



Roj: **AJM B 334/2020 - ECLI:ES:JMB:2020:334A**

Id Cendoj: **08019470102020200018**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **23/11/2020**

Nº de Recurso: **2182/2019**

Nº de Resolución: **369/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **LUCIA MARTINEZ OREJAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJM B 334/2020,**
AAJM B 509/2020

JUZGADO MERCANTIL Nº 10 DE BARCELONA

Procedimiento número 2182-19-2º

AUTO 369/2020

MEDIDAS DE ACCESO A FUENTES DE PRUEBA.

En Barcelona a 23 de noviembre de 2020.

Vistos por el Tribunal Mercantil de Competencia de Barcelona, integrado por Isabel Gimenez García, Raúl Nicolas Orejudo, Amagoia Serrano Barrientos, y Lucía Martínez Orejas (Ponente) los presentes autos de solicitud de medidas de acceso a las fuentes de prueba Nº 2182/2019 seguidos a instancia de GRUPO DANONE, representado por el Procurador de los Tribunales DÑA. INMACULADA LASALA BUXERTES, contra CARTONAJES M PETIT, S.A., HISPANO EMBALAJE, S.A., CARTONAJES EUROPA, S.A. y CARTONAJES LA PLANA, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-1. A instancia de GRUPO DANONE se interesa el acceso a determinadas fuentes de prueba al amparo del art. 283 bis de la LEC, con carácter previo a la interposición de la demanda.

2. Tras la admisión de la solicitud a trámite, mediante resolución de 3 de diciembre de 2019, se celebró la correspondiente comparecencia con el resultado que consta en la grabación audiovisual.

A su vez, conforme al artículo 283 bis i) LEC, se dio traslado a la autoridad de la competencia a fin de que pudiera, en su caso, hacer uso de la potestad que se le confiere en el apartado 11.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes.

3. GRUPO DANONE incardina la solicitud de acceso a fuentes de prueba, con el objeto de preparar una demanda en la que se ejercitaría de forma acumulada una acción declarativa y una acción de reclamación de daños *stand alone*, a fin de probar la existencia previa de la infracción de las normas de la competencia por las demandadas, y los daños sufridos por Danone como adquirente de embalajes y envases de cartón, en un mercado distorsionado por la existencia de prácticas competitivas.



El acceso a las fuentes de prueba, se solicita explícitamente respecto una relación de bloques documentales, con su correlativa referencia a los folios del expediente a los que corresponden (especificados en el documento nº 16 que se adjunta con la solicitud) que constan en el expediente de la autoridad de competencia española.

4. El solicitante manifiesta que cumple todos los requisitos para la adopción de las medidas de acceso a fuentes de prueba que peticiona:

(i) Su legitimación activa, aportando con la solicitud en la documental nº 7 facturas emitidas por las demandadas a algunas de las empresas del Grupo derivadas del suministro de embalajes y envases de cartón durante el periodo de la comisión del ilícito antitrust.

(ii) La apariencia de buen derecho a su favor, pues con carácter previo a este proceso, la CNMC mediante su resolución de fecha 18 de junio de 2015, apreció la existencia de un cártel entre las demandadas y otros fabricantes de papel y cartón entre los años 2002 y 2013. No obstante, dicha resolución fue posteriormente anulada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2018 dado que en el momento en el que la Resolución se notificó a las partes, el procedimiento administrativo había caducado por cinco días.

Grupo Danone aporta- doc. 17- comunicaciones que se enviaron a las demandadas a fin de lograr un acuerdo extrajudicial en los meses de mayo de 2016, 2017, 2018 y 2019.

(iii) La exhibición documental responde a criterios de proporcionalidad dado que: a) Los distintos documentos cuya exhibición se pretende obran en el expediente administrativo. B) La exhibición no es genérica sino referida a varios documentos concretos, que además, no están incluidos en la "black list" -las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción (art. 283 bis i) 6 LEC. C) Los costes no son excesivos ni para las demandadas, ni para la CNMV, en tanto tercero requerido con carácter subsidiario.

(iv) La exhibición documental responde a criterios de efectividad y de equivalencia.

5. Por su parte, CARTONAJES LA PLANA se opone a la petición en base a:

(i) No se cumple el requisito previsto en el art. 283 bis a) apartado primero en relación con art. 283 bis i), respecto a la motivación razonada que contenga hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de la acción.

