



Roj: **AJM V 48/2019 - ECLI: ES:JMV:2019:48A**

Id Cendoj: **46250470032019200001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **14/06/2019**

Nº de Recurso: **338/2019**

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 338/19

AUTO

En Valencia, a 14 de junio de 2019.

Eduardo Pastor Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de los Sres. Secundino y Serafin solicitó, en fecha de 1/4/19, la adopción de las siguientes medidas de acceso a fuentes de prueba frente a Daimler AG ("Daimler"), para la posterior formulación de un proceso de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia:

"(...) se acuerde el acceso a las siguientes pruebas:

1) LISTA DE MODELOS FABRICADOS

Lista de modelos fabricados por DAIMLER en el período de 1 de enero de 1990 a 30 de junio de 2018 clasificados por años y según las características, comúnmente utilizadas en España por organismos oficiales a efectos de clasificación de vehículos y emisión de datos estadísticos nacionales:

Medios: de 5'9 a 13'9 toneladas

Semipesados de 14 a 18 toneladas con motores de potencia:

De 170 CV a 230 CV

De 231 CV a 300 CV

Pesados de más de 18 toneladas con motores de potencia:

De 200 CV a 300 CV

De 301 CV a 360 CV

De 361 CV a 420 CV

De 421 CV a 500 CV

De 501 CV a 700 CV

Más de 700 CV

Tractoras con motores de potencia:

De 200 CV a 300 CV

De 301 CV a 360 CV

De 361 CV a 450 CV

De 451 CV a 500 CV

De 501 CV a 600 CV

Más de 700 CV

Vehículos de obras y especiales, con distintos tipos de tracción: 4x2, 4x4, 6x4, 6x6, 8x4, 8x6, 8x8m, 10x4.

No son necesarias las variantes de cabina (para el caso de cabezas tractoras) o de carrocerías (para el caso de vehículos no articulados).

La denominación de los modelos incluidos en esta lista deberá ser la comercial utilizada en las listas de precios y de información al público y usuarios y no las denominaciones internas de proyectos habitualmente usadas por los fabricantes, de tal forma que se pueda identificar la continuidad del modelo o tipo de modelo.

2) PRECIOS DE TRANSFERENCIA DE FÁBRICA (o PRECIOS BRUTOS)

Precios de transferencia de fábrica (entendiendo que así se denominan también los precios brutos) o de la casa matriz o de la comercial intermedia (en su caso si la hay) para cada uno de los modelos anteriores listados en 1 y facturados al importador, concesionario o filial española que finalmente transmite al usuario o cliente final.

3) DELIVERY COST

"Total Delivery Cost" de cada modelo de los incluidos en la lista anterior.

A título de ejemplo (...)

4) CERTIFICADOS DE HOMOLOGACIÓN

Certificados de homologación de los modelos anteriormente listados, incluyendo las emisiones (en especial CO2) con testigo del Ministerio de Industria (En este documento se podrán ver las características del vehículo, consumo específico y normativa EURO que cumple y emisiones registradas al superar el ciclo de homologación).

5) INFORMES DE ENSAYO DE CONSUMO

Informes de ensayo de consumo de cada modelo que se realizan durante el desarrollo del motor (Este documento permitirá verificar el trabajo dedicado para el desarrollo de cada motor y cómo se han ido aplicando las tecnologías para establecer la limitación de consumo y emisiones).

6) CONSUMO ESPECÍFICO DE COMBUSTIBLE

(de cada modelo listado en 1, de no estar incluido en el informe de ensayo solicitado en el 5 anterior)

7) DOCUMENTACIÓN DE PLANIFICACIÓN DE PRODUCTO

Documentación de planificación de producto ("Product planning") de la línea motriz (motor y transmisión, conocidos como Powertrain y Drivetrain). En particular, son de especial interés los roadmaps de consumo (documento donde se planifican la reducción de consumo prevista para cada nuevo componente desarrollado y su fecha de implementación en cada modelo).

SEGUNDO: REQUISITOS DE LA DOCUMENTACIÓN A REMITIR

Que se acuerde que la documentación facilitada deberá atender a las siguientes características:

1) Deberá ser la original manejada por las compañías y no adaptaciones a los ejemplos expuestos en este documento (...).

2) La documentación debe referirse claramente a cada modelo de vehículo con su denominación comercial (...).

3) La entrega de documentación deberá hacerse preferiblemente sobre soporte informático compatible con los sistemas más frecuentes (...).

TERCERO: FIJACIÓN DE HECHOS PARA CASO DE OBSTRUCCIÓN AL ACCESO A LA PRUEBA

(...)

1) Que el incremento del precio de venta a consecuencia del cártel ha sido del 15'47%.

CUARTO: PRUEBA QUE SE SOLICITA DE LA COMISIÓN EUROPEA DE LA COMPETENCIA

Que se oficie a la Comisión Europea de la Competencia, para que remita el texto íntegro de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (...) (Asunto AT.39824-Camiones)".

La motivación razonada de los solicitantes puede resumirse así:

1.- Mediante Decisión de 19/7/16, asunto AT.39824-Camiones ("la Decisión"), la Comisión Europea ("la Comisión") ha sancionado una infracción del derecho de la competencia cometida por los principales fabricantes europeos de camiones medios y pesados, que se desarrolló en el período 17/1/97-18/1/11 y que estribó en acuerdos sobre fijación de precios e incrementos de precios brutos de los camiones en todo el espacio europeo, así como sobre el calendario y repercusión de los costes para la introducción de nuevas tecnologías de emisiones exigidas por las normas Euro 3-6. Daimler es destinataria de la Decisión.

2.- Los adquirentes de esos camiones en ese período han sufrido potencialmente tres clases de daños distintos: sobreprecio de adquisición, sobrecoste por superior consumo de vehículos dotados con tecnología menos avanzada e intereses de ambos conceptos. La existencia de esos daños puede presumirse *ex re ipsa* y la relación de causalidad entre daño e infracción se consume en la propia naturaleza de esta. Los solicitantes adquirieron, cada uno de ellos respectivamente, un camión de las características de los afectados por la conducta cartelizada de Daimler, todo en el tiempo en el que la infracción se desarrolló. Por ello, el eventual ejercicio de una acción *follow on* por parte de los solicitantes es viable.

3.- Las medidas de acceso solicitadas tienen su amparo en el art. 283 bis a) LEC, de acuerdo con el carácter amplio de las posibles medidas de acceso que pueden adoptarse en virtud del precepto.

4.- Las dificultades de estimación del daño sufrido por el perjudicado por una conducta anticompetitiva se salvan mediante un ejercicio de cuantificación que desarrolle una comparativa contrafactual entre el mercado afectado por la infracción y el hipotético sin ella. La prueba del "*mercado hipotético de camiones Daimler*" exige el acceso a información concreta sobre su "*mercado real*". Los solicitantes precisan obtener datos sobre los precios de mercado de Daimler que no se encuentran a disposición pública. Los solicitantes precisan igualmente acceso a información sobre el retraso artificial de la tecnología menos contaminante, determinante de un consumo superior de combustible de manera continuada. Por eso su petición colma las notas de necesidad-proporcionalidad.

5.- El Auto que acuerde las medidas debe resolver sobre las consecuencias para el caso de obstrucción. Para el caso de que efectivamente se produzca esa obstrucción, debe considerarse un hecho probado que Daimler realizó un incremento del precio de venta a consecuencia del cártel del 15'47% y que la implantación de medidas tecnológicas para la limitación de emisiones del CO2 habría seguido una tendencia similar a la seguida en los automóviles.

6.- Obran en poder de la Comisión Europea datos completos sobre el alcance de la infracción sancionada, siendo necesario para los solicitantes el acceso a la versión no censurada de la Decisión.

Segundo.- La solicitud resultó admitida por Decreto de 5/4/19, que acordó el traslado de la solicitud a la solicitada.

Tercero.- Mediante Providencia de 8/4/19, requerí a los solicitantes a fin de que señalaran qué institución procesal amparaba la petición formulada en el punto cuarto de su solicitud (versión no confidencial de la Decisión) y justificaran la concurrencia de los presupuestos inherentes a esa institución. En fecha de 16/4/19, los solicitantes señalaron que fundan esa petición en el art. 283 bis i) LEC, por remisión al art. 283 bis a) LEC. Afirmaron que el acceso a la versión íntegra de la Decisión es necesario para la preparación del posterior proceso *follow on* y que esa solicitud no afecta a la eficacia de la acción pública del derecho de la competencia, pues únicamente pretenden tomar conocimiento de los datos y alcance completos de la infracción.

