



WWW.CONSULTORESTECNICOS.ES

Roj: **AJM B 1653/2023 - ECLI:ES:JMB:2023:1653A**

Id Cendoj: **08019470032023200097**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **29/05/2023**

Nº de Recurso: **6/2023**

Nº de Resolución: **258/2023**

Procedimiento: **Prueba**

Ponente: **BERTA PELLICER ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 12 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549463

FAX: 935549563

E-MAIL: mercantil3.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120228015966

Pieza solicitud medidas acceso fuentes prueba. Derecho de la competencia - 6/2023 -DC2

Materia: Demandas sobre defensa de competencia

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2237000010000623

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES 55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Concepto: 2237000010000623

Parte demandante/ejecutante: Eleuterio

Procurador/a: Miriam Anillo Mancheño

Abogado/a: Gemma Almazan Camps Parte demandada/ejecutada: KIA IBERIA S.L

Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem

Abogado/a:

AUTO N° 258/2023

Magistrado que lo dicta: Berta Pellicer Ortiz

Barcelona, 29 de mayo de 2023

HECHOS

Único.- La parte demandada en el presente procedimiento, KIA IBERIA, S.A. (En adelante KIA), por medio de OTROSÍ DIGO TERCERO de la contestación a la Demanda , formulaba solicitud de acceso a las fuentes de prueba.

Habiéndose incoado la presente pieza separada y convocado a las partes a los efectos de proceder a la celebración de vista , la misma tuvo lugar en fecha de 22 de mayo de 2023 . La demandada se ratificó en



su solicitud de acceso a las fuentes de prueba , a la que se opuso la parte actora. Habiéndose solicitado únicamente la práctica de prueba documental, se acordó dejar la presente pieza separada para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Petición de acceso a las fuentes de prueba de la parte demandada y fundamento de la misma.*

La representación de KIA solicitó, al amparo del artículo 283 bis a/ y 283 bis f/ de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el acceso a determinadas fuentes de prueba que se encontraban a disposición de la parte actora. En concreto, la petición de la parte demandada hacía referencia a las siguientes fuentes, según consta en el OTROSÍ TERCERO DIGO del escrito de Contestación la Demanda:

" TERCER OTROSÍ DIGO que, según se anticipó en el Hecho Quinto de este escrito, la manifiesta opacidad del informe pericial del Demandante sobre las series de datos utilizadas y el origen de las mismas, el periodo temporal y número de observaciones disponible para cada serie de datos, y los resultados que arrojan los distintos procedimientos metodológicos en que supuestamente se basarían las conclusiones de dicho informe pericial, impiden analizar y verificar la razonabilidad y ausencia de errores de los cálculos realizados.

Para realizar ese análisis y verificación, KPMG necesita la documentación que enseguida se relacionará, cuya exhibición solicitamos al amparo de lo establecido en el artículo 328 LEC o, subsidiariamente, en el artículo 283 bis LEC , y conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con el cártel del azúcar, que exige como estándar básico y fundamental exigible a los dictámenes periciales de estimación de un supuesto sobreprecio la formulación de "una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos".

La documentación cuya exhibición solicitamos ex artículos 328 LEC y 283 bis LEC es la siguiente:

(i) Para para verificar y contrastar el método principal del informe pericial del Sr. Feliciano , solicitamos la exhibición de la base de datos completa utilizada por el perito para llevar a cabo sus análisis, la cual debería contener todas las variables introducidas en los modelos econométricos planteados. En concreto, y como mínimo:

- a. La serie específica del HICP de vehículos de España extraída de Eurostat para el periodo analizado por el perito.*
- b. La serie específica del HICP de vehículos de la Eurozona extraída de Eurostat para el periodo analizado por el perito.*
- c. La serie específica del HICP general de la Eurozona extraída de Eurostat para el periodo analizado por el perito.*
- d. Los datos de precios reales de venta utilizados, así como su fuente.*
- e. Los datos de impuestos aplicables utilizados, así como su fuente.*
- f. Los datos de ayudas y subvenciones aplicables utilizados, así como su fuente.*
- g. La serie específica de ventas de vehículos en España extraída de Eurostat para el periodo analizado por el perito.*
- h. La serie específica de ventas de vehículos en la Eurozona extraída de Eurostat para el periodo analizado por el perito.*

A su vez, respecto de la supuesta aplicación de los modelos econométricos planteados por el perito, solicitamos la exhibición de:

- a. Las distintas especificaciones de los modelos econométricos aplicados.*
- b. Los periodos de tiempo considerados en aplicación de este método.*
- c. Las tablas de resultados obtenidos, incluyendo los coeficientes y el número de observaciones resultantes para los distintos modelos y periodos analizados.*
- d. Cualquier otra variable artificial creada por el perito de la parte Actora que forme parte de los modelos indicados.*
- e. El detalle de los comandos, software empleado y archivo de trabajo (en formato .do, .txt o similar) empleados en el proceso de limpieza y depuración de estos datos hasta llegar a los resultados obtenidos.*