A juicio de esta parte, la solicitante debía haber realizado una motivación independiente y separada de la simple remisión a un acto administrativo inexistente.

(ii) La impertinencia de la prueba que se solicita respecto de la misma, dado que los dos correos electrónicos de 2008, 2010 y un acta de comité de la compañía del 2011, se reproducen en la resolución declarada nula.

(iii) De los documentos aportados por la solicitante, no se acredita la adquisición de ningún producto de CARTONAJES LA PLANA.

(iv) La prescripción de los hechos.

6. CARTONAJES EUROPA se opone a la petición en base a:

(i) Inaplicabilidad del artículo 283 bis de la LEC, ante la inexistencia de declaración válida de ninguna infracción de las normas de competencia por autoridad administrativa competente. La resolución invocada ha sido anulada por sentencia firme de la Audiencia Nacional, por lo que no produce efecto jurídico alguno- STS, Sala tercera, de 28 de junio de 2004.

(ii) Prescripción de la acción a ejercitar. El dies a quo no puede vincularse a un acto administrativo anulado, sino que deberá estarse al momento en el que el solicitante podía conocer la existencia de infracción, que se puso de manifiesto en una serie de noticias de diversos medios, en el año 2013.

(iii) Falta de legitimación pasiva de CARTONAJES EUROPA, de tenerse en cuenta la resolución anulada, en la misma se le reconocía en torno a una cuota del 0,4 % en el mercado del cartón, por lo que conforme al artículo 73 de la LDC, al ser una pequeña o mediana empresa, únicamente responderá ante sus compradores directos u indirectos, a los que no pertenece ninguna de las empresas solicitantes.

7. CARTONAJES M PETIT, S.A. e HISPANO EMBALAJE, S.A. se oponen a la petición en base a:

(i) Prescripción de la acción a ejercitar: fijación del plazo de un año, desde que se conocieron los hechos, en el año 2012.

Además, el TS, Sala Tercera, ha declarado que el procedimiento caducado es inexistente. La nulidad de pleno derecho ni interrumpe la prescripción ni puede ser la base para el inicio del cómputo.

Los burofaxes interrumpirían válidamente el plazo para el ejercicio de una acción follow on, pero no para la acción ejercitada.

(ii) Falta de litisconsorcio pasivo de otras empresas participantes en el cártel.

(iii) Inexistencia de un expediente nulo y que no se conserva, ni debería conservarse por la CNMV.

(iv) Falta de apariencia de buen derecho y proporcionalidad.

TERCERO.- Legislación aplicable . Acceso a fuentes de prueba. Marco Normativo. Principios informadores.

8. La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud de derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea, ha sido objeto de transposición mediante Real Decreto Ley 9/2017 de 26 de mayo. La reforma consiste en la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Civil de una nueva sección, que es la Sección 1.ª bis ("Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia") dentro del Capítulo V ("De la prueba: disposiciones generales") del Título I ("De las disposiciones comunes a los procesos declarativos") del Libro II ("De los procesos declarativos"). Esta sección está integrada por el artículo 283 bis, que dividido en las letras a) a la k) regula, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad.

9. La razón de ser y la finalidad de la nueva regulación, la expresa de manera sintética el Considerando (14) de la Directiva al señalar que " *Las pruebas que se necesitan para acreditar una reclamación de daños y perjuicios suelen estar exclusivamente en posesión de la parte contraria o de terceros, y no son conocidas suficientemente por el demandante o no están a su alcance. En tales circunstancias, el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE*".

10. También el Considerando (15) hace explícita la finalidad esencial del nuevo sistema al indicar que " *como los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría de información, conviene garantizar que se confiere a las partes demandantes el derecho a obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones, sin que sea necesario que especifiquen las piezas concretas de prueba*".

11. En efecto, como destaca la doctrina procesalista, el nuevo sistema tiene como finalidad permitir el acceso a fuentes de prueba que, en su caso, podrán ser utilizados en el proceso para convencer al juez de la certeza de hechos controvertidos a través de los medios de prueba que resulten convenientes. Ello supone, a mi juicio, que, mediante el principio de necesidad, se debe ponderar que las fuentes de prueba a las que se tiene acceso van a poder ser utilizadas en el marco del proceso como medios de prueba directamente o bien indirectamente como elementos en que se construyan otros medios de prueba, como es el caso de la pericial.

