



b) Los precios aplicados sucesivamente a los productos afectados desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales de cada uno de los modelos listados en el apartado anterior en el período 1 de enero de 1990 a 30 de junio de 2018.:

La exhibición se desarrollará en la forma prevista en el fundamento de derecho segundo.

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 cinco mil euros, en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC .

El solicitante deberá presentar demanda en los veinte días siguientes a la terminación de su práctica bajo los apercibimientos previstos en el art. 283 bis e) LEC . Se entiende finalizada la práctica una vez concluido el plazo de puesta a disposición del solicitante.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad a la vista de la estimación parcial"

SEGUNDO. - Contra dicho auto interpuso recurso de apelación DAIMLER AG representada por el/la procurador/a Sr/a Sevilla Flores y asistida por el/la abogado/a Sr/a Pérez Carrillo. Se dio traslado a la solicitante, habiéndose formulado oposición e impugnación por los solicitantes CIAL AGRÍCOLA SEUMAR S.A y OTROS, representados por el/la procurador/a Sr/a Rodrigo Fontana y asistida por el/la abogado/a Sr/a Roger Gámir

Dado traslado de la impugnación a los actores, se oponen

TERCERO. - Previo emplazamiento de las partes, se remitieron testimonios de particulares de los autos en pieza separada a esta Audiencia Provincial, personándose las partes, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 790/2021, señalándose para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2021

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fuentes Devesa, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO. - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. - Planteamiento

1. El Juzgado mercantil estima parcialmente la solicitud de exhibición de pruebas formulada por CIAL AGRÍCOLA SEUMAR S.A y OTROS y otros frente a DAIMLER AG encaminada a la cuantificación de dos clases de daños: (a) los derivados por los acuerdos cartelizados relativos a los precios de los camiones y (b) los causados por los acuerdos referentes a la fijación de fechas comunes para la implantación de mejoras tecnológicas destinadas a reducir el consumo de tales vehículos

Rechaza las interesadas respecto de estos últimos y en cuanto a las primeras acuerda requerir a las mismas la aportación de la siguiente información: a) lista de modelos fabricados en el período 1 de enero de 1990 a 30 de junio de 2018 de características técnicas similares a las de los vehículos adquiridos por los solicitantes según se desprende de la documentación adjunta a la solicitud, identificados según su denominación comercial, y b) precios aplicados sucesivamente desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales de cada uno de los modelos listados en el período 1 de enero de 1990 a 30 de junio de 2018, con rechazo de la diligencia interesada referente al "Total Delivery Cost" (o coste total de entrega) de cada modelo de camión

2. La requerida DAIMLER se opone por los siguientes extractados motivos : 1º) la falta de competencia internacional por infracción de las normas del Reglamento (UE) N° 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil ; 2º) la suspensión hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona ; 3º) improcedencia de las medidas acordadas por (A) no acreditación de la viabilidad , con infracción de lo establecido en el Art. 283 bis a 1) LEC por (i) prescripción extintiva de la acción, al no constar interrumpido el plazo anual del art 1.968 CC; (ii) falta de legitimación activa y (iii) ausencia de viabilidad de los adquirentes de segunda mano y (B) inobservancia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad respecto de las diligencias de acceso a las fuentes de prueba acordadas, con infracción del art. 283 bis a.3 LEC; 4º) subsidiariamente, la necesaria limitarse el marco temporal, reduciendo los años sobre los que debe mostrarse información ; 5º) subsidiariamente , la insuficiencia de la caución impuesta y 6º) subsidiariamente, la exigencia de suscribir la solicitante un acuerdo de confidencialidad previo a la práctica de la exhibición



3.A ello se oponen los solicitantes de las diligencias, que rechazan los motivos de apelación invocados de contrario y solicitan la confirmación del auto, salvo lo relativo a la forma de ejecutar la exhibición, de modo que queda consentida la denegación de las restantes diligencias.

4.Adelantamos ya que el recurso de apelación reproduce idénticas cuestiones sobre las que ya se ha pronunciado esta Sala en reciente auto de 16 de septiembre de 2021, de modo que evidentes razones de seguridad jurídica y de igualdad de trato (art 9 y 14 CE), justifican que nos remitamos a dicha resolución, al no haber motivo alguno por su modificación

Recurso de las requeridas

Segundo. La falta de competencia internacional

1.Se denuncia la infracción de las normas del Reglamento (UE) N° **1215/2012**, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil y con ello la falta de competencia internacional, al ser competente los tribunales alemanes al tener su domicilio en ese país la requerida

Sostiene que es de aplicación el art 4 del Reglamento, al ser este un procedimiento distinto y separable del procedimiento de reclamación de daños, de modo que no resultan de aplicación las reglas especiales de competencia internacional que contienen los artículos 7 a 9 del Reglamento n.º **1215/2012** (Bruselas I bis), objeto de reciente interpretación por la STJUE de 15 de julio de 2021 (C -30/20) en el sentido siguiente

« El artículo 7, punto 2, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en el mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la competencia internacional y territorial para conocer, en razón del lugar de materialización del daño, de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos contrarios al artículo 101 TFUE corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por esta en varios lugares, al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa»

2. La excepción procesal está abocada al fracaso porque tuvo lugar la personación de la demandada, sin que denunciara la falta de competencia del Juzgado en su primera actuación procesal en la que solicitó la suspensión de las actuaciones por la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona.

