

## La disclosure: aspectos a aprender en España de la experiencia inglesa

Xènia Fuguet Carles  
Universitat Rovira i Virgili

-

### Sumario

-

*El acceso a las fuentes de prueba se encuentra regulado en los artículos 283 bis a) a k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia. Desde su entrada en vigor, la doctrina y la práctica judicial han aflorado algunas cuestiones procesales surgidas en la regulación y aplicación privada del derecho de la competencia.*

*El presente trabajo tiene dos objetivos: el primero, analizar las normas de la disclosure de las Civil Procedure Rules (CPR) de Inglaterra y Gales y, el segundo, reflexionar sobre cómo esta regulación podría mejorar nuestra LEC.*

### Abstract

-

*Access to sources of evidence is regulated in articles 283 bis a) to k) of the Spanish Civil Procedure Law, for procedures to claim damages for infringement of competition law. Since they came into force, the doctrine and judicial practice have brought to light some procedural issues that have arisen in the regulation and private application procedures of competition law.*

*This research paper has two objectives: the first, to analyse the rules of civil procedure regarding disclosure (CPR), applicable in England and Wales and, the second, to reflect on how this regulation could improve our LEC.*

**Title:** *Disclosure: aspects to learn in Spain from the English experience*

-

**Palabras clave:** información, divulgación, inspección, documento, prueba, acceso a las fuentes de prueba

**Keywords:** *information, disclosure, inspection, document, evidence, access to evidence sources*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2023.i1.11

1.2023

Recepción  
18/10/2022

Aceptación  
12/12/2022

## Índice

### **1. Introducción**

- 1.1. Problemas procesales del acceso a las fuentes de prueba
  - a. La prueba de la existencia del daño
  - b. La prueba de la cuantificación del daño
- 1.2. Ámbito normativo de estudio de la disclosure

### **2. Qué es la disclosure**

- 2.1. Documento
- 2.2. Divulgación
  - a. Tipos de divulgación
  - b. Deber de búsqueda. La búsqueda razonable de documentos electrónicos.
  - c. Cómo divulgar
  - d. Límites de la divulgación
  - e. Órdenes de divulgación contra una persona que no es parte del procedimiento
- 2.3. Inspección y sus límites

### **3. Finalidad**

### **4. Procedimiento**

- 4.1. Pre-action conduct
- 4.2. Pre-action disclosure
- 4.3. Disclosure en el seno de un procedimiento judicial
  - a. Informe con declaración de veracidad
  - b. Propuesta conjunta de las partes
  - c. Resolución judicial

### **5. Especialidades de la disclosure**

- 5.1. En el derecho de la competencia
  - a. Solicitud y notificación
  - b. Contenido de la solicitud
  - c. Audiencia
  - d. Resolución
- 5.2. En los tribunales de comercio y propiedad
  - a. Deberes en relación con la divulgación
  - b. Divulgación inicial
  - c. Divulgación ampliada. Documento de revisión de la divulgación.

### **6. Conclusiones**

### **7. Bibliografía**

-  
Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción\*

El acceso a las fuentes de prueba antes del proceso (al margen de la prueba anticipada, arts. 293-296 LEC) es de reciente creación en España y con un ámbito de aplicación limitado: se permite desde 2017 y sólo para un determinado ámbito del derecho de la competencia y el secreto empresarial<sup>1</sup>.

Sin embargo, reciente doctrina científica ha planteado la posibilidad de ampliar y adaptar su ámbito de aplicación a los procedimientos en que se ejerciten acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores<sup>2</sup>, a fin de regular la exhibición de pruebas prevista en la Directiva (UE) 2020/1828<sup>3</sup>, la cual debería haber sido traspuesta a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro en diciembre de 2022 o a lo más tardar dentro de los siguientes 6 meses.