12. Pero, además, sobre la base del principio de necesidad es posible exigir al solicitante que justifique que no puede obtener las fuentes de prueba por sí mismo y sin auxilio del tribunal. Para justificar la regla de la necesidad y de la instrumentalidad se exige al solicitante que aporte un principio de prueba *para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia*.

13. Siguiendo con los principios que informan esta nueva regulación, en segundo lugar, la reforma exige, a la luz de la Directiva, el principio de especialidad de tal manera que el solicitante tiene que identificar, con la mayor precisión posible, atendidas las circunstancias del caso, las concretas fuentes de prueba a las que pretende acceder o, en su defecto, categorías de pruebas delimitadas por su naturaleza, contenido o fecha. Y el tribunal denegará en todo caso las solicitudes que supongan búsquedas indiscriminadas de información.

14. El tercer principio que se ha de respetar en la solicitud es el de proporcionalidad, dado que el solicitante habrá de justificar que las medidas solicitadas son proporcionadas y a tal fin el tribunal ponderará los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados.

15. En cuarto lugar, relacionado con el anterior principio, destaca el principio de menor onerosidad al exigir que se pondere el alcance y coste de la exhibición, en especial para terceros.

16. Y finalmente, pero no menos importante, se alza el principio de protección de la información confidencial. Así la nueva norma prevé, en coordinación con la Directiva 2016/943 de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales que el tribunal tendrá en cuenta si la fuente de prueba a la que pretende accederse incluye información



confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial. De esta manera el tribunal podrá ordenar el acceso del solicitante a fuentes de prueba que contengan información confidencial (art. 283 bis b)), tomando en todo caso medidas eficaces para protegerla, con un listado ejemplificativo de medidas extraído del art. 9.2. de la citada Directiva 2016/943.

CUARTO.- Acceso a fuentes de prueba. Resolución del Juzgado

17. El acceso a las fuentes de prueba, se solicita explícitamente respecto una serie de pruebas (documento nº 16) que constan en el expediente de la autoridad de competencia española, a fin de sustentar el posible ejercicio de una acción declarativa y una acción de reclamación de daños *stand alone*.

18. Como ya se adelantó en el auto de solicitud, aunque existe un sector de la doctrina - cada vez más superado - que se muestra reacio a admitir este uso específico previsto en el artículo 283 bis LEC para probar el ilícito antitrust, entendemos que la norma supone, - en toda su extensión- una derogación tácita del régimen general, artículos 328 y sigs. Y ello, porque la misma prevé que pueda utilizarse para conocer la conducta y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción [letra a) del art. 283 bis 1 LEC], y porque las pruebas que se solicitan por Grupo Danone son parte de un expediente de la autoridad nacional de competencia ya finalizado, medida que es objeto de regulación expresa en la normativa específica del artículo 283 bis LEC.

A tal efecto y con respecto a las pruebas obrantes en un expediente de una autoridad de competencia, se establecen dos categorías de documentos bien delimitados: unos, que en ningún caso pueden exhibirse - black list-, que son las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción (art. 283 bis i) 6 LEC), y otros, de "exhibición diferida" , - grey list- que únicamente pueden exhibirse tras la conclusión del procedimiento ante las autoridades de competencia, como el resto de documentos del expediente de clemencia (art. 283 bis i) 5 LEC).

Como cláusula de cierre, se establece que todos aquellos documentos no mencionados en ninguna de las dos listas podrán exhibirse en todo momento (art. 283 bis i) 9 LEC). En cualquier caso, el tribunal sólo ordenará la exhibición de documentos a la autoridad de la competencia cuando los mismos no se puedan obtener razonablemente de otra parte o de un tercero (art. 283 bis i) 10 LEC). Es decir, se introduce una regla general de subsidiariedad para los requerimientos a la autoridad de la competencia. Asimismo, se exige al tribunal que realice una especial evaluación de proporcionalidad a la hora de ordenar dicha exhibición (art. 283 bis i) 4 LEC). Además, se limita la utilización de pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia únicamente en los procedimientos por daños instados por dicha persona (o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación, art. 283 bis j) 3 LEC). Es decir, se prohíbe la circulación o el "mercadeo" entre demandantes de documentos obtenidos del expediente de una autoridad de la competencia.