Ello implica su sumisión tácita con arreglo a lo que establece el artículo 26.1 del Reglamento Bruselas (Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24) sin que sea óbice que el art 283 bis D de la LEC diga que no se admitir declinatoria en las medidas de acceso a las fuentes de prueba, pues el Reglamento es norma que prevalece respecto de la LEC

3. En todo caso, no se comparte la tesis de que es de aplicación el foro general del Art. 4.1 del Reglamento Bruselas I bis para las solicitudes de acceso a fuentes de prueba del artículo 283 bis de la LEC, sino que dada su estrecha vinculación y carácter instrumental, el fuero del mismo no puede ser distinto del previsto en el art 7 para la tutela de fondo relativa a una acción para exigir responsabilidad por daños, como viene a consagrar en vía interna el artículo 283bis.d de la LEC . En este sentido se pronuncia la AP de Gipuzkoa en el auto citado por los apelados

Y con arreglo al pronunciamiento del TJUE reseñado es clara son competentes los Juzgados de lo Mercantil españoles para el conocimiento de la acción de daños derivados de infracción del derecho de la competencia, y por ende también para conocer de la solicitud de medidas de acceso a la prueba interesada (en este sentido se pronuncia también el auto de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2019).

Tercero. La suspensión por prejudicialidad comunitaria

1.La suspensión hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona no puede ser atendida ya que, al margen de que no existe tal causa de suspensión, en el caso concreto no se estima procedente

La misma esta relaciona con la naturaleza de estas medidas y su objeto, extremos sobre los que nos hemos pronunciado in extenso en nuestro auto de 16 de septiembre de 2021 en los términos siguientes:



2. Estos preceptos también apuntan a cuál es el objeto de estas diligencias de acceso a las fuentes de prueba: exhibición de piezas específicas de prueba o categorías de pruebas en soporte documental o electrónico que contengan información relevante, que después puede acceder al proceso como medio de prueba

Aunque en la Directiva «pruebas» se considera «todos los tipos de medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional que conozca de un asunto, especialmente los documentos y todos los demás objetos que contengan información, independientemente del soporte en que la información esté contenida», la forma prevista (exhibición) parece excluir las diligencias personales (declaraciones de partes o testigos), que se citan como posibles en otros sistemas no continentales. Así lo entiende el legislador nacional en su trasposición en el art 283 bis .2 E), que contempla la devolución de "todo tipo de documentos, actas, testimonios y objetos" en caso de no interposición de la demanda en veinte días tras la adopción de la medida, o en el apartado G), que, al referirse a la ejecución, contempla "el examen de documentos y títulos".

3. Conectado con ello, se suscita si lo que se puede pedir son "piezas específicas de prueba " o "categorías pertinentes de pruebas" ya existentes o, si además, el sistema habilita a exigir al requerido elaborar documentos ad hoc a instancias del requirente para su ulterior exhibición; es decir , si es posible ordenar al requerido (normalmente el demandado, como aquí acontece) una previa labor de búsqueda, recopilación, ordenación y tratamiento de la información que posea, y una vez compilada o plasmada en soporte papel o electrónico, permitir la exhibición de ese soporte de nueva planta, elaborado según las determinaciones previas del solicitante

Al respecto, la postura de las partes es divergente. La requerida (fabricante futura demandada y ahora apelante) sostiene que lo que permite el art 283bis LEC es el acceso a las fuentes de prueba, no la realización de informes, o tareas intermedias a los informes, que suponen la necesidad de que el demandado deba hacer algo más que dar un acceso. Y en este caso, se acuerda la exhibición de la lista de modelos fabricados que no existe como tal (y de igual modo, la "Delivery Cost" desestimada en la instancia), de modo que necesita de una elaboración previa por el demandado, lo cual lo convierte en medio de prueba (o análisis intermedio para un medio de prueba), que es distinto a una fuente de prueba

Los solicitantes apelados, en cambio, patrocinan una lectura amplia y finalista, de modo que no solo cabe requerir la exhibición de documentos, sin que pueda limitarse a un "acarreo de información indiscriminada, imponiendo a los perjudicados la búsqueda y selección de datos que de forma necesaria e ineludible están procesados y accesibles al infractor de forma inmediata".

4. La práctica judicial se encuentra dividida y buena muestra de la división es el planteamiento por el JM nº 7 de Barcelona de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta controversia.