Cuarto.- Las partes fueron convocadas para la celebración de la vista prevista en el art. 283 bis f) LEC, que tuvo lugar el día 11/6/19.

Quinto.- En dicho acto, Daimler solicitó la desestimación de la solicitud de los actores, con expresa imposición de costas.

Los argumentos de Daimler pueden ser resumidos así:

1.- Como cuestiones de naturaleza procesal, el emplazamiento de Daimler se ha realizado de forma incorrecta, el juzgado carece de competencia para resolver este proceso y el apoderamiento de los solicitantes es insuficiente.

2.- La solicitud carece de viabilidad. La acción que desean preparar los solicitantes no es viable, puesto que no se acredita la interrupción del plazo de prescripción para su ejercicio. A su vez, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea ("la Directiva") y su sistema de presunciones no resultan aplicables



temporalmente a una acción *follow on* basada en lo resuelto por la Decisión, siendo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha reconocido la aplicación de la regla *ex re ipsa* en el ámbito de las acciones por daños derivadas de ilícitos anticompetitivos. Del mismo modo, la naturaleza de la infracción constatada por la Comisión no determina la producción de los daños que se describen en la solicitud. Asimismo, la Decisión no establece relación alguna entre la tecnología de emisiones y el nivel de consumo de los camiones afectados y la conducta de Daimler en la introducción de las nuevas tecnologías se ajustó a los límites temporales máximos introducidos por la normativa europea en la materia.

3.- La solicitud no es necesaria. Los actores forman parte de un grupo de litigantes mucho más amplio, con acceso a un gran volumen de facturas de adquisición de camiones eventualmente afectados por la conducta sancionada, como muestra suficiente para elaborar un análisis contrafactual que, precisamente, ya deben haber realizado cuando son capaces de cuantificar el sobreprecio sufrido en el 15'47% del importe de compra de cada camión.

4.- Las medidas no son proporcionales, así:

- A través de la primera medida se pretenden obtener datos temporal y objetivamente amplísimos, que no guardan relación con las características de los camiones adquiridos por los solicitantes.

- La segunda petición es imprecisa y no se ajusta a las categorías de precio identificadas por la Decisión como afectadas por la infracción que se sanciona.

- La tercera petición confunde la finalidad posible del proceso, en la medida en que se exige a Daimler la preparación de un medio de prueba.

- Las peticiones cuarta a séptima se refieren a datos de difícil disponibilidad, gran volumen y complejidad o que no se encuentra en poder de Daimler. Su provisión exigiría un gran sacrificio de recursos humanos para la solicitada.

5.- A su vez, ni existe una versión no confidencial de la Decisión, ni pueden vulnerarse las reglas de confidencialidad adoptadas por la Comisión.

6.- La complejidad y el esfuerzo inherentes al eventual cumplimiento de las medidas solicitadas y el riesgo de que Daimler experimente daños derivados de la revelación de los datos obtenidos, exigen la fijación de una caución en el importe de 20.000 euros.

7.- Deben adoptarse cautelas para preservar la confidencialidad de la información que puedan obtener los solicitantes, para evitar que sea compartida con otros clientes de sus Letrados y Peritos, fijándose a su vez una caución por importe de 30.000 euros.

8.- No deben adoptarse medidas para paliar la obstrucción a la práctica de las medidas que puedan acordarse, porque ninguna de las dos cosas se ha producido.

Sexto.- Se practicó la reproducción de la prueba documental aportada a las actuaciones y el interrogatorio del testigo Sr. Carlos Jesús (eventual perito en el también eventual proceso *follow on* que puedan entablar los actores).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Estimación parcial de la solicitud.

1.- Voy a estimar parcialmente la solicitud de los Sres. Secundino y Serafin , de acuerdo con los siguientes hitos:

(i) Determinaré el marco jurídico aplicable al proceso, para reconocer en el mecanismo del art. 283 bis LEC una comunicación y continuidad mínima con instituciones ya consolidadas en nuestra legislación procesal. Después, diferenciaré presupuestos y requisitos en la aplicación del mecanismo.

(ii) Rechazaré las resistencias de carácter procesal formuladas por Daimler.

(iii) Sistematizaré las peticiones de los actores en tres bloques que, de acuerdo con los propios actos de postulación de las partes, denominaré así: "sobreprecio", "sobreconsumo" y "acceso a documentos custodiados por la Comisión".

(iv) Examinaré las solicitudes relacionadas con el "sobreprecio", para apreciar en ellas la concurrencia de los presupuestos sustantivos del mecanismo, pero no de sus requisitos en toda la amplitud de lo solicitado. Por ello, estimaré parcialmente estas solicitudes.



- (v) Examinaré las solicitudes relacionadas con el "sobreconsumo", para no reconocer en ellas la concurrencia de los presupuestos sustantivos del mecanismo, razón por la que rechazaré en su integridad estas peticiones.
- (vi) Rechazaré que pueda requerirse a la Comisión la remisión de la versión íntegra y confidencial de la Decisión.
- (vii) Fijaré la caución a la que se refiere el art. 283 bis c) LEC .
- (viii) Estableceré la forma en que deba procederse al cumplimiento de las medidas de acceso acordadas y las cautelas que deberán ser observadas para proteger la confidencialidad de la información que Daimler estará obligada a compartir con los solicitantes, de acuerdo con el art. 283 bis b) LEC .
- (ix) Rechazaré, en este momento, la adopción de medidas coercitivas a las que se refiere el art. 283 bis h) LEC .

Segundo.- Significado del art. 283 bis LEC .

2.- Hasta la promulgación del RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo de 2017, de transposición de la Directiva de daños, nuestras LDC y LEC carecían de una disciplina típicamente procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia.

3.- Para el ejercicio de acciones basadas en la aplicación privada del régimen de defensa de la competencia tras infracciones constatadas por una autoridad de competencia, eso determinaba, en el plano sustantivo, el recurso directo a la disciplina extracontractual del CC, matizado por las reglas jurisprudenciales nacionales y comunitarias que ya habían reconocido, como principio general, el derecho a obtener una compensación por el perjudicado por una infracción anticompetitiva, con dilución de algunos de los elementos propios de ese régimen de responsabilidad.

4.- Para el ejercicio de esas acciones eso determinaba igualmente, en el plano procesal, la adopción de criterios flexibilizadores de la carga de la prueba de los daños eventualmente sufridos por el actor. La prueba del daño podía descomponerse en dos subelementos, constatación y cuantificación. El primero de ellos, la realidad del daño, venía facilitado por la aplicación de la regla *ex re ipsa* , reconocida en todas las facetas de la responsabilidad civil. El segundo de ellos, la cuantificación del daño sufrido, resultaba igualmente facilitado por las condiciones particulares de aplicación de este derecho señaladas por la STS, 1ª, núm. 651/2013, de 7 de noviembre , Ponente Rafael Saraza Jimena ("Sentencia del cártel del azúcar"), que reconoció como esfuerzo de cuantificación suficiente la recreación de un escenario hipotético pero razonable de estimación de los daños sufridos por el actor.

5.- Todo eso partía de una asunción previa, la imposibilidad de acreditar con plena exhaustividad la extensión y alcance concreto de los daños sufridos por el perjudicado por una práctica anticompetitiva, no pudiendo imponerse a ese lesionado, no al menos sin merma de la regla de indemnidad y con quiebra de esa doctrina jurisprudencial, una obligación de imposible acreditación de esos daños según un estándar de enjuiciamiento tan exigente como indeseable (en las SSJM núm. 3 y 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018).

6.- Las autoridades de competencia han acompañado esa evolución jurisprudencial, introduciendo pautas para la recreación de ese escenario hipotético contrafactual en el que fundar el ejercicio de una acción *follow on* . En este contexto hay que entender la publicación de la "Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea " de la Comisión ("la Guía"). La Guía explicita las dificultades probatorias inherentes a todo intento de cuantificación de los daños derivados de una conducta cartelizada. Así en su párrafo 12: "Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real" . También en su párrafo 17: "la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse" . Para eso recomienda el desarrollo de métodos alternativos de cuantificación. Describe diversos métodos comparativos, que son los que consisten en "estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma" (en el párrafo 27). También otros de base no comparativa, que son los modelos económicos o los basados en los costes (en el párrafo 28), (con reproducción de la SJM núm. 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019).