(ii) En relación con los distintos modelos ARIMA y ARIMAX supuestamente aplicados por el perito del Demandante, cuyos resultados se presentan en la página 90 y 92 de su informe pericial, respectivamente, solicitamos la exhibición de:



- a. Las especificaciones y resultados de los coeficientes de estos distintos modelos ARIMA y ARIMAX planteados por el perito de la parte Actora.
 - b. La serie o serie de matriculaciones en España utilizadas para llevar a cabo los distintos modelos ARIMA y ARIMAX.
 - c. La serie o series de HICP de vehículos en España utilizadas para llevar a cabo los distintos modelos ARIMAX.
 - d. El detalle de los comandos, software empleado y archivo de trabajo (en formato .do, .txt o similar) empleados en el proceso de limpieza, depuración de los datos y estimación para alcanzar sus resultados.
- (iii) Y, en relación con el método comparativo geográfico que se desarrolla en las páginas 93 y ss. del informe pericial del Demandante, solicitamos la exhibición de:
- a. La serie del HICP de vehículos de España e Irlanda publicada por Eurostat.
 - b. La serie referente al "volumen de vehículos nuevos vendidos" para los países referidos.
 - c. Las series referentes a la tasa de desempleo, renta per cápita y salario neto para dichos países, supuestamente extraídas de Eurostat. "

En definitiva, la demandada solicita acceso a las fuentes de prueba y que se ordene a la actora que exhiba las mismas que obran exclusivamente en su poder.

En el presente procedimiento la parte actora ejercita acción de reclamación de daños que derivan de la infracción de las normas de competencia y alega que, como consecuencia directa la misma, abonó un sobrecoste en la adquisición de un vehículo de la marca KIA, reclamando un total de 3.016,40 euros como perjuicio en concepto de sobrecoste.

SEGUNDO.- Requisitos.

El artículo 283 bis a/ de la LEC al referirse a la petición de acceso a las fuentes de prueba exige que la parte que solicita estas diligencias presente una "motivación razonada".

En el párrafo 2 de este artículo precisa que "El tribunal 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." En el párrafo 3 se reitera la necesidad de que la medida sea proporcionada, precisando que "El tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, el tribunal tomará en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados. En particular, tendrá en cuenta:

- a) la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas;
- b) el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento;
- c) el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial."

Estas disposiciones permiten considerar que, teniendo en cuenta los legítimos intereses de las partes, la petición, que realiza en este caso el demandado, debe estar motivada, debe ser razonable, debe ser proporcionada y debe estar respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud.

Por tanto, los requisitos necesarios a examinar son:

- a) Solicitud de parte legítima.
- b) Motivación razonada. La petición debe estar motivada de manera razonada. La petición, además, debe estar respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud.
- c) Proporcionalidad de la medida. Este principio se ha de relacionar con el de necesidad de la medida, con el principio de motivación razonada, el principio de menor onerosidad de la medida, la evitación de búsquedas indiscriminadas de información y el respeto de la información confidencial.
- d) Pertinencia y utilidad de la fuente de prueba, en la medida en que la fuente de prueba ha de ser destinada a ser utilizada como medio de prueba en el proceso sobre reclamación de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia.

**TERCERO.- Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo .**

El Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, es la norma por la que se introduce en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva 2014/104).

En la exposición de motivos del RDL se justifica la incorporación de la Directiva por medio de la legislación de urgencia ante las dificultades para poder aprobar la trasposición por la vía ordinaria. La escueta exposición de motivos (ordinal III) hace referencia a la necesidad de la reforma ya que "el objetivo principal de la modificación introducida por el artículo cuarto de este Real Decreto-ley en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es la consecución de una mejor tutela de los derechos de los justiciables en dicho campo", también se menciona el principio de proporcionalidad en la petición de estas medidas.

CUARTO.- La Directiva 2014/104 .

Hay que acudir a los considerandos de la Directiva 2014/104 para establecer, con mayor precisión, la justificación de una reforma que ha supuesto una alteración sustancial del régimen de prueba en el derecho procesal español, en el que no se reconocía el acceso a las fuentes de prueba como trámite previo para la proposición y práctica de la misma.

4.1. Lo primero que se debe advertir, es que la Directiva se plantea para buscar mayor efectividad en el resarcimiento de los daños causados, por lo tanto, la estructura principal de la norma tanto en sus aspectos procesales como materiales van destinadas a **proteger a quienes se vean perjudicados por una infracción, no a los infractores**. Esta orientación no impide que alguno de los mecanismos procesales previstos en la Directiva pueden ser invocados por los infractores.