En la llamada jurisprudencia menor son varias las Audiencias Provinciales que han estimado posibles diligencias de exhibición como las aquí solicitadas (inclusive en algún caso también del "Delivery Cost" aquí excluido) que impone previamente su elaboración, pero en unos casos se hace sin cuestionamiento de su ámbito (AAP de Granada, de 24 de septiembre de 2020 o AAP de Valladolid , de 14 de julio de 2020), en otros, con sucinta motivación con apoyo en el concepto de prueba de la Directiva (AAP de Álava, de 3 de noviembre de 2020) o finalmente otras , como la AAP de Vizcaya, de 19 de octubre de 2020 apunta que ello es independiente de que después "se contestará como proceda"

Reconociendo de antemano que es una cuestión no pacífica, hay razones que apuntan a entender que la normativa se refiere a la exhibición de información recogida en documentos o soportes, cualquiera que sea su clase, ya existentes, y no de nueva creación, salvo que se limiten a mera recopilación de otros previos. Entre ellas podemos reseñar las siguientes:

i) la interpretación literal

La preexistencia del documento (entendiendo que con ello nos referimos a cualquier clase de soporte) se desprende del art 283.1 A LEC , que de igual modo que el art.5.1 de la Directiva 2014/104 , prevé la exhibición de las " pruebas pertinentes que tenga en su poder" la otra parte o tercero; posesión que incide en esa idea de preexistencia, pues no se posee un documento que no existe y que ha de ser elaborado ex profeso

Corroboración esta conclusión la exigencia de acotamiento del apartado 2 del art 283.bis A LEC , trasunto del art 5.2 de la Directiva. No solo se permite la exhibición de "piezas específicas de prueba" sino también de " categorías pertinentes de prueba ", pero siempre sujetas a su concreción, que, como aclara el Considerando 16 ello, supone que " la misma debe quedar identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados , u otros criterios , siempre y cuandosean pertinentes ...", datos que apuntan a la preexistencia de la categoría de documentos

De igual modo, incide en esta idea de preexistencia el recurso a la entrada y registro y ocupación de documentos y objetos que en los mismos se encuentren, como mecanismo para garantizar la ejecución de lo acordado (art 283 bis G)

ii) la interpretación auténtica de "prueba"

Lo que se puede pedir es la exhibición de «pruebas» y esta, como hemos dicho, se considera en la Directiva «todos los tipos de medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional que conozca de un asunto, especialmente los documentos y todos los demás objetos que contengan información, independientemente del soporte en que la información esté contenida»

Estos serán, en el caso de los tribunales españoles, los contemplados en el art 299LEC, sin que el deber de exhibición documental entre las partes (art 328LEC) prevea la de documentos no existentes, ni habilite la imposición del deber de elaborar un documento ex novo para después exhibirlo a la contraparte

iii) la naturaleza de la fuente de prueba

El RD Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transpone la Directiva 2014/104, explica que para facilitar la prueba en esta clase de procedimientos (por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia) se introduce la regulación sobre el acceso a las fuentes de prueba, que define como "todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno" de modo que "se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba; ahora bien, y precisamente por ello, el acceso a fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente".

Nos encontramos, pues, ante algo previo y distinto al medio de prueba, que contiene información a la que se permite su acceso (siempre que sea pertinente, proporcionado y garantizando su confidencialidad) para después introducirla en el proceso a través del correspondiente medio probatorio, ya directamente ya de forma mediata, en especial, a través de dictámenes periciales, en el que se volcaran los datos obtenidos y que servirán para dar consistencia a las estimaciones de daños reclamados.

Pero este instrumento procesal no permite exigir a la parte contraria (o a un tercero) la elaboración de documentos ex novo para después servirse de los mismos el requirente de ello como medios de prueba o para elaborar o completar otros medios de prueba

El recurso por algunos juzgados mercantiles a las llamadas "salas de datos" con adaptación al ámbito judicial de la previa experiencia en el marco del procedimiento del art 101 y 102 TFUE por la Comisión, parece responder a esta realidad. Al no ser exigible la creación de un documento nuevo, y ante lo ingente de la información, se habilitan tales "salas" para que en ellas el solicitante puede acceder a todos los datos pertinentes de la parte solicitada que ya figuren en cualquier tipo de soporte, sin necesidad de que sea piezas específicas, al poder abarcar categorías pertinentes de prueba

iv) se ajusta a la finalidad perseguida

Consciente el legislador de que la prueba es un elemento importante para el ejercicio de las acciones por daños por infracción del Derecho de la competencia y que estos litigios 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" (Considerando 15 de la Directiva). Por tanto, lo que la Directiva, y la LEC que la traspone, persigue evitar las consecuencias negativas de esa asimetría informativa, que es distinto a garantizar una comodidad probatoria a la parte actora.

Que el acceso a las fuentes de prueba implique acceder a una información muy prolija, con un gran número de datos, que después precisen ser procesados y tratados, no puede tildarse - como hacen los apelantes- como desincentivador del mecanismo procesal (y del ejercicio de esta acción en definitiva), sino como el resultado natural de un tipo de infracciones que per se pueden generar una ingente información.