Con este telón de fondo, el presente trabajo de investigación tiene como principal finalidad detectar qué problemas se están planteando en la práctica y ver cómo podrían resolverse desde la perspectiva de la *disclosure* o divulgación e inspección de documentos de las CPR aplicables en Inglaterra y Gales<sup>4</sup>, cuya última reforma ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2022, incorporando una *Practice Direction* específica para la divulgación de documentos en los tribunales de comercio y propiedad.

---

\* Autora de contacto: Xènia Fuguet Carles (xenia.fuguet@urv.cat). Este estudio ha sido realizado durante mi estancia de investigación en la *University of Oxford* (abril-julio 2022), con todo mi agradecimiento a los profesores Adrian Zuckerman y Andrew Higgins. Este estudio se enmarca en el Proyecto I+D+i del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación del período 2021-2025 «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21), cuyo investigador principal es Joan Picó i Junoy, del cual soy miembro del equipo de trabajo. Así mismo, se enmarca en el Grupo de Investigación Consolidado *Evidence Law* (2017 SGR 1205), financiado por la *Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (AGAUR), cuyo investigador principal es el profesor Joan Picó i Junoy y del cual soy miembro del equipo de investigación.

<sup>1</sup> Véanse el art. 71 de la Ley de Defensa de la Competencia (BOE-A-2007-12946) y el art. 18 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE-A-2019-2364), fruto de la transposición de las Directivas (UE), respectivamente, 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas que regulan las acciones por daños y perjuicios en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE-L-2014-83627); y 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE-L-2016-81073).

<sup>2</sup> CASTRILLO SANTAMARÍA, «La 'exhibición de pruebas' del artículo 18 de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», en ROMERO PRADAS (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 785-800.

<sup>3</sup> Véase el art. 18 Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE-L-2020-81785).

<sup>4</sup> *Civil Procedure Rules* 1998 (SI 1998/3132) (CPR). Las CPR disponen las normas de procedimiento civil, cuyo objetivo primordial es permitir que los tribunales conozcan de los litigios con justicia y con unos costes proporcionados. Tramitar un caso de forma justa y proporcionada implica, entre otros aspectos: a) garantizar que las partes estén en igualdad de armas y puedan participar plenamente en los procedimientos; b) aplicar una política de ahorro en el gasto; c) tener en cuenta la cuantía del procedimiento, la importancia del caso y su complejidad, la situación financiera de las partes, y d) hacer cumplir las normas, instrucciones y resoluciones judiciales.

A tal fin, examinaremos primero los principales problemas procesales detectados en el ordenamiento jurídico español en cuanto a la regulación y aplicación práctica del acceso a las fuentes de prueba, con las interpretaciones dadas por el TJUE en sus recientes sentencias de 22 de junio de 2022<sup>5</sup> y 10 de noviembre de 2022<sup>6</sup> para, en segundo lugar, estudiar la normativa inglesa y, en concreto, la institución de la *disclosure*<sup>7</sup>.

### 1.1. Problemas procesales del acceso a las fuentes de prueba

El art. 283 bis LEC es un instrumento procesal previsto legalmente para facilitar la prueba de la práctica anticompetitiva, del daño causado y de su cuantificación, a través del acceso a fuentes de prueba, y pretende eliminar o reducir la asimetría de información entre las partes del procedimiento de reclamación de daños por prácticas *antitrust*, garantizando sobre todo al perjudicado el derecho a obtener la exhibición de fuentes de prueba relevantes para fundar sus pretensiones, cuando éstas se hallen en poder de la parte contraria o de un tercero, para después poder aportarlas al procedimiento como medios probatorios

Este artículo surge de la necesidad de proteger a los consumidores y empresas perjudicados por infracciones del derecho de la competencia quienes, ante las múltiples dificultades que presentaba el proceso de reclamación de esos daños, decaían en su intento de accionar ante los tribunales<sup>8</sup>. Y este escenario no se daba sólo en España, sino que era una situación generalizada a nivel europeo<sup>9</sup>.