19. Tras la reafirmación de la pertinencia del cauce invocado, pasamos al de los motivos sobre la falta de viabilidad de la acción que se interpone, no obstante, antes de entrar en su análisis, debe matizarse que el presupuesto sustantivo sobre el que se asienta el presente artículo se aproxima más a la justa causa e interés legítimo del 258.1 LEC que al juicio provisional e indiciario del 728.2 LEC. Y ello, porque el mecanismo previsto en el artículo 283 bis es de preparación de la demanda (como las diligencias preliminares), de obtención de pruebas (como las diligencias de comprobación de los hechos), pero no de súplica de tutela jurisdiccional cautelar.

A su vez, debe tenerse en cuenta lo expuesto en la ley digital, " *Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del derecho de la competencia*", por Antonio Casado Navarro: " *el solicitante tiene que acompañar su solicitud de 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 su acción. En consecuencia, no es suficiente con la mera aportación de argumentos, sino que es necesario que se presenten pruebas, aunque sean indiciarias (50) . Y es que, como se afirma en el Considerando 16 de la Directiva "la exhibición de pruebas sólo puede ordenarse una vez que el demandante haya demostrado la verosimilitud, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado". En este sentido, la motivación razonada de la solicitud ha de contener un principio de prueba (51) , pero no es necesario acreditar la viabilidad de la acción (52) . En el caso de las acciones stand-alone, sería suficiente con acreditar la apariencia de verosimilitud de la infracción de las normas de defensa de la competencia, de la existencia de un daño y de la relación de causalidad, sin que sea necesario demostrar el alcance concreto del daño ni siquiera con carácter indiciario. Y ello porque una interpretación excesivamente rígida de este requisito pondría en riesgo las finalidades perseguidas por esta institución (53) . Junto a ello, la solicitud debe incorporar una motivación adecuada y razonable sobre la relevancia y utilidad de las fuentes de prueba solicitadas, así como de la pertinencia del acceso, lo que dependerá, en última instancia, de los hechos controvertidos. En la solicitud deben identificarse de la forma "más limitada y acotada posible" los elementos específicos de prueba*



o las categorías pertinentes de prueba. Así, se requiere que estos elementos de prueba se delimiten de forma suficiente, bastante para ello la identificación de los rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de las pruebas que se solicitan (54). No se trata, por tanto, de la identificación de elementos de prueba concretos, sino de la indicación de elementos identificables."

20. Teniendo en cuenta lo anterior, deben de analizarse los motivos de oposición aducidos por las partes:

(i) Ausencia de motivación razonada suficiente para justificar la viabilidad de la acción, al ser una simple remisión a un acto administrativo nulo e inexistente.

(ii) Y falta de legitimación pasiva de las entidades frente a las que se solicita la exhibición.

No puede acogerse el primer motivo de oposición. Una cosa es reconocer efectos jurídicos a un acto administrativo declarado nulo, y otra, ignorar el principio de prueba -en aras a un futuro procedimiento- que supone la apreciación de un ilícito antitrust por parte de la autoridad de competencia, que posteriormente fue anulado únicamente por motivos formales.

Ello implica, sin necesidad de argumentación más prolija, una apariencia de verosimilitud respecto a la legitimación pasiva de las empresas frente a las que se solicitan las presentes medidas, y que en la resolución anulada formaban parte del cártel de cartón y papel ondulado.

(iii) Prescripción de la acción que se ejercita.

No se discute por las partes que las supuestas conductas anticompetitivas ocurrieron con carácter previo a la transposición de la Directiva 2004/104, por lo que resulta de aplicación la regla general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, así como el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2 CC.

El régimen nacional sobre liquidación del plazo de prescripción es el del art. 1969 CC, que señala que el cómputo del plazo de prescripción de las acciones comienza desde el día en que pudieron ejercitarse. Para su aplicación a los ilícitos concurrenciales, la fijación de esa posibilidad de ejercicio de la acción de que se trate se ha entendido a la luz del principio de la *actio nata*, de manera que el plazo de prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento en que el perjudicado por el ilícito concurrencial supo de su extensión y afectación concreta y se encontraba en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción (así, entre otros pronunciamientos, en las SSTs, 1ª, núm. 873/2009, de 20 de enero, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel y en las citadas SSJM núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio, 5 y 10 de septiembre de 2018).