Pero el que ese volumen de información pueda ser muy elevado no justifica que se pueda imponer a la parte contraria la elaboración de documentos ex novo y trasladarle la carga de su selección, ordenación, agregación y tratamiento, según criterios y pautas previamente determinados. Que ello resulte más cómodo para la parte requirente no hay duda, pero ni la LEC ni la Directiva imponen tal deber a la parte. Lo que debe permitirse es el acceso a las fuentes de prueba para equilibrar en la manera de lo posible esa asimetría informativa. Otra cosa es si, y con arreglo a qué requisitos y alcance, son accesibles también los métodos y técnicas para selección,



ordenar y tratar datos contenidos en soporte digital, sobre lo que la doctrina no se muestra pacífica, pero que, en el caso presente, al no ser objeto de la solicitud, no cabe pronunciarse

El que sea engorroso - y normalmente costoso- el tratamiento y gestión de esa información no permite imponerlo al requerido, so pretexto de que se trata de una gran empresa multinacional cartelista. La preparación de un litigio de esta clase es compleja y seguro que habrá sido ponderado por los actores. Aunque formalmente litigan por separado, al menos en el llamado cártel de los camiones que nos ocupa, la realidad nos revela que nos encontramos ante una clase de litigación específica, de múltiples perjudicados agrupados (basta ver en las bases de datos jurídicas como se reiteran idénticas peticiones en múltiples órganos judiciales de España) que les permite disponer de un potente asesoramiento, sin que conste que no sea capaz de gestionar la información interesada, a pesar de que la misma pueda llegar a ser muy copiosa

Por último, el que se prevea la exigencia de caución para responder de los gastos y costes de la exhibición no altera esta conclusión. No solo la labor de búsqueda, tratamiento, agregación y sistematización ya implica un trabajo generador de gastos, sino que tal previsión no justifica que pueda imponerse, además, trabajos de selección, clasificación y tratamiento de datos (según los parámetros pedidos por la solicitante) para crear un nuevo documento para su posterior exhibición. No se puede perder de vista que ello implica una labor adicional, con una dosis de subjetividad, con el riesgo de que después se tache de obstruccionista, con la consiguiente aplicación de las consecuencias (inclusive de orden penal) contempladas en el art 283 bis H de la ley procesal civil »

2. Ahora bien, y como ya apuntamos en su tan repetido precedente, esa discusión en el caso concreto no es determinante- y por ende no es preciso esperar la respuesta del TJUE-, atendido los estrictos términos en que se accede a la exhibición. «Ni siquiera se impone a la demandada la elaboración de una lista de modelos fabricados por RENAULT-VOLVO en el período de 1 de enero de 1990 a 30 de junio de 2018 por años según las características impuestas por los solicitantes (en función de tonelaje y potencia de motor y vehículos de Obras y Especiales, con distintos tipos de tracción), sino que se limita a ordenar la exhibición de una lista de modelos fabricados en el período 1 de enero de 1990 a 30 de junio de 2018 de características técnicas similares a las de los vehículos adquiridos por los solicitantes, identificados según su denominación comercial, con los precios brutos aplicados. Por tanto, no se está imponiendo una selección, ordenación y tratamiento de datos para elaborar un documento de nueva creación, sino ante una mera identificación comercial de modelos de características técnicas similares a las de los vehículos adquiridos por los solicitantes, con indicación de su precio en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1990 al 30 de junio de 2018 ; listado de precios brutos al que se refiere la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (entre otros , apartados 46 y 47) que , lógicamente, estarán recogidos informáticamente, de modo su mero volcado en un documento no significa que estemos ante un documento ex novo en los términos dichos»

3. En esos términos no se aprecia una quiebra de la distinción entre acceso a las fuentes de prueba y medios de prueba en sentido estricto, de modo que no deviene imprescindible la respuesta prejudicial

Tercero. La justificación de la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia

1. Fruto de la trasposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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, que tuvo lugar por medio del Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, el apartado 1 del art 283 bis A) LEC prevé que

"Previa solicitud de una parte demandante que haya presentado 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, el tribunal podrá ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en la presente sección. El tribunal también podrá ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado"

Según expusimos en nuestro auto citado "En sintonía con el parecer del AAP de Granada, de 24 de septiembre de 2020, no estamos propiamente ante la exigencia de una apariencia de buen derecho al modo de lo que ocurre con las medidas cautelares, siendo bastante con exponer de forma motivada datos fácticos y probatorios "suficientes para justificar la viabilidad" de la acción de daños (por infracción del Derecho de competencia) , teniendo presente las dificultades que, de ordinario, se tiene en este tipo de acciones respecto del acceso a los datos que fundamenten la pretensión, como lo revela la advertencia legal de que deben tratarse de hechos y pruebas a los que el solicitante tenga "acceso razonable" Como nos dice el Considerando 16 de la Directiva «la exhibición de pruebas solo 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», pues se



parte de que este tipo de acciones se caracterizan por una asimetría de información (Considerando 15) y «suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo (y) (l)as 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» de modo que «(e)n 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» (Considerando 14)

En definitiva, la justificación que pide el artículo 283 bis a de la LEC no deja de ser mas es "una justificación indiciaria", en palabras del AAP de Valencia, de 4 de diciembre de 2019 "

2. En el caso presente, para verificar la viabilidad de la acción de daños en el conocido como "cartel de los camiones" ya adelantamos que nos apoyaremos en las consideraciones expuestas con detalle en nuestras sentencias de 25 de marzo y 10 de junio de 2021

3. El primero de los argumentos invocados por las apelantes para sostener la falta de viabilidad es la prescripción de la acción de daños. Se alega que la solicitud de acceso a fuentes de prueba formulada se lleva a cabo sobrepasado el plazo de un año (y no el de 5 establecido en la Directiva 104/2014 o en el RDL 9/2017) que comenzó a contar desde el 19 de julio de 2016 siendo insuficientes los documentos aportados de adverso para interrumpir el plazo de prescripción