Así, los principales problemas detectados se basaban en la necesidad de lograr normativas nacionales equitativas dentro de la UE, de que los Estados miembros de la UE se proveyeran de normativas específicas en esta materia, de prevenir la asimetría de información entre las partes, de eliminar o reducir las dificultades en la cuantificación del perjuicio y de potenciar la colaboración entre las autoridades de la competencia y los tribunales de justicia.

---

<sup>5</sup> ECLI: EU:C:2022:494.

<sup>6</sup> ECLI: EU:C:2022:863.

<sup>7</sup> Al tratarse de disposiciones en lengua inglesa, se ha procurado ser lo más fiel posible a su redactado original para no tergiversar su contenido y significado.

<sup>8</sup> MARCOS FERNÁNDEZ, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», en *ICE-Información Comercial Española*, núm. 876, enero-febrero 2014, pp. 91 ss. contabilizó solamente 323 casos de aplicación privada del derecho de la competencia en los 49 años que discurrieron entre la aprobación de la L 110/63 hasta mediados de 2012.

<sup>9</sup> A nivel europeo se sintió la necesidad de que los Estados miembros se dotaran de una normativa específica que regulara y facilitara este tipo de cuestiones litigiosas. Estaba claro que, a través de los cauces procesales existentes hasta el momento, no se lograba una tutela judicial efectiva de los perjudicados, cuando ejercían acciones de reclamación en la aplicación privada del derecho de la competencia. En este sentido se había pronunciado el TJUE, por todas, STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, Rec. 2001, pág. I-06297 (apartados 24-26 ss.) y STJUE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, C-295/04 a C-298/04, Rec. 2006, pág. I06619 (apartados 39, 58-64 y 95). Ello culminó con 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 del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627].

La regulación de las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia<sup>10</sup> se propone hacer frente a todas estas carencias, sin embargo, muchos son los problemas que plantea. Así, a modo de ejemplo, a nivel doctrinal surgen dudas o cuestiones sobre la determinación de la competencia territorial; sobre el efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia y la relación de éstas con los órganos jurisdiccionales; sobre la posible extensión de legitimación pasiva a la filial de la matriz sancionada por una autoridad de la competencia; sobre el resarcimiento de daños y la posible repercusión del sobre coste que haya podido trasladar el reclamante a otros eslabones de la cadena de suministro o a sus clientes, o sobre la cuantificación del daño.

Y, concretamente en relación con el art. 283 bis LEC, la problemática puesta de manifiesto gira en torno a los concretos medios o fuentes de prueba que cabe solicitar; sobre la asunción del coste de la exhibición de las fuentes de prueba, a cargo del solicitante; sobre las *fishing expeditions* o búsquedas indiscriminadas de información; sobre el plazo legal de 20 días establecido para presentar la demanda después de haber tenido acceso a los medios de prueba; sobre la protección de la información reservada y el incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad; sobre qué debe considerarse un incumplimiento grave y no grave de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba; sobre la posible responsabilidad de terceros no previstos en la ley, ante estos incumplimientos de confidencialidad; sobre las garantías que merece el tercero no parte del proceso cuando es requerido de aportar algún medio de prueba; o, también, sobre las costas del incidente de acceso a fuentes de prueba y su cuantificación<sup>11</sup>.

Pero los problemas no se han planteado sólo a nivel doctrinal, sino también en la práctica judicial española.

---

<sup>10</sup> Véase 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 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-5855]), que reforma la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Enjuiciamiento Civil siguiendo los principios imperativos impuestos por 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 del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627]).

