del TJUE.

15.- Como decía, entiendo que solo esta solución es verdaderamente conciliable con los principios de efectividad y equivalencia, tal y como son reconocidos en el art. 4 de la D 2014/104/UE. De lo que se trata es de no hacer excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción ya sancionada, porque, tal y como refiere el considerando cuarto de la norma, esos principios responden a *"la necesidad de que existan vías procesales eficaces también se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos del Derecho de la Unión"*. Esta regla de efectividad se proyecta también sobre la aplicación del mecanismo del art. 283 bis LEC, incluso cuando es anterior a la formulación de la acción, como sucede aquí. Puede que la filial no ostente legitimación pasiva para soportar una demanda de daños y perjuicios fundada en un ilícito concurrencial cometido por su matriz. Eso es algo muy dudoso en general y en el caso particular de la infracción que ha dado lugar a este proceso de averiguación, aunque la resolución sí considera la dimensión de unidad económica del grupo "Volvo" según hemos visto. Pero desde luego, la filial está llamada a cooperar en el proceso de acceso a las fuentes de prueba, indirectamente porque la solicitud se dirija frente a su matriz y a ella se le requiera de manera refleja o, como parece que resolvió este juzgado, de manera directa al considerar que ostenta legitimación pasiva para soportar el proceso cuando está en condiciones de procurar el acceso a la información que pueda ser su objeto, de manera inmediata y eficaz a los efectos de preservar los principios de efectividad y equivalencia, de acuerdo con las características de la infracción sancionada y la noción de unidad económica.

16.- Ahora voy a entrar a resolver la segunda de las peticiones formuladas por la solicitante, la elaboración de un informe sobre la extensión de los sobrecostes aplicados por las infractoras, para desestimar también su práctica. Lo haré por una doble motivación: la inidoneidad de la medida y el respeto al derecho de defensa de la solicitada.

17.- La medida solicitada no estriba en el acceso a una fuente de prueba concreta, sino a la práctica de un medio de prueba, en concreto la elaboración de un dictamen pericial a cargo y costa del propio solicitado. Por eso es una petición inidónea a los efectos del art. 283 bis LEC. Es cierto que la redacción del art. 283 bis a LEC, cuando alude a la *"exhibición de las pruebas"*, es un tanto ambigua, como también puede serlo en algún extremo la propia Directiva de daños. Pero este solo es un proceso de averiguación y preparación de una eventual acción *follow on* posterior (incluso si lo fuera coetánea a la solicitud de averiguación o acceso), que persigue salvar las asimetrías informativas de las partes sobre las características de la infracción de que se trate. Por eso, para el caso de una petición razonada, proporcional, limitada y subsidiaria, lo que puede obtener el solicitante es que el solicitado venga obligado a la "exhibición" de determinadas categorías de prueba (art. 5 D 2014/104/UE), entendidas como fuentes de prueba y no como medios de prueba.

18.- Aún cuando se entendiera que la medida solicitada es idónea (a su vez, razonada y proporcional y limitada y subsidiaria, incluso también pertinente y útil con nueva importación de los criterios del art. 283 LEC), no podría concederse, tal y como ha sido solicitada por la parte actora, sin lesión del derecho de defensa que también asiste a la solicitada en este proceso. ¿Qué es lo que pide el solicitante? Que la solicitada confiese y cuantifique la presencia de daños en forma de sobreprecio repercutido a la primera (para el caso del vehículo



efectivamente adquirido por la solicitante y afectado por las prácticas ilícitas de la solicitada -de nuevo el concepto de unidad económica-). La actora y solicitante pretende que la solicitada, que posteriormente devendrá demandada, acredite la existencia de sobreprecio y lo cuantifique. La actora pretende obtener de la solicitada una suerte de acto de allanamiento previo a la interposición de una acción *follow on*, aún más, pretende que la solicitada integre de manera unilateral y espontánea el pedimento de condena de la futura demanda que, según expresa, va a interponer a la conclusión de este proceso de acceso a fuentes de prueba.

19.- Es evidente que no existe una doctrina jurisprudencial, ni pacífica ni controvertida, sobre la interpretación posible del nuevo mecanismo de acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis LEC. Tampoco considero que resulten aplicables a este mecanismo, tan específico y dado exclusivamente para el ejercicio posterior de acciones *follow on*, la doctrina sentada a propósito de otros recursos procesales como las diligencias preliminares, los mecanismos de aseguramiento o práctica anticipada de prueba o, incluso, de los propios medios de prueba. Más allá de la aproximación a la institución en los aspectos que ya he analizado aquí, creo que es necesario también definir en su aplicación un marco concreto para el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte de los infractores y solicitados, porque también les asiste aquí en todos sus elementos nucleares. Y para eso debo partir de una solución general del proceso civil: el demandado civil solo está obligado a negar o admitir la realidad de los hechos que se le imputan, con la utilidad que eso tiene para delimitar las cuestiones controvertidas sobre las que deba extenderse la decisión del juez civil, de acuerdo con el carácter rogado de su jurisdicción. Pero, como posición general, no está obligado a nada más.