4. Según lo argumentado en nuestro auto de 16 de septiembre de 2021 *"No compartimos la tesis del auto (que cuenta con el respaldo del AAP de Granada, de 24 de septiembre de 2020 o AAP de Álava, de 3 de noviembre de 2020) que sostiene que en el procedimiento de acceso a las fuentes de la prueba no tiene cabida el debate sobre la concurrencia de la excepción. A nuestro entender, si la acción está claramente prescrita, ello implica ausencia de viabilidad, que se eleva a obstáculo insalvable para la adopción de las diligencias. Por tanto, se trata de dilucidar si es posible el ejercicio de la acción en los términos antes dichos*

5. *Afirmado lo anterior , reseñar que el plazo a computar es el de un año del art 1968CC (al no ser aplicable la Directiva ni el derecho nacional que la traspone por motivos temporales) pero el dies a quo no puede ser el 19 de julio de 2016 [fecha en que tuvo lugar la publicación de una nota de prensa que informaba sobre la imposición de sanciones, las características de la conducta sancionada y los grupos empresariales responsables] sino el 6 de abril de 2017 [fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de una versión no confidencial de la Decisión], ya que la mera nota de prensa no proporciona los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción, como prescribe el art 1.969 CC , como la práctica unanimidad de las Audiencias Provinciales han resuelto*

Pero dado que se aportan actos de interrupción de la prescripción con los documentos fechados en febrero y abril de 2018, la viabilidad de la acción no se ve afectada, sin que veamos obstáculo alguno en su admisión en la vista, no solo porque el art 283 bis F .3 habilita ese acto como el de práctica de pruebas, sino porque su necesidad y pertinencia solo se pone de relieve tras las alegaciones de los requeridos. Si no se invoca la prescripción carece de sentido su aportación, de modo que la misma no violenta lo prescrito en el art 265 LEC , sino que encuentra su justificación en el apartado 3 del citado precepto

Estas consideraciones son igualmente aquí trasladables al constar entre los dos requerimientos con eficacia interruptiva (de fecha 28 de febrero y 5 de abril de 2018) la totalidad de solicitantes

5. El segundo argumento invocado para negar la viabilidad es la falta de legitimación activa para plantear su solicitud porque puede no ser la titular de la acción basándose en dos notas de prensa relativas a una cesión de derechos a un fondo de litigación

6. El propio planteamiento de la tesis al decir que por ello "podrían" no ostentar la correspondiente legitimación activa revela su endeblez, sin que haya soporte alguno de cesión de derechos que implique que lo solicitantes no puedan ser catalogados como perjudicados frente los cartelistas

7. Aunque entremezclado en el apartado relativo a la falta de pertinencia y proporcionalidad, se argumenta que el alegado sobrecoste en la adquisición de los camiones carece de soporte, al no ser de aplicación al caso de la presunción de daño establecida en la Directiva 104/2014 y ni la regla ex re ipsa

8. Sin perjuicio de remitirnos a las sentencias antes dichas dictadas por esta Sala en el llamado cartel de los camiones, reseñar a la vista de las alegaciones de las partes lo siguiente para su rechazo:

(i) ni la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, ni el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo es aplicable a las acciones consecutivas del llamado "cartel de los camiones" derivado de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 por motivos temporales , al descartar el art 22



de la Directiva su aplicación retroactiva (según explicita la STJUE de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 , Cogeco) ; y de igual modo la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 9/2017 ;

(ii) no hay obstáculo en predicar la presunción de daño en las infracciones de derecho de competencia cometidos por cárteles, sobre todo cuando afectan a precios, ya que «La participación en el cartel implica el riesgo de ser objeto de una elevada sanción, de modo que se puede inferir que si se corre ese riesgo es porque se espera con esa actuación ilegal obtener beneficios. Es decir, se busca que el cartel produzca efectos en el mercado, y, por consiguiente, en sus clientes, cuyos daños suelen ser correlato de los beneficios esperados de los cartelistas. Esta apreciación tiene su refrendo en la Guía Práctica que acompaña a la Comunicación de la Comisión (en adelante la Guía) que pone de manifiesto que un estudio encargado por la Comisión (el llamado informe Oxera) concluyó que en el 93 % de todos los asuntos de cartel examinados, los cárteles ocasionan costes excesivos y en la misma línea se citan el Informe Ashurt de 2004, el Libro Verde de 2005, y el Libro Blanco de 2008. Ello no significa que en todos los casos de carteles la conducta de sus integrantes implique la generación de daños, pues es posible que se acredite que, no obstante la conducta ilícita, la misma, atendidas sus circunstancias, no ha supuesto daños y perjuicios. De igual modo recoge la Guía que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cartel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto

Establecimiento de presunciones judiciales (en nuestro caso, art 386 LEC) que se tilda en la Guía como planteamiento pragmático adoptado por los órganos judiciales nacionales a la hora de determinar los daños y perjuicios. Guía, que, aunque puramente informativa, es ilustrativa de la especificidad de la prueba en este tipo de acciones» Ello no es algo que se pueda tachar como insólito y fruto de una pura iniciativa judicial. Por referirse al mismo cartel que nos ocupa, resulta oportuno citar la Tribunal Supremo alemán, que, en sentencia de 23 de septiembre de 2020 , que asimismo realiza consideraciones en esta línea

(iii) es pacífico que la cuantificación del perjuicio en estos asuntos, por su propia naturaleza, difícilmente puede ser exacta y precisa, ya que resulta sumamente complicado determinar de forma cierta qué habría ocurrido probablemente sin la infracción (el llamado "escenario sin infracción" o "hipótesis de contrate"), de modo que solo serán posibles estimaciones aproximadas.