La Directiva ha positivizado ese principio, para precisar en su art. 10.2 que "los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor".

A su vez, el considerando 36 de la norma introduce el marco concreto para la exégesis del precepto: "Las normas nacionales relativas al inicio, la duración, la suspensión o la interrupción de los plazos no deben entorpecer indebidamente el ejercicio de acciones por daños. Ello reviste especial importancia para las reclamaciones que se funden en constataciones de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente. A tal efecto, debe ser posible interponer una demanda por daños tras la incoación, por parte de una autoridad de la competencia, de un procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia nacional y de la Unión. Los plazos no deben empezar a correr antes de que cese la infracción ni antes de que el demandante sepa, o de que se pueda esperar razonablemente que el demandante sepa, qué conducta constituye la infracción, el hecho de que esa infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor. Los Estados miembros deben poder mantener o establecer plazos de caducidad que sean de aplicación general, siempre que la duración de tales plazos de caducidad no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento pleno".

A su vez, debe tenerse en cuenta la SAP Valencia, 9º, de 16 de diciembre de 2019, FJ 6º, cuando resuelve que:

"(...) La publicación de una nota informativa de dos o tres páginas (respecto de la extensión de la versión no confidencial de la Decisión) no permite situar en ese momento el inicio del nacimiento de la acción, en un escenario complejo como el que nos ocupa. No basta un conocimiento genérico de los hechos acaecidos en un ámbito en el que la asimetría informativa entre las partes es patente. Se requiere, por ello, el conocimiento del contenido de la Decisión, con todas sus connotaciones geográficas, de identificación de las conductas de matrices y filiales y de los eventuales responsables afectados. En el momento de la nota de prensa, los eventuales perjudicados no estaban en condiciones de poder ejercitar eficazmente su derecho y lograr su total efecto, máxime si se tienen en consideración las dificultades inherentes a la cuantificación del daño.



A nuestro criterio, el plazo inicial del cómputo debe situarse (...) en la fecha de publicación de la versión no confidencial de la Decisión en el DUE el 6 de abril de 2017. Fue a partir de entonces cuando se pudo conocer, de forma más adecuada, la infracción".

También debe resaltarse lo dispuesto por la STJUE, asunto COGECO, en sus apartados 52 y 53:

"En efecto, la conformidad de un plazo de prescripción con las exigencias del principio de efectividad, tiene una especial importancia tanto por lo que respecta a las acciones por daños ejercitadas con independencia de una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia como para aquellas que resultan de tal resolución. En cuanto a estas últimas, si el plazo de prescripción, que empieza a correr antes de la finalización de los procedimientos a cuyo término se dicta una resolución firme por la autoridad nacional de la competencia o por una instancia de recurso, es demasiado corto en relación con la duración de esos procedimientos y no puede suspenderse ni interrumpirse durante el transcurso de tales procedimientos, no se descarta que ese plazo de prescripción se agote antes incluso de que finalicen los referidos procedimientos. En ese caso, la persona que hubiera sufrido daños no podría ejercitar acciones basadas en una resolución firme en la que se declare la existencia de una infracción a las normas de competencia de la Unión.

53 En estas circunstancias, debe considerarse que un plazo de prescripción de tres años, como del que se trata en el litigio principal, que, por una parte, empieza a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aunque no se conozca al responsable de la infracción y, por otra parte, no puede suspenderse o interrumpirse en el transcurso de un procedimiento seguido ante la autoridad nacional de la competencia, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento."

Partiendo de lo anterior, y recordando que en esta fase previa no se realiza un juicio de viabilidad de la acción ejercitada, sino que se restringe a apreciar una apariencia de verosimilitud en la que ni siquiera debemos entrar en un juicio indiciario de la excepción dada la limitada documentación que obra en el expediente, el instituto restrictivo de la prescripción junto con la interpretación del considerando 36 de la Directiva, llevan a la conclusión de que la anulación de la resolución por motivos formales no debe imposibilitar en este momento la petición de elementos probatorios que puedan conducir al ejercicio de la acción antitrust que conduzca al resarcimiento pleno.