7.- Las autoridades de competencia han dotado a los jueces de otras herramientas de estudio igualmente útiles, entre ellas el "Study on the passing-on of overcharges" de la Comisión ("Estudio passing-on"). Este texto enfatiza que la posibilidad de desarrollar cada uno de esos métodos de estudio que describe la Guía parte de la disponibilidad de datos suficientes al efecto. A su vez, la calidad de esos datos determina la fiabilidad de los resultados obtenidos con el estudio. Así:

"(439) The availability of suitable data is a key challenge to undertake the kind of empirical analysis described above. This will be an issue, in particular, where (absent a disclosure exercise) an expert may not have access to



information in respect of other firms' costs and prices, especially where those firms are not parties to the relevant damages actions.

(...)

(599). National courts should consider a number of checks to probe the reliability of expert economic analysis. In general, reliability will depend on the quality of the information used and on the nature of the assumptions made in analysing that information. Both should be investigated".

8.- Unas y otras consideraciones surgen de una razón germinal y común: los afectados por una práctica anticompetitiva se encuentra en una situación de asimetría informativa respecto del infractor, que dispone de toda la información posible sobre el alcance y efectos de su infracción. Por todo eso, en desarrollo de ese acervo jurisprudencial y doctrinal señalado, la Directiva de daños ha establecido elementos facilitadores para el ejercicio de acciones *follow on*, que han de permitir que el perjudicado por una práctica anticompetitiva trate de paliar esa situación de asimetría informativa. Sin embargo, debe acentuarse que ni siquiera la utilización exitosa de esas medidas facilitadoras de la futura acción *follow on* permitirán que esa situación de asimetría sea anulada enteramente. Tampoco es la finalidad de esas medidas: se trata de que el perjudicado pueda obtener información idónea y suficiente con la que desarrollar su ejercicio de cuantificación hipotética del daño sufrido. En cualquier caso, el sistema del art. 283 bis LEC parte así de una regla general, que es permitir al perjudicado por una práctica anticompetitiva el acceso a fuentes de prueba que se hallen en poder de terceros. No se trata solo del acceso a la información necesaria para la preparación de una demanda, sino para el desarrollo de la labor probatoria a actuar en el proceso: es un mecanismo para facilitar el resarcimiento de los daños sufridos.

9.- El art. 283 bis LEC es la traslación nacional de las medidas facilitadoras previstas por la Directiva, que pretende que el mecanismo permita el acceso a esa información relevante. Pero el mecanismo encuentra límites precisos. En primer lugar, que no se trata de una herramienta de invocación imperativa de manera previa a la formulación de una acción *follow on*, de modo que el perjudicado de que se trate puede rechazar la oportunidad de recurrir a él y desarrollar por otros medios un intento de cuantificación alternativo de los daños sufridos, sin que ello determine por sí mismo la desestimación de su demanda posterior. En segundo lugar, la Directiva y la LEC explicitan que el acceso a esa información no solo se da para satisfacer los intereses del perjudicado y preservar el derecho que le asiste a ser indemnizado, puesto que también los poseedores de la información de que se trate son titulares de derechos merecedores de tutela, por ejemplo, para preservar la confidencialidad de la información en cuestión o no comprometer los fines que persigue la aplicación pública del derecho de la competencia (en la cita de Gascón Inchausti, F., *"Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición"*, Cuadernos de derecho transaccional, marzo 2017, p. 140: *"la Directiva trata de ofrecer soluciones equilibradas, guiadas por dos ideas básicas: de un lado, se quiere promover un mejor acceso a las fuentes de prueba, aunque -admitase el giro coloquial- ``sin pasarse"*).

10.- La plasmación material del mecanismo diseñado por la Directiva en la redacción del art. 283 bis LEC ha sido objeto de críticas intensas, tanto respecto de su acento técnico como de su contenido (vid. Martorell Zulueta, P., *"Aspectos procesales I: acceso a fuentes de prueba"* en Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia, Ruiz Peris, J.I., director, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 135-136). El precepto es difícil y no es autosuficiente en todos sus extremos, en la medida en que, por ejemplo, remite a otras normas concordantes (art. 283 bis f).2 LEC, por remisión a los arts. 297 y 298 LEC). Pero la aplicación del mecanismo no solo resulta comprometida por la mejorable técnica del precepto, también por la falta de una experiencia jurisprudencial suficiente en su aplicación. Incluso los estudios doctrinales que se han dado hasta ahora sobre la figura resultan acusadamente descriptivos, sin el contraste y análisis de esa producción jurisprudencial que todavía no se ha dado.

11.- El AJM núm. 3 de Barcelona, de 17 de octubre de 2017 resolvió la aplicación analógica del mecanismo para preservar la confidencialidad de los documentos aportados por una de las partes en el contexto del ejercicio de una acción de competencia desleal. Los AAJJMM núm. 3 de Madrid, de 21 de mayo y 9 de julio de 2018 y núm. 1 de Valencia, de 11 de mayo de 2018, rechazaron la adopción de una solicitud de acceso a fuentes de prueba consistente en la elaboración por la infractora solicitada de un informe pericial de cuantificación del daño sufrido a resultas de la misma infracción que da pie a la solicitud que aquí se examina. A su vez, mediante Auto de 7 de diciembre de 2018, rechazó la práctica de una petición de acceso idéntica a las resueltas por los citados Autos. De manera más reciente, el AJM núm. 1 de Bilbao, de 7 de junio de 2019, ha estimado parcialmente una solicitud análoga a la que aquí se ventila. Es evidente que no existe un cuerpo jurisprudencial suficiente sobre la interpretación posible del nuevo mecanismo de acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis LEC.



12.- Parece claro que el art. 283 bis LEC supone algo específico respecto de los mecanismos clásicos de preparación de la demanda o de obtención de pruebas que ya se encontraban consolidados en nuestra legislación procesal anterior, en la medida en que el legislador despreció la oportunidad de hacer del mecanismo de acceso a fuentes de prueba una herramienta de unificación de todos esos otros resortes, tal y como se preveía inicialmente en la Propuesta de Ley para la transposición de la Directiva. En efecto, el art. 283 bis LEC coexiste con la regulación general de la prueba, el aseguramiento o la anticipación de medios prueba, los requerimientos documentales, las diligencias preliminares, las diligencias de comprobación de hechos o las propias medidas cautelares. Esta dispersión de mecanismos se mantiene en producciones legislativas posteriores (así en los arts. 17 a 19 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, "LSE"). Si este mecanismo es entonces específico y diferente, en la medida en que coexiste con los otros generales, no puede ser interpretado, sin más, tal y como han sido interpretados jurisprudencialmente el resto de instituciones citadas, procurando una uniformidad en la aplicación práctica de unas y otras cosas que no existe en su formulación legal. Entonces, no basta solamente con la aplicación analógica de lo que ya sabemos de nuestras viejas instituciones procesales, porque el mecanismo es algo más que todas ellas. Por eso es tan incómodo el momento en el que esta resolución se pronuncia, al carecer de un acompañamiento doctrinal y jurisprudencial que orienten la interpretación del sistema.

13.- Sin embargo, si el precepto es difícil y no es autosuficiente, si los estudios doctrinales de los que disponemos son acusadamente descriptivos, si carecemos de una base jurisprudencial sólida en su aplicación, para sentar cómo debe funcionar el mecanismo del art. 283 bis LEC deberemos indagar mínimamente sobre cómo funcionan esas otras instituciones procesales, tratando de recomponer alguna vinculación, por frágil que sea, entre unas y otras pues, al menos, la legislación procesal civil española se formula sobre el principio de unidad legal (así en el Título Preliminar de la LEC). Eso también es así porque los arts. 5, 6, 7 y 8 de la Directiva de daños son algo más que las soluciones procesales de las que ya disponíamos, pero no son algo menos. El mecanismo del art. 283 bis LEC es un desarrollo moderno y más perfecto que consume las instituciones procesales anteriores. Interpretar el art. 283 bis LEC con arreglo a los criterios de aplicabilidad de las instituciones que ya conocíamos reduce su funcionalidad, pero no la desnaturaliza si sobre esa base común reconocemos después sus particularidades y las tratamos de desarrollar de manera autónoma. Esta clase de razonamientos pueden verse en el AAP Barcelona, 15ª, de 5 de febrero de 2018, Ponente Juan F. Garnica Martín, que, tras razonar sobre la homogeneidad entre las diligencias preliminares del art. 256 LEC y las diligencias de comprobación de hechos aplicables también a los procesos de competencia desleal por remisión del art. 36 LCD a la LP (a la que habría que añadir la correspondencia entre los arts. 1 y 2 LDC y 15 LCD, es decir, soluciones procesales aplicables a los procesos de defensa de la competencia), señaló que:

"21. Aunque esa nueva regulación que se ha plasmado en los arts. 283 bis, en sus apartados a) hasta k), esto es, aparentemente como una institución ajena a las diligencias preliminares y aunque su ámbito de aplicación objetivo y temporal no se extienden a nuestro caso, no por ello es una regulación que podamos considerar completamente ajena al problema que afrontamos en este recurso. Así lo decimos porque lo que evidencia esa regulación es una grave carencia de nuestro derecho procesal civil, que regula de forma poco razonable el acceso por las partes a las fuentes de prueba cuando no se encuentran a su disposición. Tanto es así que, aunque la transposición finalmente se ha limitado, por razones de técnica legislativa seguida para hacerla, a lo estrictamente indispensable, esto es, a regular el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia, la inicial intención era hacer una transposición mucho más amplia, que no se limitara a ese tipo de procedimientos a los que se hace referencia la Directiva comunitaria sino que fuera de aplicación a cualquier otro. Ello comportaba incluso que se sustituyera con esa nueva regulación todo el régimen actual de las diligencias preliminares".