Por ello, en sintonía con la generalidad de Audiencias Provinciales que se han pronunciado en el llamado "cartel de los camiones", consideramos como soluciones jurisprudenciales en este tipo de litigios una presunción de daño y una correlativa facultad judicial en la determinación estimativa del importe de los daños y perjuicios cuando resulte especialmente dificultosa su cuantificación. Conclusiones a las que apunta la STS 651/2013, de 7 de noviembre (caso cartel del azúcar)

8. A partir de estas consideraciones entendemos perfectamente satisfechas las exigencias legales del ar 283 bis A) LEC en el caso presente, ya que encontrándonos ante unas diligencias instrumentales para la preparación del proceso en el que se ejercita una acción de daños consecutiva o "follow on", no se requiere la acreditación de la relación de causalidad entre el ilícito y el daño en los términos tan exigentes que sostiene la fabricante

No solo la mayoría de las resoluciones dictadas en los procedimientos de acceso a las fuentes de prueba estiman la concurrencia del presupuesto de la viabilidad con la Decisión de la Comisión y la justificación de la adquisición, en el periodo de infracción, de un vehículo pesado de los afectados por el cartel (entre otros AAP de Granada, de 24 de septiembre de 2020 , con cita del AAP de Bilbao, sección 4ª, 253/2020 de febrero) ,sino que, sin entrar en mayores detalles, en este estadio procesal no se puede descartar que la conducta infractora a la que se refiere la Decisión se limitara a un mero intercambio de información sobre precios brutos, sin implicaciones en el aumento de los precios finales "

9. Finalmente, en cuanto a la ausencia de viabilidad de algunos solicitantes en tanto adquirentes de vehículos de segunda mano, nada dice el auto apelado, que se limita a copiar uno previo del juzgado mercantil nº 2 en el que no se planteaba tal cuestión

Dicha alegación sí debe ser atendida, dado que estamos se trata de una operación en un mercado expresamente excluido por el apartado 5 de la Decisión, , sin que se cuestione en la oposición que los solicitantes identificados en el recurso (Toyas-Marín S.L respecto del vehículo con matrícula-VRL ; Rubén respecto del vehículo con matrículaWHH ; Rodolfo respecto de un vehículo fabricado en 2007 y adquirido tres años después ; Saturnino respecto del vehículo con matrículaWYN y Transportes Manuel Martínez García S.L. respecto del vehículo con matrículaWFW) son adquirentes de segunda mano

Tercero. -Procedencia de las medidas: pertinencia, proporcionalidad y naturaleza

1. Verificada la viabilidad de la acción de daños, el acceso a las fuentes de prueba está sujeta a los requisitos de pertinencia y proporcionalidad , según prescriben los apartados 2 y 3 del art 283 bis A , de modo que judicialmente se podrá ordenar « la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de



pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada» y «limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado [...] en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados»

2. Sobre la exégesis de estos requisitos y naturaleza de estas diligencias, en el precedente citado dijimos

« Requisito de la pertinencia que ya se recoge en el apartado 1 del mismo precepto, al prescribir que se podrá ordenar que la parte demandada (o demandante) o un tercero "exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder" y que , atendido el art 283 LEC que le precede, está en función de su relación con lo que es objeto del litigio, de modo que la diligencia estará justificada si versa sobre información relevante para el ejercicio de la acción de daños (o en caso del demandado, para su defensa) , con detalle ejemplificativo de los datos sobre lo que puede versar en el apartado 1 del art 283bis A

3.No apreciamos quiebra del requisito de proporcionalidad, *«pues el acceso a esa información no es indiscriminada y deviene instrumental para verificar la existencia de daño por sobreprecio , y su cuantificación , de modo que no se violenta el art. 283 bis a) 3 LEC invocado en el recurso, sin que se aprecie qué vulneración de la confidencialidad de la información se produce cuando esos precios fueron compartidos con los demás miembros del cartel hasta su descubrimiento., y en cuanto a los posteriores al cartel está garantizado su uso limitado a este litigio con arreglo a las prescripciones legales (art 283bis K) y las cautelas acordadas en el auto*

Frente al parecer de la recurrente, no se puede tachar de desproporcionado ni superfluo los datos de fechas correspondientes al año 2014 en adelante, ya que pueden ser precisos para verificar la evolución de los mismo , y que incidencia causal puedo tener el cartel en su fijación, y con ello, en el precio final, y en consecuencia, el eventual daños por el sobreprecio denunciado , pues uno de los métodos de cálculo del mismo pasa por la comparativa entre el mercado real y el mercado hipotético, antes, durante y después ».