<sup>11</sup> Sobre el acceso a las fuentes de prueba puede consultarse, por ejemplo: CABALLO ANGELATS, *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenciales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de transposición de la Directiva 2014/101/UE*, 2020; CASTRILLO SANTAMARÍA, «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», en IZQUIERDO BLANCO/PICÓ I JUNOY/ADÁN DOMÈNECH (dirs.), *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 666 ss.; GASCÓN INCHAUSTI, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, Nº 1; GÓMEZ TRINIDAD, *Guía de buenas prácticas en el ejercicio de acciones judiciales de daños por infracciones de Derecho de la competencia*, 2021; GONZÁLEZ GRANDA/ARIZA COLMENAREJO, *Justicia y proceso. Una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, 2021; HERRERA PETRUS, «La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación de daños por ilícitos antitrust», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018; PELLICER ORTIZ, «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», en *La Ley Probática*, núm. 6, 2021; RUIZ PERIS, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, 2016; TORRE SUSTAETA, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia: La Tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español*, 2016; y TUDOR, *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, tesis leída en la Universidad de Valladolid, 2016.

Para determinar los problemas procesales surgidos a raíz de la aplicación privada del derecho de la competencia, hemos examinado algunos procedimientos judiciales incoados como consecuencia de la sanción de la Comisión Europea<sup>12</sup> a los fabricantes de camiones, que participaron en el cártel para la coordinación de precios en el Espacio Económico Europeo, entre 1997 y 2011, y para pactar el calendario y la repercusión de los costes de una normativa más exigente en materia de emisiones (Euro 3 a Euro 6).

Estos procedimientos judiciales empezaron a tramitarse en los Juzgados de lo Mercantil españoles, a partir de 2016, a raíz de las demandas interpuestas por los perjudicados en el cártel de los fabricantes de camiones, ejercitando la acción de reclamación de daños y perjuicios por la adquisición de los camiones objeto de la Decisión de la Comisión Europea<sup>13</sup>.

De todas las cuestiones procesales planteadas en estos procedimientos, nos centraremos en la prueba de la existencia del daño y la prueba de su cuantificación, porque son los dos aspectos procesales que se ven facilitados por el acceso a las fuentes de prueba del art. 283 bis LEC. Pasémoslo seguidamente a examinar.

#### a. La prueba de la existencia del daño

En cuanto a la prueba de la existencia del daño, la solución común que ha venido aplicándose en las acciones *follow on*, es decir, en aquellas interpuestas ante los órganos jurisdiccionales una vez la autoridad de la competencia ya se ha pronunciado sobre la conducta anticompetitiva, es entender que del propio tenor literal de la decisión administrativa resulta la existencia de efectos en el mercado de camiones, con el alcance que describe la decisión sancionadora<sup>14</sup>.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la SAP de Oviedo, Secc. 1ª, de 7 de octubre de 2021<sup>15</sup>, que en su fundamento de derecho segundo, recoge la doctrina jurisprudencial y comunitaria específica en el ámbito del derecho de la competencia sobre la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles, porque considera que la presunción está en la naturaleza de las cosas y no precisa de una regulación positiva.

No obstante, la reciente sentencia del TJUE, de 22 de junio de 2022<sup>16</sup>, ha determinado el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la presunción *iuris tantum* relativa a que todo cártel causa un daño en el mercado afectado. Y ha establecido que, al considerar tal regla

---

<sup>12</sup> Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto AT. 39824 – Camiones), notificada con el número C (2016) 4673, DOUE núm. C 108/6, de 06.04.17, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0406%2801%29> (fecha última consulta: 02.01.23). Y Decisión de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2017, notificada con el número C (2017) 6467, DOUE C 216/9, de 30.06.20, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020AT39824%2803%29> (fecha última consulta: 02.01.23).

<sup>13</sup> PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, pp. 6 ss.

<sup>14</sup> Véase PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, p. 3.

<sup>15</sup> ECLI:ES:APO:2021:2713. Y en la misma línea la SAP de Valladolid, Secc. 3ª, de 12 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:22); o el AAP de Lleida, Secc. 2ª, de 28 de abril de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:49A).

<sup>16</sup> STJUE, Sala Primera, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks vs RM, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de León, mediante auto de 12 de junio de 2020.

sustantiva, está prohibida su aplicación retroactiva, por lo tanto, no puede aplicarse a una acción por daños referida a una infracción del derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva al derecho español.