14.- Desde esa perspectiva de valoración, los rudimentos del mecanismo pueden descomponerse de manera más asequible. Se parte de un presupuesto sustantivo en el art. 283 bis a).1 LEC: la motivación razonada sobre la viabilidad del ejercicio de acciones *follow on*, como justificación para ordenar la exhibición de información en poder de infractores o terceros. ¿Qué información? Un apéndice adjetivo a ese sustantivo anterior: el carácter *numerus apertus* de las medidas susceptibles de ser adoptadas que enumera el precepto. ¿Cómo denegar o conceder la tutela y en qué extensión hacerlo? En el mismo precepto, algo después, un elenco de nociones adverbiales, los arts. 283 bis a) 2 y 3 LEC, que no desbordan las instituciones ya conocidas cuando abundan en una mera reformulación de dos nociones que son elementales a todas ellas: lo que sea necesario (la concreción de piezas específicas o categorías pertinentes, limitadas y acotadas) y lo que sea proporcional (instrumentalidad, menor onerosidad, especialidad). Todo eso en una distinción sistemática entre los dos apartados que bien podría haberse plasmado en una misma categoría de requisitos. De este modo, con una reformulación del precepto, pueden descomponerse las reglas del mecanismo según su carácter sustantivo, adjetivo y adverbial. Un presupuesto sustantivo, una clase de medidas adjetivas susceptibles de ser adoptadas y dos clases de requisitos que comparte una misma naturaleza adverbial.



15.- ¿Qué puede ser ese presupuesto sustantivo sobre "una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia"? Algo mucho más próximo a la "justa causa e interés legítimo" del art. 258.1 LEC, que al "juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión" en el art. 728.2 LEC. En primer lugar, porque el mecanismo del art. 283 bis LEC es de preparación de la demanda (como las diligencias preliminares), de obtención de pruebas (como las diligencias de comprobación de hechos) y de preparación del proceso *follow on* (en su total y auténtica dimensión), pero no de súplica de tutela jurisdiccional cautelar, ya para preservar un determinado estado de cosas o anticipar la tutela que se pueda obtener después en un eventual proceso declarativo. En segundo lugar, porque si el mecanismo del art. 283 bis LEC es un remedio específico del derecho de la competencia para la preparación de los procesos *follow on*, aunque se trate de un remedio procesal, su interpretación deberá corresponderse con la de los principios inherentes a la aplicación privada del derecho de la competencia, que parte siempre de una infracción previamente constatada por una autoridad de la competencia que, junto con las presunciones aludidas, conducen el ámbito posible del proceso *follow on* a uno solo: la cuantificación del daño sufrido. El juicio provisional e indiciario se consume en esa noción de vinculación, puesto que a ese juicio solo tendrá por objeto acreditar el daño cuando la pretensión parta de una justa causa que es la eventual afectación por la conducta sancionada, que es precisa y únicamente lo que el mecanismo pretende que se examine para conceder, con carácter sustantivo, el acceso a la información de que se trate.

16.- ¿Qué regla adjetiva califica esa regla sustantiva? Un juicio de pertinencia y utilidad: lo que puede pedirse y lo que no puede pedirse, según la especie de los datos que debe ser posible o imposible obtener del tercero de que se trate. Sin embargo, cuando no exista subsunción precisa entre la categoría de datos que se pretenda obtener y las categorías de información que expresamente se enumeran en el precepto, ¿cómo conducir ese juicio adjetivo? Según las notas de legalidad, pertinencia y utilidad del art. 283 LEC. El propio art. 283 bis a).1 LEC alude a las "pruebas pertinentes que tenga en su poder". También pueden percibirse esas dos nociones en la nota de "adecuación" propia del sistema de diligencias preliminares en el art. 258.1 LEC. Todo eso unido a las reglas específicas de la aplicación privada del derecho de la competencia que son, por ejemplo, las fijadas para la protección de los materiales en poder de la autoridad de competencia en el art. 283 bis i) LEC o, también entre esas especialidades, la protección del principio de efectividad que garantiza al infractor la oportunidad de defenderse en el proceso *follow on* (por ejemplo, para obtener datos del solicitante que le permitan articular su defensa posterior). Sobre lo que puede y lo que no puede pedirse, partiendo de la confusión entre fuente y medio de prueba en la que allí incurrió el solicitante, en el citado Auto de este juzgado de 7 de diciembre de 2018 señalé que:

"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 porque 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".

17.- En aplicación de este criterio adjetivo de adecuación y pertinencia, este juzgado ha rechazado parcialmente solicitudes de acceso a fuentes de prueba planteadas por los demandados en procesos *follow on*, por la imposibilidad de articular la defensa *passing-on* con una visión económica causalmente inidónea desde un punto de vista jurídico, lo que convertía en impertinentes e inadecuados los requerimientos de obtención de material documental mediante los que quería prepararse esa defensa de esa manera (Auto de 17 de diciembre de 2018 y Sentencia de 7 de mayo de 2019).

18.- ¿Qué elementos adverbiales pueden modificar el alcance de las categorías anteriores? Ese juicio de necesidad y proporcionalidad. El grupo de requisitos que se mencionan en los apartados segundo y tercero del precepto y que, con una acepción finalista, pueden ser entendidos como una reformulación de los requisitos comunes a las figuras anteriores de nuestra legislación procesal, pese a que quieren verse superadas prescindiendo de su unificación, aunque sea cierto que la finalidad de las medidas no es la de preparar demandas (diligencias preliminares), la de preparar prueba en el proceso (comprobación de hechos, aseguramiento o anticipación de prueba, requerimientos documentales) o anticipar una tutela cautelar, sino la de preparar el propio proceso en su conjunto. Pero ese ámbito mayor no quiere decir que lo "necesario" y lo "proporcional" hayan pasado a integrar una acepción procesal distinta. Así, partiendo a *sensu contrario* del citado AAP Barcelona, 15ª, de 5 de febrero de 2018, Ponente Juan F. Garnica Martín, que advirtió una actualización del sentido de las diligencias preliminares a la luz del nuevo art. 283 bis LEC:

"22. Lo que acabamos de afirmar ha de servir exclusivamente a una sola finalidad, la de estimar que la interpretación de las normas sobre diligencias preliminares ha de ser adaptada, en la medida en que resulte posible, a los principios que resultan de esas novedades legislativas. En el bien entendido que no pretendemos con ello hacer una aplicación analógica de la nueva regulación a un supuesto al que no tiene directa aplicación, ni tampoco una aplicación retroactiva en sentido propio, sino que se trataría, a lo sumo, de una retroactividad de carácter meramente interpretativo. Ello nos lleva simplemente a afirmar que el examen de la necesidad no debe hacerse exclusivamente a partir de la preparación de la demanda sino a sostener que esa necesidad debe ser también puesta en relación con la actividad probatoria (por tanto, con la preparación del juicio ampliamente entendida)".

19.- En definitiva, tenemos un presupuesto sustantivo, que es la viabilidad, que presenta identidad de razón con la justa causa propia de toda solicitud de diligencias preliminares. El sistema incorpora un filtro adjetivo: una enumeración de elementos que pueden solicitarse y que, aunque no tenga carácter de *numerus clausus*, nos sirve para entender que no puede pedirse cualquier cosa, según una nueva acepción de los criterios de adecuación, legalidad, pertinencia y utilidad, que nunca podrán desconocer las especialidades propias del derecho de la competencia y la protección de materiales confidenciales. Por fin, el funcionamiento del mecanismo está condicionado por un *modo adverbial*, que son los requisitos de los apartados segundo y tercero del precepto y que suponen una reformulación de los principios inherentes a la activación exitosa del resto de instituciones procesales similares con las que ya contábamos, que son la necesidad y la proporcionalidad.