4. Tampoco tiene recorrido la alegación de innecesaridad , dado que *«Más allá de la publicidad que pueda haber hecho la firma de litigación que se dice que promociona la solicitud relativa a la existencia de un sobrecoste, es evidente que ello no le impide a los actores acceder a fuentes de prueba para verificar si , y en qué medida, existe un daño por sobrecoste, al margen de los cálculos que hayan podido realizar, pero que no tienen por qué coincidir con los que puedan realizar una vez obtenida la información reclamada»*

5.Siendo cierto que el ámbito de temporal del requerimiento es extenso , ello es así porque extenso es el periodo de actividad cartelizada (1997-2011) .En esa tesitura , y a fin de comprobar la evolución de precios no resulta exagerado la petición de información de un lapso temporal también relevante, tanta previo como posterior a la conducta cartelizada, pero con una limitación, ya que sí resulta conveniente limitar la información en cuanto al periodo temporal y fijarla al comprendido entre los años 1992-2016, cinco años antes del inicio del cartel y cinco después, margen que se considera suficiente para el análisis de variación de precios, según criterio sostenido por otros Tribunales, como el AAP, sección 4 de Vizcaya, de 7 de febrero de 2020 , pues no hay datos que permitan afirma que es preciso un lapso superior , atendida la relatividad expuesta en la Guía de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , según la cual solo se puede identificar un periodo de tiempo suficientemente similar que permita un probable escenario sin infracción razonablemente aproximado. Ello hace que pierda sentido la invocación de que la información de los años 2017 y 2018 es altamente sensible por su contenido estratégico comercial. Dicho de otra manera, con esa limitación temporal se disipa aún más el riesgo de que se vulneren datos estratégicos de la requerida, pues los no divulgados entre los miembros del cartel se refieren solo hasta 2016, con una ruptura temporal relevante respecto de actuales decisiones empresariales

Finalmente, el que se diga que no exista información previa al tercer trimestre de 1999, es algo que deberá valorarse a la hora de la ejecución de la media, pero ello es distinto a decir que es desproporcionada.

Con ello se desestima la alegación cuarta

Cuarto. - La cuantía de la caución

1.El Juzgado condiciona la efectividad de la medida a la caución de cinco mil euros

2. En el recurso se reitera que debe fijarse el importe de la caución en la cantidad de 66.000 (1.500 por solicitante) atendido el carácter sensible de la información, así como su extensión y el riesgo evidente de fugas a favor del fondo de litigación Rockmond

3. Según el art. 283 bis C) LEC " 1. Los gastos que ocasione la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba serán a cargo del solicitante. El solicitante responderá también de los daños y perjuicios que pueda causar a resultas de una utilización indebida de aquéllas", con la posibilidad de pedir caución para responder de



ellos, como así se hizo por la requerida, debiendo el juzgado fijar su importe, con la advertencia de que "no podrá exigirse una caución que por su inadecuación impida el ejercicio de las facultades previstas en esta sección "

Con arreglo a ello, no hay motivos para alterar la estimación judicial, que se estima ponderada a la entidad de lo exhibido, con reiteración de lo razonado en el precedente citado

«Al margen de que "detrás de la solicitud" se esconda o no un fondo de litigación, los solicitantes son quienes figuran en ella como tales , y como tales responsables, sin que se indique qué obstáculos existen para llevar a cabo la exhibición del listado reclamado , que en los términos reducidos acordados , no parece que exija de una especial complejidad , de modo que las horas que los empleados de la compañía dejaran de realizar su trabajo para su elaboración no se presumen elevadas, pues se reduce a listar la denominación comercial de los modelos de características técnicas similares a las de los vehículos adquiridos por los solicitantes, con indicación de su precio bruto en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1990 al 30 de junio de 2018 ; listado de precios brutos al que se refiere la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (entre otros , apartados 46 y 47) que , lógicamente, estarán recogidos informáticamente , de modo que su volcado se presume sencillo y rápido

4.Procede, pues, desestimar el recurso en su totalidad, incluida su petición subsidiaria relativa a que se indique que la información se pondrá a disposición de los solicitantes en una sala de datos durante un tiempo determinado, con fijación de un plazo mínimo de tres meses para el cumplimiento de las medidas.

Llama la atención que se invoque el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) nº 592/2020 de 10 de marzo, que establece una caución de 5.000€ cuando además de lo aquí acordado, sí impone una exhibición compleja y costoso como la aportación del "Total delivery cost "de cada uno de estos modelos"

Quinto. - El acuerdo de confidencialidad

1. La parte interesa, con arreglo a las "Buenas Prácticas sobre la divulgación de información en las salas de datos en los procedimientos previstos en los artículos 101 y 102 del TFUE y del Reglamento comunitario de concentraciones" que se firme un compromiso de confidencialidad

2. Estos acuerdos, enmarcado en el uso de las llamadas "salas de datos" no procede, porque, como veremos a continuación al resolver la impugnación, no se considera necesaria la exhibición a través de ese mecanismo propio del derecho público de la competencia

Impugnación de los solicitantes

Sexto. - La forma de la exhibición

1.Los solicitantes reducen la impugnación a la forma de ejecutar la exhibición de los datos