4.2. **Se constata una aplicación desigual del derecho a resarcimiento contemplado en el Derecho de la Unión**, desigualdad que puede dar lugar no solo a una ventaja competitiva para algunas empresas que hayan infringido los artículos 101 o 102 del TFUE, sino también a desincentivar el ejercicio de los derechos de establecimiento y suministro de bienes o prestación de servicios en aquellos Estados miembros en los que el derecho a resarcimiento se aplique con mayor efectividad (considerando 8º).

4.3. **Los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba deben considerarse, principalmente, desde la perspectiva del perjudicado** ya 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 (considerando 14º).

Así se desarrolla en el considerando 15º el principio de asimetría en el acceso a la información: "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."

Esa referencia a la asimetría en el acceso a la información vuelve a aparecer en el considerando 46º.

4.4. En el considerando 23º se hace referencia al **principio de proporcionalidad** y se indica que Debe prestarse especial atención a prevenir las "expediciones de pesca", es decir, la búsqueda no específica, o de excesiva amplitud, de información que probablemente sea de escaso interés para las partes en el procedimiento. Aunque estas expediciones se refieran fundamentalmente al acceso a la información de la que disponga la Comisión en su expediente infractor.

4.5. Es el artículo 5 de la Directiva el que hace referencia al régimen del acceso a las fuentes de prueba. El último inciso del párrafo 1 hace mención **al derecho del demandado a solicitar del demandante o de terceros el acceso a dichas fuentes**.

Esta petición queda, cuanto menos, sometida a las mismas exigencias y requisitos de motivación y proporcionalidad que la petición realizada por la perjudicada.

4.6. A partir de estas consideraciones, si bien es cierto que el principio de igualdad de armas debe permitir el acceso de cualquiera de las partes a las fuentes de prueba, sin embargo, la situación de asimetría en la información y la orientación principalmente tuitiva del perjudicado que inspira la práctica totalidad de la Directiva, **exigen que la parte demandada, sancionada ya en el procedimiento previo, deba justificar con mayor precisión sus requerimientos de acceso a fuentes de prueba.**



Si se permite al demandado acceder, sin limitaciones suficientes, a fuentes de prueba en poder del perjudicado, se corre el riesgo de que las asimetrías y desequilibrios que se han producido en el mercado como consecuencia de la actuación del infractor puedan trasladarse al procedimiento judicial, haciendo que estos procedimientos terminen siendo especialmente complejos, que duren más allá de lo razonable o que sometan al perjudicado a una serie de obligaciones procesales que hagan muy difícil la efectiva tutela de sus derechos.

QUINTO.- Requerimiento de acceso a los datos del informe de la demandante .

5.1. El objeto del dictamen pericial es la valoración o prueba de los hechos y circunstancias relevantes del pleito, y la crítica del informe de la parte contraria se reserva para su exposición oral en el acto de la vista. Así lo confirma la STS 485/2012, de 18 de julio, al señalar que "la norma no regula una pretendida " *pericial complementaria* " sobre " el dictamen de contrario ", como fórmula para sortear la preclusión del momento procesal fijado para que se aporte la pericial, sino que articula el control sobre el contenido de los dictámenes por el cauce regulado en el art. 347 LEC " (F.J. 3º, punto 41).

De acuerdo con lo anterior, la medida de acceso a fuentes de prueba en defensa de la competencia tiene por fundamento reequilibrar la asimetría de información existente en estos pleitos en perjuicio del demandante, atribuyéndose no obstante la posibilidad de solicitarla asimismo al demandado por una cuestión de igualdad de armas; el objeto del informe pericial es la utilización de conocimientos técnicos para dilucidar las cuestiones relevantes del pleito, en el presente caso la cuantificación del daño, estando prevista la crítica del informe de la parte contraria únicamente en la deposición en juicio de los peritos; y el objeto natural de la medida en cuestión son una serie de datos fácticos que posee la parte contraria y que son necesarios para determinar las cuestiones debatidas, como la existencia del daño o la cuantificación del mismo.

5.2. La justificación que se aporta por la solicitante en el presente caso de la medida interesada, no obstante hacer referencia a la necesidad de acceso a los datos y documentos para la cuantificación del daño por el perito de la demandada, pone de manifiesto que el objeto de la información que se pide es realizar lo que se conoce como una contrapericial o contra-informe; un informe pericial cuyo objeto es la crítica del informe realizado por la otra parte. Con independencia de que en el mismo informe se pudiera incluir una cuantificación alternativa del daño, el análisis y verificación que se pretende del informe de la actora es innecesario para la misma, que cuenta con datos suficientes para hacer su propia cuantificación.