Ya el TJUE, caso Manfredi, establecía el principio normativo de que las normas nacionales no pueden obstaculizar el resarcimiento efectivo de las víctimas de la conducta antitrust.

A la luz de lo manifestado, debemos concluir que se sostiene el interés legítimo del solicitante, dado que el breve plazo de la prescripción del ordenamiento jurídico español, y la anulación por motivos formales de la resolución de la autoridad de la competencia, no pueden frustrar a priori su ejercicio por un potencial perjudicado, entendiéndose que la acción declarativa debió interponerse con carácter previo a que recayera la primera resolución del expediente administrativo sancionador. No puede en esta fase, valorarse si la conducta está efectivamente prescrita, sin la totalidad de los elementos que precisamente se requieren por el solicitante a fin de ejercitar de forma completa y eficaz su derecho.

A mayores, y con la información limitada de la que se dispone en este momento, la clave pivota no en la existencia de dicha resolución, sino en el momento en el que se pudo conocer de forma adecuada la existencia de una conducta competitiva que pudo generarle un daño, y el concreto alcance de la misma. Y ello, no puede atribuirse a las noticias parciales del periódico sino a la resolución de la CNMV.

Como establece el STS 4739/2013, debe prevalecer el principio de indemnidad, esto es, la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo algunas imputables a su persona o su comportamiento.

21. Respecto a la necesidad de las pruebas solicitadas, dispone la AP Barcelona, sección 15, 25-09-2020, que la solicitud de acceso a las fuentes de prueba constituye un procedimiento preliminar que está regulado en el art. 283 -bis LEC y que guarda una estrecha relación con las diligencias preliminares de los arts. 256 y siguientes de la propia LEC. Tanto en un caso como en el otro, constituye presupuesto ineludible para la adopción de esas diligencias o medidas que exista justa causa, esto es que las medidas solicitadas sean necesarias, lo que debe entenderse en un doble sentido: (i) una necesidad objetiva, entendida desde la perspectiva de la acción que se pretende ejercitar; y (ii) una necesidad subjetiva, entendida en el sentido de que el solicitante carezca de medios propios para acceder a los medios solicitados.

Y por tanto, habrá de examinarse en relación con cada uno de los documentos que se peticionan por el solicitante.



Grupo Danone presenta una relación de bloques documentales, con su correlativa referencia a los folios del expediente a los que corresponden.

(i) Los dos primeros, el pliego de concreción de hechos, así como el informe y propuesta de resolución emitidos por la Dirección de competencia, evidencian la necesidad objetiva para ejercitar la acción.

(ii) También se evidencia la necesidad objetiva del bloque 3 al 14, una serie de correos electrónicos respecto a la alteración del índice PPI y la respuesta al requerimiento de información del uso del índice PPI como parámetro para realizar o justificar variaciones del precio a los clientes; y de los bloques 32 a 37, una serie de correos electrónicos y la nota de una reunión interna respecto a los contactos e intercambios de información en el mercado de cartón ondulado.

(iii) Por último, se aprecia la necesidad objetiva de la documentación requerida en los bloques 38 a 62, a fin de probar los contactos entre los fabricantes para coordinar la subida de precios, reparto de clientes e información, consistentes en varias anotaciones internas, reparto de clientes e información confidencial.

(iv) También se evidencia la necesidad subjetiva de los documentos peticionados. A este respecto, Cartonajes la Plana cuestiona la necesidad subjetiva de la aportación de dos correos electrónicos de 2008, 2010 y un acta de comité de la compañía del 2011, dado que los mismos se reproducen en la resolución declarada nula. No se admite esta argumentación, puesto que la resolución recoge transcripciones parciales y fragmentarias de los mismos, por lo que la solicitud de Grupo Danone a fin de obtener la documentación íntegra se estima pertinente y útil.

22. Para concluir, debe examinarse la proporcionalidad de las medidas solicitadas, en cuanto se exige al tribunal que realice una especial evaluación de proporcionalidad a la hora de ordenar dicha exhibición (art. 283 bis i) 4 LEC).