20.- Por lo tanto, si superamos las dificultades técnicas del precepto, la ausencia de un cuerpo jurisprudencial sólido con el que conducir su interpretación e incluso los eufemismos dados anteriormente para tratar de sistematizar los fundamentos del mecanismo, nos encontraremos con que tenemos que examinar si una solicitud que se apoya en el art. 283 bis LEC está basada en una narración de hechos justificada para, después, comprobar si las medidas efectivamente solicitadas son, primero, adecuadas, pertinentes y útiles y, después, de carácter necesario y proporcional. Incluso las especialidades del derecho de la competencia, como limitación al alcance del mecanismo y que se resumen en la protección de intereses que van más allá de la aplicación privada que invoca un perjudicado por el ilícito de que se trate, ya han sido reconocidas indirectamente por nuestra jurisprudencia de una forma equivalente y sencilla en interpretación de las instituciones procesales anteriores, así en el AAP Barcelona, 15ª, de 17 de noviembre de 2016, Ponente Juan F. Garnica Martín:

"13. Cuestión distinta es que el acceso a la documentación contable no pueda ser autorizado de forma indiscriminada porque ello sí que podría suponer un atentado injustificado a los principios que el art. 32 CCom tutela. En eso sí que debemos estar de acuerdo con la resolución recurrida. Los derechos de la solicitante no son absolutos, sino que deben en todo momento intentarse conciliar con el derecho de las solicitadas a mantener en secreto su documentación. Pero esa es una cuestión distinta que no puede enjuiciarse con carácter general, sino que debe ser puesta en relación con las concretas medidas solicitadas, que deben ser proporcionadas a la finalidad pretendida por la solicitante y que cuenta con amparo jurídico, esto es, la necesidad de poder preparar



de forma adecuada su demanda de infracción. En suma, lo que debemos analizar de forma concreta es si cada una de las diligencias interesadas resulta proporcionada, además de ser necesaria".

Tercero.-Desestimación de las resistencias de carácter procesal formuladas por Daimler.

21.- Como cuestiones previas y de naturaleza procesal, Daimler alude al carácter defectuoso de su emplazamiento, a la falta de competencia de este juzgado y a la insuficiencia del poder de la parte actora.

22.- La regularidad del emplazamiento de Daimler es una cuestión superada por el pronunciamiento del Auto de 29/5/19. Desde entonces, Daimler no ha tenido obstáculo alguno en instruirse sobre el contenido de las actuaciones de forma íntegra y en condiciones aptas para formular una defensa plena, tal y como efectivamente ha realizado para, incluso, solicitar un aplazamiento de la fecha inicialmente fijada para la celebración de la vista principal, que obtuvo sin dificultades. A su vez, debo anunciar ya en esta solicitud que el juzgado no procederá materialmente a la apertura de la pieza separada que en dicha resolución se señalaba, pues los fines que allí se perseguían ya se han colmado mediante la celebración pronta de la vista de la que dependía el pronunciamiento de esta resolución. Sin embargo, ante la insistencia de Daimler, no puedo dejar de expresar aquí que la aspiración del juzgado es la de intervenir como un espacio seguro para la defensa de los derechos de todas las partes involucradas en este tipo de procesos y que la generación recurrente de debates de esta naturaleza, impide que el juzgado centre sus esfuerzos en esa labor de tutela, que es muy exigente, dada la novedad y sofisticación del derecho que se actúa.

23.- Daimler no puede censurar la falta de competencia de este juzgado, que solo es apreciable de oficio ex art. 283 bis d).2 LEC . Este juzgado no ha suscitado de oficio cuestión alguna sobre su eventual falta de competencia, que no aprecio en el caso. Con todo, en el mismo sentido expresado anteriormente, debo igualmente señalar que la reafirmación de la jurisdicción española para el conocimiento de acciones *follow on* (y por conexión, también de este proceso) es una cuestión igualmente superada: en las resoluciones de este juzgado que Daimler ya conoce, en la generalidad de los pronunciamientos semejantes dados por los juzgados mercantiles españoles hasta ahora y, por asunción, en los AATS AATS, 1ª, de 19 de marzo y 9 de abril de 2019 . Por el contrario, solo he admitido, a instancia de Daimler, la falta de competencia internacional de este juzgado en el supuesto de que no resultase acreditada la compra de un camión en España (Auto JM núm. 3 de Valencia, 22.2.2019, Juicio ordinario 332/18), lo que en este caso no ocurre (bloque documental 3 actor). A su vez, de acuerdo con los criterios sentados por la Sala Primera en los citados Autos y en examen de la competencia territorial de este juzgado, ex art. 52.1.12º LEC y según reglas de acumulación del art. 53 LEC , baste señalar que no consta que Daimler tenga establecimiento o domicilio en España, los solicitantes tienen domicilio en Valencia y que, al menos, una de las adquisiciones se realizó en Valencia (intervención de "Distribuidora de Vehículos Divesa"). De este modo, los efectos derivados del acto infractor se habrían producido en Valencia (si se optase por el criterio del domicilio, como aceptan una buena parte de los juzgados mercantiles) o parcialmente en Valencia (por el criterio ya asumido por este juzgado de examen de nexos de conexión y superación del carácter indirecto del daño por la sola intervención de una filial o concesionario vinculado a la matriz infractora).

24.- En cuanto a la pretendida insuficiencia del poder presentado por los solicitantes, ni durante el acto de la vista Daimler especificó en qué consistiría esa patología, ni soy capaz de advertirla con el examen que el pronunciamiento de esta resolución precisa de tal documento, que es muy somero, puesto que si verdaderamente existiera tal vicio sería de carácter subsanable. A tal fin, podrá Daimler tras esta resolución expresar de forma concreta cuál sea el alcance de esa insuficiencia de poder y, tras ello, la oficina del juzgado requerirá a la parte solicitante a fin de que subsane ese defecto.

Cuarto.- Sistematización de las solicitudes.

25.- Aunque nominalmente los actores formulan ocho peticiones distintas, pueden ser resumidas en tres bloques con el propósito de facilitar el examen de los presupuestos y requisitos en cada grupo de solicitudes. Así, pueden distinguirse las que se refieren "sobreprecio" (1-3), las que se refieren al "sobreconsumo" (4- 7) y las que pretenden el "acceso a documentos custodiados por la Comisión" ("Cuarto"). Procederé al examen particular de cada bloque en los fundamentos siguientes, de acuerdo con los tres criterios de enjuiciamiento ya señalados: juicio sustantivo de viabilidad, juicio adjetivo de pertinencia, utilidad y adecuación y juicio adverbial de necesidad y proporcionalidad.

Quinto.- Estimación parcial de las solicitudes relacionadas con el "sobreprecio".

26.- Aquí voy a realizar esos tres juicios respecto de las solicitudes 1-3, para admitir limitadamente la práctica de las dos primeras y rechazar la práctica de la tercera.

27.- Las tres solicitudes están amparadas en una misma narración de hechos que supera el juicio sustantivo de viabilidad. Los hechos relevantes de esa narración son pacíficos entre las partes. La Comisión ha sancionado



una práctica anticompetitiva mediante una Decisión de la que Daimler es destinataria y que describe que la infracción sancionada estribó en acuerdos colusorios en materia de precios e incremento de precios brutos en el mercado europeo de camiones durante un lapso temporal amplio (en el punto 2 del doc. 2 aportado por la solicitada). A su vez, resulta acreditado que los solicitantes adquirieron, durante el lapso temporal de duración de la infracción, camiones de las características de los afectados por las prácticas anticompetitivas (doc. 3 solicitantes). De eso se desprende, de manera suficiente, que los actores podrían haber sufrido daños en forma de sobreprecio. Por tal motivo, en la petición de los actores concurre justa causa e interés legítimo en obtener información sobre las circunstancias en las que esa infracción acaeció. En la medida en que está justificado que puedan formular una demanda *follow on*, precisan la obtención de la información suficiente para la elaboración de un dictamen pericial de cuantificación de daños, que permita la reconstrucción hipotética de un escenario contrafactual, en el sentido señalado anteriormente.

28.- Frente a las reservas de la solicitada, para resolver ese juicio sustantivo de viabilidad no es necesario realizar un examen indiciario sobre los elementos de fondo determinantes de la eventual estimación o desestimación de esa acción *follow on* en un proceso declarativo posterior, a saber: la naturaleza de la infracción en relación con la constatación de daños a través de la aplicación de las presunciones *ex re ipsa* o la eventual prescripción de esa acción. Ciertamente, algo tendrá que decirle al juicio sustantivo de viabilidad lo que ya sabemos sobre la *apariencia de buen derecho*, pero no para anticipar un juicio cautelar, porque este proceso no responde a ese interés tuitivo, sino solamente para desechar las peticiones arbitrarias o infundadas, lo que en este caso no sucede.