20.- Por eso el demandado en el proceso civil puede desarrollar con total plenitud una estrategia de negación de la verdad, porque no tiene obligación de confesarla y porque, entre otras cosas, descubrirla tampoco es la finalidad de este proceso. Esa estrategia y esa facultad de modulación de su discurso procesal se proyecta también en su capacidad de interferir en la actividad probatoria de la parte actora. Es cierto que la LEC regula mecanismos coercitivos para que el demandado coopere en la búsqueda de la verdad procesal (negativa a exhibición documental, negativa a práctica de diligencias preliminares, sanción a la contestación a la demanda inconcluyente, respuestas evasivas en un interrogatorio, etc.), pero es dudoso que no pueda entenderse como oposición fundada del requerido, solicitado, demandado o interrogado, la de negarse a cooperar con una actividad probatoria o procesal de otra índole tan esencial cuyo resultado determinará, invariablemente, el éxito de las pretensiones de condena que se dirigen contra él, si es que el requerido, solicitado, demandado o interrogado se decidiera a cooperar con ellas.

21.- Para el caso de las acciones *follow on*, esa intuición algo dudosa en su formulación que he confesado sobre cuál pueda ser la facultad del solicitado de interferir en el éxito de un proceso de acceso a las fuentes de prueba, está matizada por tres reglas particulares. La primera, la del art. 283 bis a LEC, cuando establece una enumeración, no exhaustiva pero relevante, de las categorías de datos que únicamente es posible obtener del solicitado: su naturaleza es la de facilitar la formulación de la demanda por daños y la de salvar determinadas asimetrías entre infractor y lesionado, pero no predisponer el proceso ulterior en un plano inclinado que determine invariablemente el éxito de la acción por daños. La segunda, la del art. 76.2 LDC: si el juez está expresamente facultado para la estimación alternativa de daños, difícilmente podrá sostenerse que la expectativa del legislador procesal es la de forzar una participación tan intensa del solicitado en el mecanismo de acceso a las fuentes, en su perjuicio y respecto de aquellas medidas de averiguación que excedan de lo que se pueda considerar como razonable para cauterizar aquellas asimetrías. La tercera, de nuevo en el art. 283 bis i LEC: si el solicitante puede interpelar a la autoridad de competencia para la obtención de los materiales verdaderamente sensibles para el éxito de su acción, será por que no puede pretenderse obtener de los solicitados infractores el acceso a fuentes de prueba que trasciendan de lo que solo sea necesario para salvar, de manera suficiente, esa asimetría que inicialmente les separa de los lesionados.

22.- Es decir, que en aplicación del mecanismo del art. 283 bis LEC el solicitante puede pretender del solicitado que este coopere para conocer todas las circunstancias que sean necesarias para recrear idealmente el contexto de la infracción sancionada: sus partícipes, su configuración societaria, su configuración comercial y de distribución, su penetración en el mercado, la naturaleza de la infracción, su proyección en el giro de los infractores y su relación con los terceros o cualquier otra categoría relevante para delimitar el grupo de afectados y, eventualmente, reconocerse en él. Sin embargo, lo que no puede pretender obtenerse del infractor es el acceso a fuentes de prueba de los que resulte la cuantificación directa del perjuicio eventualmente sufrido por los afectados, sin perjuicio de que los solicitantes puedan obtener de los infractores otros vestigios que permitan la recreación hipotética y razonable de un escenario contrafáctico que permita determinar los efectos económicos de la infracción. O, también, sin perjuicio de que los lesionados puedan obtener de las autoridades de competencia esos otros vestigios directos sobre la cuantificación concreta del daño sufrido, generalmente, en forma de sobreprecio, de acuerdo con las reglas particulares del mecanismo para la protección de los programas de clemencia.



23.- Ahora y brevemente, voy a desestimar igualmente la tercera de las peticiones de la solicitante. Se trata de la petición de exhibición de copias de facturas de compra, contratos de financiación y permisos administrativos. No se trata de una petición motivada y razonable: se refiere a documentación en poder de la propia parte solicitante, que debería estarlo o que podría estarlo sin necesidad de interpelación a la parte solicitada, que tampoco tendría por qué tener acceso a esa información (acaso sí a las facturas de venta, muy dudosamente a los eventuales contratos de arrendamiento financiero que la actora no afirma haber suscrito si es que en su otorgamiento intervino de alguna forma, lo que no se dice, y, desde luego, en ningún caso respecto de los permisos administrativos relacionados con el vehículo en cuestión, que para particular sonrojo de la solicitante fueron presentados por ella misma durante la celebración de la vista, sin que considerase oportuno clarificar después su petición de acceso a las fuentes de prueba en el sentido de suprimir este último pedimento).

Segundo.-24.- La desestimación de la petición formulada por la solicitante determina la condena al pago de costas procesales, ex arts. 283 bis f y 394 LEC.

En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO

Desestimo la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba solicitadas por la parte solicitante, condenándola al pago de las costas procesales causadas y acuerdo el archivo de este proceso.

Frente a la presente cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días o directo de apelación en el plazo de veinte días ante la Audiencia Provincial de Valencia.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.