Así pues, en estos casos y en los que se ejercite una acción *stand alone*<sup>17</sup>, la parte actora tendrá la carga de la prueba, para lo cual deberá tener acceso a documentos de la parte contraria o de terceros, a fin de poder probar el daño causado por el cártel.

Al respecto de estos documentos a los que podrá tener acceso en virtud del art. 283 bis LEC, la también recentísima STJUE de 10 de noviembre de 2022<sup>18</sup> ha establecido que se podrá requerir la exhibición de fuentes de prueba creadas por la parte requerida, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder, siempre y cuando esas fuentes sean pertinentes, proporcionadas y necesarias, tomando en consideración los intereses legítimos y derechos fundamentales de la persona requerida. Pero este requerimiento no podrá suponer, en ningún caso, el traslado de la carga de la prueba de la parte demandante de demostrar la existencia y el alcance del perjuicio sufrido.

#### b. La prueba de la cuantificación del daño

La segunda cuestión procesal detectada que queremos destacar es la dificultad de la prueba para cuantificar el daño. De nuevo, la parte actora se verá afectada por la carga de la prueba, complicada en sí misma, por cuanto deberá delimitar el escenario contrafactual<sup>19</sup>, esto es, determinar qué hubiera pasado en el mercado de camiones afectado si no hubiera existido el cártel.

De ahí la gran importancia del acceso a las fuentes de prueba, pues la parte actora necesitará información que no está en su poder, a fin de poder elaborar el pertinente informe pericial<sup>20</sup>.

Sin embargo, para controlar que el acceso no sea indiscriminado y genérico, deberá estar acotado a los hechos objeto de autos y, además, deberá motivarse, debiendo aportar la parte solicitante un principio de prueba justificativa de la solicitud y de la viabilidad de la reclamación que pretende entablar<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Las acciones *stand alone* o independientes son aquellas acciones de daños y perjuicios que se ejercitan sin que las autoridades de la competencia hayan sancionado previamente la conducta anticompetitiva. Sobre su ejercicio en los juzgados mercantiles en materia de derecho privado de la competencia, véase PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021.

<sup>18</sup> STJUE, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 2022, asunto C-163/2021.

<sup>19</sup> Será esencial seguir las pautas de recreación del escenario contrafactual marcadas por la Guía práctica de la Comisión Europea para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE, que describe métodos de cuantificación del daño, o por el Estudio *passing-on* de la Comisión, que resalta la necesidad de contar con datos suficientes para poder aplicar los métodos establecidos por la Guía de la Comisión. El Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:48A), en su F.J. 2º, explica estas dos guías.

<sup>20</sup> Como destaca el AAP Lleida, Secc. 2ª, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88A), que a su vez se remite al auto del mismo tribunal de 12 de marzo de 2020, la jurisprudencia menor ha matizado que, si bien se pretende salvar la asimetría de información entre las partes, no se debe «decantar en exceso la balanza a favor del lesionado mediante el acceso a requerimientos que trasciendan de lo razonable para combatirla (la asimetría)».

<sup>21</sup> Así lo disponen el AAP de Valencia, Secc. 8ª, de 4 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3717A); Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:48A); AAP de Vizcaya, Secc.

Así mismo, una vez acordado el acceso, será necesario preservar la confidencialidad de la información aportada, adoptando las medidas pertinentes.

Sobre la cuantificación del daño, PELLICER<sup>22</sup> afirma que es una cuestión que reviste extraordinaria dificultad y expone que la situación más frecuente en los juzgados mercantiles españoles es que el juez no dé suficiente validez a la pericial de las partes y proceda a la estimación judicial del daño<sup>23</sup>. En relación con este aspecto, la jurisprudencia menor no es uniforme en esa estimación judicial y los porcentajes con que se fija el daño causado por el sobre coste en el precio de los camiones oscila entre el 5%<sup>24</sup> y el 15%<sup>25</sup>.