29.- A su vez, las dos primeras peticiones concretamente elevadas en este apartado -información sobre modelos fabricados y precios de lista- parecen adecuadas y pertinentes para satisfacer el interés protegible de obtener esa información suficiente con la que desarrollar un informe contrafactual. Así, la primera medida tiene reflejo nominal en la previsión del art. 283 bis a).1.a LEC y la segunda en la previsión del art. 283 bis a).1.e LEC. Por el contrario, no comparto que la tercera medida solicitada -imputación de costes o "*total delivery cost*" - supere ese juicio de adecuación o pertinencia. En efecto, la petición se motiva en las pp. 16-17 del escrito de solicitud, que expresa la utilidad del documento para "*verificar los costes reales de las innovaciones tecnológicas de cada momento para poder aislar este efecto del incremento de precio que este fabricante hubiera aplicado a cada vehículo por efecto del cártel o por efecto de otros factores*". En este punto, debe acentuarse que la infracción sancionada estribó en un acuerdo de fijación de precios brutos, de manera que el estudio de la evolución de esos precios no precisa de considerar aisladamente la evolución de cada uno de los costes o factores de producción para la obtención del producto, sin que se pueda considerar pertinente, por redundante, plantear la necesidad de computar separadamente "*los costes reales de las innovaciones*" en relación con el "*incremento de precio*" en el que necesariamente se consumen. Es decir, que no hay relación entre la justa causa que se describe y acepto y la medida que se solicita.

30.- A su vez, las medidas, tal y como han sido formuladas, no superan en su integridad el tercer juicio adverbial (la primera y la segunda) o no lo superan en absoluto (la tercera).

31.- Por lo que respecta a la primera, resulta una solicitud temporal y objetivamente amplísima y, por ello, desproporcionada. Temporalmente, porque pretende que se obtenga información del período 1990-2018, cuando la infracción tuvo lugar en el período 1997-2011. Objetivamente, porque se refiere a la totalidad de los camiones fabricados por Daimler, sin considerar las características de los afectados por la infracción y, particularmente, las características de los adquiridos por los solicitantes. Por todo eso, debo limitar el alcance de esta petición, tanto temporal como objetivamente. Por un lado, limitaré el período temporal de referencia de la información a presentar al lapso 1992-2016, que se ajusta suficientemente a las indicaciones dadas por la Comisión sobre determinación de los marcos temporales relevantes para el análisis (Estudio *passing-on*, *Comparision over time*, p. 192). Por otro, limitaré los parámetros objetivos de discriminación de la información, para limitarla a los modelos de características técnicas asimilables a las de los vehículos adquiridos por los solicitantes, identificados según su denominación comercial. En esa lista se incorporarán igualmente las variaciones que haya experimentado en su comercialización el modelo de camión efectivamente adquirido por los solicitantes. Si su efectiva comercialización fuera posterior al año 1992, se expresarán los datos correspondientes a los modelos equivalentes que se comercializaran en ese momento. Es cierto que los modelos en cuestión, por su propia naturaleza, fueron progresivamente introducidos en el mercado y que, en puridad, se trataría de datos que podrían obtenerse con el recurso a otras fuentes (por ejemplo, revistas especializadas). Sin embargo, puede intuirse fácilmente que la reconstrucción de todo ese complejo de datos resultaría innecesariamente difícil para los solicitantes, lo que justifica la concesión de la medida.

32.- Por lo que respecta a la segunda solicitud, resulta una petición temporal y objetivamente amplísima y desproporcionada, en la medida en que se apoya sobre la anterior, que ya ha resultado limitada, por lo que esta segunda solicitud debe comenzar por limitarse en el mismo sentido señalado. Sin embargo, debo establecer



otras limitaciones adicionales que no tienen que ver con las resistencias formuladas por Daimler respecto de la falta de identidad de la petición con lo apreciado por la Comisión en el punto 27 de su Decisión. En primer lugar, en términos generales, es razonable que surjan discrepancias nominalistas entre la forma en que razonablemente se identifican las fuentes de prueba que solicita el actor y su concreta denominación para la solicitada, que es desconocida por el actor. Tampoco es necesario que las solicitudes se refieran a documentos predispuestos, sino a información de la que el solicitado pueda disponer, de manera presumible y razonable, que deberá plasmar en algún tipo de soporte para su aportación al proceso. En segundo lugar, en términos particulares, resulta claro que lo que los solicitantes pretenden es obtener la información a la que se refiere el art. 283 bis.1.e) LEC , que razonablemente se encuentran en poder de Daimler o de su filial española, a la que también se refiere el punto 25 de la Decisión. Precisamente por ello, porque de lo que se trata es de medir la evolución de precios en el mercado relevante afectado por la conducta, debe limitarse esta medida a los datos relativos al mercado español.

33.- Por lo que respecta a la tercera solicitud, no advierto que la petición sea necesaria (regla de subsidiariedad en la obtención de materiales para la elaboración de un estudio contrafactual, que precisamente puede ser elaborado de manera adecuada y suficiente con los datos obtenidos a través de la práctica de las dos primeras solicitudes), tampoco proporcional por la sobreexigencia que supondría para la solicitada, de manera no necesaria, la preparación y puesta a disposición de esa información.

34.- Daimler deberá procesar la información original de que disponga y que es objeto de las solicitudes que aquí se admiten en la forma que expresaré más adelante. A su vez, los solicitantes y sus asistentes estarán obligados a respetar las reglas de confidencialidad que igualmente estableceré.

Sexto.- Desestimación de las solicitudes relacionadas con el "sobreconsumo".

35.- Por el contrario, considero que las peticiones enumeradas en los números cuarto a séptimo no superan el juicio sustantivo sobre viabilidad- justificación.

36.- La Decisión sancionó también una infracción en relación con el calendario y repercusión de los costes de introducción de las emisiones para camiones medios y pesados exigidas por las normas Euro 3-6. Los solicitantes señalan (pp. 18-19 del escrito de solicitud) que esa tecnología menos contaminante es también determinante de un consumo inferior de combustible, por lo que el retraso en su adaptación sería determinante de un consumo superior de combustible sufrido de manera continuada por los adquirentes de los camiones afectados, lo que habría causado daños por sobreconsumo a esos adquirentes.

37.- Daimler aduce que de la Decisión no resulta que las conductas sancionadas provocaran daños y perjuicios a los adquirentes de los camiones derivados de un exceso de consumo de los vehículos comercializados. Como he señalado, yo tampoco aprecio la justificación de esta petición, pero no por esa razón.

38.- Porque no se trata de que la Decisión liquide o no liquide unos u otros conceptos indemnizatorios susceptibles de integrar el objeto de una reclamación *follow on* posterior. De lo que se trata es de reconocer en lo resuelto por la autoridad de competencia el punto de partida adecuado para entablar después una acción *follow on* , con respeto al principio de vinculación pero con discrecionalidad en el desarrollo del enjuiciamiento de la acción privada, de manera siempre respetuosa con el principio de indemnidad del lesionado, que le reconoce el derecho a obtener una indemnización que integre conceptos de daño emergente, lucro cesante e imposición de intereses, que en el desarrollo del juicio declarativo encuentre su base en la infracción sancionada, pero con independencia de que exista una mención específica o no de esos conceptos indemnizatorios en la resolución pública que sea punto de partida del enjuiciamiento. Así en la STJUE, Gran Sala, 6 de noviembre de 2012, C-199/11 , Otis, p. 65:

"Por último, interesa destacar que una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional".

39.- De este modo, frente a lo que censura Daimler y en términos de viabilidad-justificación, la solicitud sí que aporta una motivación razonada sobre el extremo de que un mayor consumo de combustible puede suponer un daño continuado para el adquirente de un camión, de forma apta para sostener el ejercicio de una acción *follow on* que integre esos conceptos indemnizatorios. Lo que ocurre es que de las alegaciones y esfuerzo probatorio de los solicitantes no se sigue, de manera plausible y no meramente voluntarista, que el retraso



en la implementación de medidas de control de emisiones previstas en las normas Euro 3- 6 determine la pérdida de esa oportunidad de ahorro de combustible, según el complejo técnico y funcional que esas medidas estaban llamadas a desarrollar en ese mercado. No es necesario que la Decisión describa ese binomio, pero sí es necesario que los solicitantes lo describan y lo acrediten indiciariamente en este proceso. La petición de los actores no adolece de falta de correlación con la infracción constatada por la Decisión, sino de un examen técnico sobre las implicaciones de ese retraso según el significado de esas tecnologías, de acuerdo con el contenido de las normas técnicas que las previeron. Ese extremo, que no se desprende de forma bastante de la Decisión, que no puede integrar un acervo común y notorio en el que nadie pueda apoyarse de manera sólida y que, desde luego, provoca en mi juicio un grado de incertidumbre que no estoy en condiciones de superar de ninguna otra manera sino mediante la desestimación de la petición. Del mismo modo, la justificación ofrecida por los solicitantes omite, de manera indeseable, la identificación del nivel tecnológico del que está dotado cada camión adquirido, tal y como igualmente censura Daimler.