De esta forma, circunstancias tales como la manifiesta opacidad del informe pericial de la actora, sobre la serie de datos que ha utilizado (origen, periodo temporal o número de observaciones), o cualquier otra circunstancia que ponga en duda los resultados obtenidos en el mismo, son análisis que corresponden a la valoración judicial del informe pericial (art. 348 LEC). Las omisiones, faltas de justificación de datos fácticos y demás elementos que se puedan apreciar en el informe pericial y que puedan afectar al enjuiciamiento de sus conclusiones son cuestiones que incumben a la valoración del mismo, sin que en ningún caso procediera una subsanación o complemento de los mismos.

Por tal motivo, pretender justificar la medida de acceso a fuentes de prueba, en definitiva, en que el informe pericial de la actora no justifica los datos utilizados en el mismo, y por tanto la demandada no puede conocer cómo ha llegado a sus conclusiones (cosa que, en buena lógica, tampoco podrá hacer el juez en la valoración de aquel) viene a ser como manifestar que se quiere ayudar a la actora a subsanar los defectos de su informe para que sus conclusiones puedan ser tenidas en cuenta en la sentencia. La demandada, en este sentido, alega que la falta de acceso a los datos empleados en el informe pericial de la actora y a los comandos y secuencias de comandos utilizados, le impiden corroborar y rebatir los modelos econométricos empleados por los peritos de la parte actora. Tal justificación, por tanto, no viene a ser sino un pretexto para elaborar un contra-informe, dirigido no a construir una cuantificación del daño propia, que, se debe insistir en que la demandada se halla en disposición de poder hacer con los datos propios con los que cuenta, sino a atacar las conclusiones del informe de la parte actora.

5.3. A la vista de la petición de acceso, resulta que la misma se solicita para verificar y contrastar tanto el método principal de la pericial de la actora, como los modelos ARIMA y ARIMAX, el método comparativo geográfico del informe de la actora. Respecto del primero se solicita la base de datos íntegra que ha utilizado el perito para elaborar su informe, con todas las variables introducidas en los modelos econométricos, más datos relativos a la aplicación de los modelos econométricos que plantea el perito de la actora, que incluye los comandos que se han empleado para limpiar y depurar los datos. En cuanto a los modelos ARIMA y ARIMAX, también se solicitan todos los datos y el detalle de los comandos, así como los datos empleados para el método comparativo geográfico. A la vista de cuanto antecede, procede desestimar la petición de acceso a las Fuentes de prueba, por cuanto la solicitante no acredita el riesgo de asimetría en la información que, de modo efectivo, podría afectar al legítimo derecho de defensa que tiene el demandado, siendo que, a estos efectos, no basta con alegar la pertinencia de las diligencias solicitadas, su proporcionalidad y justificación,



sino que es imprescindible que se acredite al juzgado que no puede acceder a esa información por otras vías. Se trata de una petición de acceso que se refiere a la metodología empleada por el perito de la parte actora, cuando debe considerarse que la parte demandada tendrá que conformar su prueba pericial conforme al método y parámetros que considere oportunos, también podrá criticar u objetar las deficiencias que pudiera haber en la prueba pericial de contrario, pero la vía de acceso a fuentes de prueba no se puede considerar procesal ni materialmente correcta para acceder a información sobre los criterios de elaboración de la prueba contraria, máxime en casos como el presente, en que se trata de datos que ya están en disposición de la parte demandada porque son accesibles y/ o son públicos, por lo que no cabe entender que la petición se refiere a fuentes de prueba que están exclusivamente en poder de la actora. El informe de la actora hace constar las variables que utiliza y para acceder a la información basta con acudir a las fuentes que allí constan (Eurostat, INE, CNMC, KM// o Informe Oxera).

Por todo ello, procede desestimar la solicitud de acceso a las fuentes de prueba formulada por la parte demandada.

SEXTO.- Costas .

Por lo tanto, debe rechazarse la petición de acceso a las fuentes de prueba planteada por la parte demandada. Con expresa imposición de las costas de este incidente a la parte proponente, por la remisión que el artículo 283 bis f/ hace a las normas generales sobre la condena en costas y, con ello, al principio del vencimiento objetivo en esta materia.

Por todo cuanto antecede,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO no haber lugar a la solicitud de acceso a las fuentes de prueba solicitado por la parte demandada en los presentes autos, con expresa condena en costas del incidente.

Contra esta resolución podrá interponerse recurso de reposición en plazo de 5 días, recurso que, conforme al artículo 283 bis f/.4, tiene efecto suspensivo.

Así lo dispone y firma Berta Pellicer Ortiz, Magistrada titular del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona.

Modo de impugnación: recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 de la LEC).

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 de la LEC).

Lo acuerdo y firmo.

El Magistrado

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.



Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