El fallo del auto se remite al fundamento de derecho segundo en el que , con referencia al artículo 283 bis g) LEC y las medidas adoptadas en su día por el auto del JM nº 3 de Valencia de 14 de junio de 2019 se indica : a) el listado de la documentación solicitada en el número 1 podrá ser aportado en autos y b) los datos relacionados con los precios (número 3) " serán volcados en una sala de datos que los requeridos recrearán y prepararán" con una serie de prescripciones sobre su puesta en marcha , lugar y horario de celebración duración , ejecución , asistentes , y alcance de la reproducción

Con invocación del art. 283 bis g) en su apartado 2º y 283 bis b) en su apartado 5º LEC se sostiene que no está legalmente previsto imponer el acceso desde una "Sala de Datos", sistema recogido por la Comisión Europea en la "Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 TFUE", sin efectos vinculantes.

2. Respecto de la ejecución de la medida adoptada, dispone el art. 283 bis g) en su apartado 2º:

"El tribunal empleará los medios que fueran necesarios para la ejecución de la medida acordada y dispondrá lo que proceda sobre el lugar y modo en el que haya de cumplirse. En particular, cuando la medida acordada consista en el examen de documentos y títulos, el solicitante podrá acudir asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a su costa."

Se complementa con lo prescrito en el artículo 283 bis b) apartado 5º, según el cual

"Cuando lo considere necesario, a la luz de las circunstancias del caso concreto, el tribunal podrá ordenar el acceso del solicitante a fuentes de prueba que contengan información confidencial, tomando en todo caso medidas eficaces para protegerla.

A estos efectos, el tribunal podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

1.ª Disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes.

2.ª Realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas.



3.ª Limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas.

4.ª Encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial.

5.ª Redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales.

6.ª Limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad."

3. Cierto es que la LEC no contempla expresamente ese sistema de "sala de datos" asumido por la Comisión Europea y que la citada "Comunicación de la Comisión" no es vinculante. Pero al decir que el tribunal "empleará los medios que fueran necesarios para la ejecución de la medida acordada y dispondrá lo que proceda sobre el lugar y modo en el que haya de cumplirse" se está ante una fórmula legal abierta que no permite, sin más, ante esa indefinición, su exclusión, eso sí, con respeto de las exigencias y garantías procesales que contempla la LEC con carácter general

4. Pero es que aquí la discusión es más teórica que real, pues no apreciamos qué sentido tiene esa denominada "sala de datos" en el caso presente cuando lo que se acuerda es la exhibición de un listado de precios a los fabricantes; listado de precios brutos al que se refiere la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (entre otros, apartados 46 y 47) de modo que resulta superfluo el montaje de esa "sala", pues bastará con su aportación para su exhibición judicial, sin que haya motivo alguno para entender que no exista en los años subsiguientes al cartel, y en todo caso, lo lógico es que ese precio que fijan los requeridos (que son los que podrán facilitar) estará recogido informáticamente también para los años subsiguientes al cartel, de modo que bastará con aportar el documento en que se vuelque ese dato

Procede, pues, dejar sin efecto esa remisión a la "sala de datos" que en el caso concreto nada aporta, de modo que la exhibición de los listados acordados se verificara judicialmente en la diligencia que se señale, en el plazo más breve posible, atendido el tiempo transcurrido desde que se acordó

Todo ello sin perjuicio de reiterar que está garantizado su uso limitado a este litigio con arreglo a las prescripciones legales (art 283bis K), con la posibilidad de adoptar las medidas eficaces para la protección de dicho listado, y restringir su acceso exclusivamente a efectos de este procedimiento en los términos previstos en el art 15 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secreto Empresarial

Séptimo. - Costas

1. La estimación parcial del recurso de apelación justifica la no imposición de las costas al apelante, de conformidad con el artículo 398 LEC

1. La estimación de la impugnación conlleva la no imposición de las costas derivada de ella, de conformidad con el artículo 398 LEC

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la SALA acuerda

PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por DAIMLER AG contra el auto de 9 de febrero de 2021 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta Capital y estimar la impugnación de CIAL AGRÍCOLA SEUMAR S.A y otros contra el mismo, y, en consecuencia, debemos confirmar el citado auto, salvo en los particulares siguientes

- No procede el acceso a fuentes de prueba respecto de Toyas-Marín S.L en relación al vehículo con matrícula-VRL ; de Rubén, respecto del vehículo con matrículaWHH ; Rodolfo respecto del vehículo de 2007 adquirido tres años después; de Saturnino respecto del vehículo matrículaWYN y de Transportes Manuel Martínez García S.L. respecto del vehículo con matrículaWFW

- el periodo la información se limitará al comprendido entre los años 1992-2016

- Se deja sin efecto la sala de datos acordada y en su lugar, la exhibición de los listados se verificará judicialmente en la diligencia que se señale, en el plazo más breve posible

No se efectúa imposición de las costas del recurso de apelación y de la impugnación

Devuélvase el depósito para recurrir



Así por este nuestro auto, contra el que no cabe recurso ordinario alguno y del que se extenderán los oportunos testimonios, lo acordamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