40.- Acreditada esa relación entre emisión y consumo en análisis de la normativa técnica que resultara aplicable a esas tecnologías, así como las vicisitudes particulares de los camiones adquiridos por cada solicitante, podría considerarse como viable la formulación de solicitudes como las que aquí examino, sin pronunciarme sobre si, en esos términos, se superarían los controles adjetivo y adverbial. Es importante destacar esto porque esto también supondría el rechazo del resto de las resistencias planteadas por Daimler en el contexto de este juicio de viabilidad (las fechas en las que introdujo las respectivas tecnologías en sus camiones y si, con acuerdo colusorio o sin él, la introducción se produjo en el lapso temporal de discrecionalidad concedido a cada fabricante de camiones para la efectiva introducción de las medidas), puesto que examinar ese tipo de circunstancias nos aproximaría, nuevamente y de la misma forma indeseable, a confundir el juicio de viabilidad-justificación con otro de *apariencia de buen derecho*.

Séptimo.- Desestimación de la solicitud de acceso a la versión confidencial de la Decisión.

41.- Por último, voy a desestimar la solicitud de acceso a la versión confidencial de la Decisión, al entender que la petición ni es subsidiaria, ni es respetuosa con las prohibiciones absolutas del art. 283 bis i) LEC , sin necesidad de requerir las observaciones de la autoridad de competencia a las que se refiere el apartado undécimo del precepto.

42.- En primer lugar, debe enfatizarse que el recurso a la información que obre en poder de terceros, cuando esos terceros son las respectivas autoridades de competencia que hayan sancionado la conducta de que se trate, es siempre de naturaleza subsidiaria, de acuerdo con el art. 283 bis. i) LEC . Lo explica así Vela Torres, P. J., "El acceso al expediente de la autoridad de la competencia", CGPJ, 2019, p. 11:

"La nueva regulación legal, aunque se diga al final del precepto (...), parte de un principio de subsidiariedad, conforme al cual se impide al tribunal requerir a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en sus expedientes, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas".

43.- Del contenido de la solicitud y de lo declarado por el Sr. Carlos Jesús se desprende que los solicitantes han podido realizar un estudio de cuantificación del daño sufrido que toma sobre la base la evolución de los precios netos de compra de camiones de características asimilables a los adquiridos por los solicitantes. A resultas de la estimación parcial de su solicitud que ha de darse aquí, los solicitantes tendrán también acceso a un complejo de datos con el que realizar, desde una perspectiva añadida y en desarrollo de los modelos admitidos por la Guía, un estudio de cuantificación complementario del anterior. De este modo, no parece que exista una auténtica necesidad de acceso a los materiales custodiados por la Comisión.

44.- A su vez, la concreta solicitud que se eleva pretende *"tomar conocimiento de los datos completos de la infracción y del alcance los acuerdos colusorios en extenso, que deben estar descritos en la Decisión de la Comisión"*. No encuentro obstáculos en asumir que el contenido de esa Decisión confidencial sea *"completo"* y *"extenso"*, según presumen los solicitantes. Lo que ocurre es que, precisamente por eso, el acceso a la versión confidencial de la Decisión, *"completa y extensa"*, pero dada en relación con un clemente y con quienes han emitido una solicitud de transacción, tal y como se expresa en su punto tercero, necesariamente habría de vulnerar las prohibiciones absolutas enumeradas en el art. 283 bis i). 6 LEC pues, de existir tal versión confidencial de la Decisión *"completa y extensa"*, esta expresaría necesariamente información o categorías de prueba obtenidas por ese modo absolutamente protegido en el art. 283 bis i). 6 LEC , mientras la petición de los solicitantes no discrimina entre el contenido absolutamente protegido en esa Decisión confidencial y que no podría ser objeto de revelación, frente a, hipotéticamente, el contenido confidencial plasmado en esa Decisión *"completa y extensa"* que no esté afectado por esa categoría de prohibiciones absolutas y que, tal vez, sí pueda ser revelado, todo ello con arreglo a la legislación comunitaria específicamente aplicable y la doctrina jurisprudencial que la interpreta, a las que imperativamente se refiere el art. 283 bis i). 2 LEC .

**Octavo.- Caución.**

45.- Daimler ha solicitado la fijación de una caución doble. La primera, por razón de los gastos que eventualmente le podía generar el cumplimiento de las medidas y por los daños de revelación de los datos obtenidos. La segunda, con carácter disuasorio para el cumplimiento de las reglas de confidencialidad cuya adopción igualmente ha solicitado.

46.- El art. 283 bis c) LEC faculta al solicitado a pedir la prestación de caución por el solicitante para responder de los gastos de ejecución de medidas y, también, por los daños y perjuicios que se le puedan irrogar por su ejecución. Esa caución es unitaria, de manera que no puede ser redundada por la adopción de otra caución para preservar las reglas de confidencialidad que puedan imponerse, sin perjuicio de la responsabilidad autónoma que en caso de infracción de esas reglas pudiera derivarse con aplicación del art. 283 bis k) LEC. En cualquier caso, el mecanismo ya presupone que el punto de partida para su aplicación es la comisión de una infracción anticompetitiva de la que, normalmente, será destinatario el solicitado. Sin embargo, este infractor solicitado no debe verse irremisiblemente condenado a soportar el coste de la práctica de estas medidas de averiguación, ni los daños que puedan seguirse de ellas, como si de una consecuencia de su infracción se tratase y que, por ello, estuviera en la obligación de soportar. En primer lugar, porque los gastos y daños que se pretenden revertir a través del sistema de caución no están causalizados con la infracción sancionada. En segundo lugar, porque la invocación del mecanismo no es *per se* una medida imperativamente necesaria para la preparación de un proceso *follow on*.

47.- El mecanismo no ofrece pautas para cuantificar la extensión de la caución. Sin embargo, el art. 283 bis b).2 LEC establece que *"el interés de las empresas en evitar acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia no constituirá un interés que justifique protección"*, mientras que el art. 283 bis c).3 LEC señala que *"no podrá exigirse una caución que por su inadecuación impida el ejercicio de las facultades previstas en esta sección"*. De una y otra cosa se colige que la extensión de la caución no puede ser desorbitante, de manera que se disuada del recurso al mecanismo a un solicitante que, en el contexto de estimación de una acción *follow on*, podría obtener una indemnización calculada sobre una fracción porcentual menor del precio satisfecho para adquirir el bien o servicio de que se trate. A su vez, porque el contenido del mecanismo es más amplio que el de unas meras medidas de preparación de la demanda, no parece un buen punto de referencia el tratamiento jurisprudencial habitual del requisito de caución previsto en el art. 258.1 LEC. De este modo, la extensión de la caución tampoco puede fijarse en los términos cuantitativamente menores con los que habitualmente se despacha en sede de diligencias preliminares. Baste considerar la complejidad y especificidad de preparación y ejecución del acceso que se concede, según se dirá en el fundamento noveno.

48.- Unas y otras cosas, me conducen a fijar una caución en el importe de dos mil euros, a prestar en la forma y tiempo que se dirá.

49.- Con aplicación analógica del art. 262 LEC, a la finalización del proceso este juzgado resolverá sobre el destino de la citada caución, de manera contradictoria y con la misma posibilidad de apelación que el precepto reconoce.

Noveno.- Forma de acceso y reglas de confidencialidad.

50.- Admitida parcialmente la solicitud, es también necesario establecer cómo se desarrollará el acceso a las fuentes de prueba de acuerdo con tres premisas. Primero, el acceso a la información que aquí se acuerda no es para satisfacer un interés particular de este proceso, cuyo objeto es meramente instrumental para preparar otro posterior. Segundo, la información solo debe resultar accesible a la parte solicitante y a sus asistentes. Tercero, en ese acceso deben protegerse los intereses de Daimler para preservar la confidencialidad de esa información.