El derecho de los particulares a reclamar por los daños anticoncurrenciales sufridos se desprende del principio de efectividad, y cuando dichas personas no cuentan con ninguna otra posibilidad para hacerse con esos elementos.

El Tribunal de Justicia en la Sentencia *Donau Chemie*, estableció que " *en efecto, cuando dichas personas no cuentan con ninguna otra posibilidad para hacerse con esos elementos de prueba, que se les deniegue el acceso a dicho expediente priva al derecho a indemnización que obtienen directamente del Derecho de la Unión de cualquier efecto útil*" (37).

Por tanto, si los documentos a exhibir son esenciales para afrontar la carga probatoria (estándar mínimo) y, afrontar, así, la acción con posibilidades de que sea satisfactoria, como sucede en este caso, se entiende que es proporcionado su acceso al mismo.

Además, en el presente y a diferencia del asunto *Donau Chemie*, la petición de exhibición documental no corresponde con los documentos integrados en la Black List, el procedimiento administrativo ha finalizado y la petición de exhibición documental es específica.

Para valorar la proporcionalidad de la medida es indiferente que terceros hubieran tenido a su vez acceso al expediente, sino que las partes solicitadas han tenido efectivo acceso al mismo y a las pruebas allí aportadas.

Respecto a la destrucción del expediente por las partes al ser declarado nulo, se trata de una mera alegación de parte carente de todo soporte probatorio, que, no obsta a la tenencia efectiva de las pruebas allí aportadas, entre las que se encuentra documentación previa aportada por las propias solicitantes.

En consecuencia, se aprecia que la petición es proporcionada.

QUINTO. Petición subsidiaria a la CNMC.

23. Dispone la LEC, (art. 283 bis i) 10 LEC), que el tribunal sólo ordenará la exhibición de documentos a la autoridad de la competencia cuando los mismos no se puedan obtener razonablemente de otra parte o de un tercero. Es decir, se introduce una regla general de subsidiariedad para los requerimientos a la autoridad de la competencia.

Entendemos que la regla de subsidiariedad no se ha cumplido, pues la documental que se requiere no se refiere únicamente a la prueba aportada al expediente por las cuatro mercantiles hoy requeridas y no se ha acreditado en esta sede que ningún tercero no sea capaz en una medida razonable de aportar dichas pruebas, ex artículo 283 bis i apartado 10 LEC.

SEXTO.- Caución.



26. El artículo 283 bis c) LEC prevé que la persona de quien se interese una medida de acceso a fuentes de prueba podrá pedir al tribunal que el solicitante preste caución suficiente para responder de los gastos, así como de los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar. El tribunal accederá o no a esta petición y, en su caso, determinará el importe de la caución.

En el presente caso, estableciendo una correlación entre el apartado primero y segundo de dicho precepto-art. 283 c) LEC, se entiende razonable y proporcionado imponer una caución de 600 €, que deberá prestarse en el tiempo y forma que se expone en la parte dispositiva de la presente resolución.

SÉPTIMO.- Costas procesales .

25. Se impone la condena en costas a las partes que han visto desestimadas sus pretensiones.

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

DISPONGO

25. **ESTIMO** la solicitud de acceso a fuentes de prueba formulada por el Procurador de los Tribunales DÑA. INMACULADA LASALA BUXERTES, en nombre y representación de GRUPO DANONE, frente a CARTONAJES M PETIT, S.A., HISPANO EMBALAJE, S.A., CARTONAJES EUROPA, S.A. y CARTONAJES LA PLANA, S.L., respecto a los documentos especificados en la documental nº 16 de la solicitud y que obran en el expediente CNMC S704669/13, con condena en costas.

La efectividad de esta medida queda condicionada a la constitución por la solicitante, en el plazo de DIEZ DÍAS desde la notificación de esta resolución, de una caución por importe de 600 €, en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC .

Se Desestima la solicitud subsidiaria de acceso a fuentes de prueba formulada por el Procurador de los Tribunales DÑA. INMACULADA LASALA BUXERTES, en nombre y representación de GRUPO DANONE, frente a CNMC.

Frente a la presente cabe interponer **recurso de apelación** ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de veinte días.

Así lo Acuerdo, mando y firmo, Lucía Martínez Orejas, Magistrada Titular de este Juzgado.

Así por este auto, lo pronuncio, mando y firmo.