51.- Los solicitantes insisten en que la información a la que se acceda deberá ser original, remitirse en formato electrónico y de manera susceptible de ser procesada mediante empleo de cualquier software utilizado comúnmente, para su puesta a disposición de los solicitantes, se sobreentiende que mediante su depósito en la oficina de este juzgado.

52.- A su vez, Daimler solicita la adopción de medidas de confidencialidad que impidan que la información que aquí se obtenga pueda ser utilizada por terceros, particularmente por otros eventuales demandantes asistidos por los mismos profesionales que los solicitantes.

53.- He aceptado la puesta a disposición de dos clases distintas de información: modelos fabricados y esos "precios aplicados sucesivamente" a los que se refiere el art. 283 bis a).1.e) LEC. Entiendo que ambas fuentes de información no comparten la misma naturaleza sensible y que únicamente el segundo bloque de datos es de naturaleza confidencial para Daimler, en el sentido del art. 1.1 LSE. Por el contrario, como ya he señalado, los datos relativos a la enumeración de modelos fabricados por Daimler comparables con los adquiridos por los



solicitantes, así como la evolución del propio modelo adquirido, se trata de datos conocidos en el mercado, en la medida en que esos modelos y sus especificaciones han tenido penetración en él, con independencia de que la reconstrucción de todo ese complejo de datos resulte muy difícil para los solicitantes. Sin embargo, que se conceda la solicitud no quiere decir que las fuentes de prueba afectadas por ella integren datos confidenciales de Daimler.

54.- De este modo, nada obsta a acordar que el acceso al primer bloque de datos se practique en la forma solicitada por la parte actora, es decir, que la información a la que se acceda deberá ser original, remitirse en formato electrónico y de manera susceptible de ser procesada mediante empleo de cualquier software utilizado comúnmente, para su puesta a disposición de los solicitantes, ya a través de sus Procuradores, ya a través de las oficinas de este Juzgado, sin que resulte necesario adoptar ninguna cautela especial de protección de una confidencialidad de la que los datos carecen, en el plazo de diez días desde la notificación de esta resolución.

55.- Por el contrario, es necesario adoptar reglas distintas respecto de la forma en que se desarrollara el acceso a las fuentes de prueba relacionadas con la segunda medida solicitada y parcialmente concedida. Se trata de hacer conciliable la estimación dada con el carácter instrumental del proceso y la eficacia de las cautelas de confidencialidad que, en este caso, sí deben adoptarse. Todo también al intuir que el volumen y complejidad de plasmación material en un documento de esos datos dificultaría la ejecución de la medida, en la forma en que ha sido inicialmente solicitada.

56.- El apartado 30 del "Draft 2018-Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobre coste que se repercute al comprador indirecto" de la Comisión ("Draft-2018"), señala que:

"Se pueden solicitar elementos de prueba a la otra parte a través del órgano jurisdiccional nacional y bajo su estricto control. La solicitud debe referirse a determinados elementos o categorías de elementos de prueba. No obstante, siempre que el órgano jurisdiccional nacional considere los principios de proporcionalidad y protección de los intereses legítimos establecidos en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva de daños y perjuicios, es posible que haya que exhibir incluso determinados elementos de información confidencial a la parte que tenga la obligación de acreditar los efectos de la repercusión. Al ordenar la exhibición de esa información, es fundamental que el órgano jurisdiccional haya implantado medidas destinadas a proteger la información confidencial. Algunos ejemplos de este tipo de medidas pueden ser la puesta en común de información a través de círculos de confidencialidad o mediante salas de datos en los que los representantes de las partes pueden acceder a la información confidencial pertinente para el asunto en cuestión".

57.- La puesta a disposición de información sensible, de manera proporcional, a través del acceso a salas de datos está estandarizada en la práctica de la Comisión ("Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 and under the EU Merger Regulation"). Se trata de una fuente de inspiración adecuada para disciplinar las reglas que pueden ser observadas aquí para la creación de una sala de datos que permita a los solicitantes el acceso a las fuentes de prueba que esta resolución les concede y preserve la confidencialidad de esos datos, respecto de los que Daimler debe ostentar siempre una posición de dominio y control según su naturaleza, que no es incompatible con dar adecuada satisfacción al interés de los solicitantes.

58.- De este modo, los datos relacionados con la segunda solicitud, serán volcados en una sala de datos que Daimler recreará y preparará, con la finalidad de dar satisfacción a la tutela que se concede a los solicitantes, en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente.

59.- La exhibición se desarrollará en las oficinas de la dirección letrada de Daimler abiertas al público en la ciudad de Valencia, de manera inmediata a la expiración de ese lapso de preparación, durante los siete días laborales siguientes en horario de 9:00-14:00 horas, de manera ininterrumpida.

60.- La preparación estribará en la plasmación de los datos que se correspondan con la medida concedida en toda su amplitud en soporte informático que permita su reproducción a través de un ordenador personal de Daimler, que será igualmente dispuesto a tal efecto en la sala de datos, para su utilización por los solicitantes.

61.- La exhibición se realizará con presencia facultativa de un asistente legal y un perito designados por Daimler al efecto. Del mismo modo, los solicitantes serán representados por un asistente legal y un perito designados al efecto.

62.- La sala de datos estará equipada para permitir que los representantes de los solicitantes puedan tomar anotaciones y reproducir los datos plasmados en ese soporte. Los datos reproducidos podrán ser conservados por los solicitantes y extraídos de la sala de datos. El alcance de la reproducción será solo parcial para cada categoría de datos, en la medida en que resulte necesario para tomar un muestro suficiente para la elaboración



de un estudio comparativo de los previstos en la Guía, que pueda ser considerado *holístico* y *robusto*, en el sentido de los criterios enumerados en las pp. 201-205 del Estudio *passing-on*.

63.- Por su parte, el art. 283 bis b).5 LEC permite la adopción de una medida de protección de la confidencialidad de la información obtenida y que ampara la pretensión de Daimler, que resulta suficientemente justificada, ante la evidencia de que un mismo grupo de afectados por la infracción constatada por la Decisión podrían estar asistidos por los mismos profesionales que aquí intervienen, que no realizan una petición conjunta.

64.- De este modo, debo acordar que la información obtenida con la práctica de las medidas solo podrá ser conocida por los solicitantes, su dirección letrada y sus peritos, para la sola elaboración de un dictamen pericial que puedan exclusivamente presentar los solicitantes de esta medida en un eventual y posterior proceso *follow on*, cuyo objeto alcance únicamente a los camiones que se identifican en el cuerpo de la solicitud, enfatizando que no podrá ser conocida ni empleada por terceros con ninguna finalidad.

Décimo.- Postergación de la adopción de medidas coercitivas.

65.- No es este el momento en el que deben fijarse las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba que aquí se acuerdan, lo que se resolverá en su momento, de manera contradictoria y en los términos del art. 283 bis h) LEC.

Undécimo.- Costas procesales.

66.- Sin condena en costas.

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

DISPONGO

Estimo parcialmente la solicitud de acceso a fuentes de prueba formulada por los Sres. Secundino y Serafin y, a su razón, requiero a Daimler por plazo de un mes hábil desde el pronunciamiento de esta resolución, a fin de que dé cumplimiento de las medidas acordadas en los siguientes términos:

1.- Aporte la siguiente información:

a) Lista de modelos fabricados en el período 17/1/92-18/1/16 de características técnicas asimilables a las de los vehículos adquiridos por los solicitantes, identificados según su denominación comercial. En esa lista se incorporará igualmente las variaciones que haya experimentado en su comercialización el modelo de camión efectivamente adquirido por los solicitantes. Si su efectiva comercialización fuera posterior al año 1992, se expresarán los datos correspondientes a los modelos equivalentes que se comercializaran en ese momento.

b) Los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, para cada uno de los modelos anteriores en todo ese ámbito temporal señalado, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los adquirentes finales.

2.- El acceso a las fuentes de prueba se desarrollará en la forma prevista en el fundamento noveno.

3.- La efectividad de esta medida queda condicionada a la constitución por los solicitantes, en el plazo de diez días desde la notificación de esta resolución, de una caución por importe de dos mil euros, en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC.

Sin condena en costas.

Frente a la presente cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, en el plazo de veinte días desde su notificación, al haberse formulado la solicitud con carácter previo a la interposición de la demanda. La parte apelante podrá solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada. El tribunal de apelación se pronunciará sobre la suspensión solicitada mediante providencia sucintamente motivada que habrá de dictar tras la recepción de los autos, quedando entre tanto en suspenso la resolución impugnada.

Notifíquese.

Acuerdo, mando y firma.