La citada STJUE de 22 de junio de 2022, también precisa el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la cuantificación del perjuicio resultante de infracciones del derecho de la competencia, estableciendo que la estimación judicial de la cuantía del perjuicio, cuando sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión -sobre la base de las pruebas disponibles-, es un forma de suavizar el nivel de prueba exigido a la parte y puede aplicarse desde su entrada en vigor, aunque los daños a cuantificar se refieran a infracciones anteriores, porque se trata de una norma procesal.

## 1.2. Ámbito normativo de estudio de la disclosure

Una vez señalados los problemas procesales derivados de la normativa española y, en aras a buscar soluciones a la problemática suscitada, es momento de entrar a analizar la regulación de la *disclosure* en las *Civil Procedural Rules* (CPR), para ver si puede aplicarse en España y si puede ser útil para resolver los problemas detectados.

En cuanto a la normativa inglesa estudiada, en primer lugar, analizaremos la Parte 31 CPR, que regula la divulgación e inspección de documentos, así como las *Practice Directions* 31A, 31B y 31C CPR, que son instrucciones prácticas que complementan las CPR.

La *Practice Direction* 31A CPR, titulada «Divulgación e inspección», desarrolla algunos aspectos generales de las CPR sobre esta materia. El objetivo de la *Practice Direction* 31B, titulada

---

4ª, de 7 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:263A); y AAP Lleida, Secc. 2ª, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88A), que a su vez se remite a los autos núm. 165/19 a 169/19 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 7 de junio de 2019, y al Auto 196/19 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño, de 5 de julio de 2019.

Sobre este mismo aspecto procesal, se pronuncia el auto del Juzgado Mercantil de Burgos, de 8 de abril de 2020 (ECLI:ES:JMBU:2020:29A), que en su F.J. 1º responde a la pregunta de qué exige el juicio de viabilidad, remitiéndose a su vez al AAP Valencia, Secc. 9ª, de 4 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3717A).

<sup>22</sup> PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, p. 3.

<sup>23</sup> La referencia dada es sobre datos hasta 2021 y explica los motivos por los cuales entiende que es tan difícil cuantificar el daño. PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, pp. 8-11.

<sup>24</sup> Fijando un porcentaje del 5%, se pronuncian las SSAP de Valencia, Secc. 9ª, de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4151); de Pontevedra, Secc. 1ª, de 28 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:471); de Barcelona, Secc. 15ª, de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567); de Zaragoza, Secc. 5ª, de 27 de julio de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:2008); y de Zamora, de 16 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APZA:2020:501).

<sup>25</sup> En este sentido, la SAP de Oviedo, Secc. 1ª, de 7 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2713) fijó el porcentaje en un 8%; la SAP de Alicante, Secc. 8ª, en su sentencia de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APA:2020:3024) fijó el porcentaje en un 10%; y la SAP de Vizcaya, Secc. 4ª, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:265), en un 15%.

«Divulgación de documentos electrónicos»<sup>26</sup>, es fomentar y ayudar a las partes a llegar a un acuerdo en relación con la divulgación de los documentos electrónicos, bajo los principios de proporcionalidad y rentabilidad. Y la *Practice Direction 31C CPR*, establece las especialidades en materia de divulgación e inspección de documentos relacionados con reclamaciones sobre competencia. Esta última *Practice Direction 31C* se remite a la Parte 23 CPR, con relación a la solicitud de divulgación e inspección de documentos, como una especialidad dentro de la norma general de la Parte 31 CPR.

En segundo lugar, analizaremos las especialidades introducidas por la *Practice Direction 57AD CPR*, aprobada recientemente, el 15 de julio de 2022, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2022<sup>27</sup>, tras casi cuatro años de aplicación de la *Practice Direction 51U CPR* que, dentro de las Disposiciones Transitorias y Planes Piloto, regulaba la divulgación de documentos ante los tribunales de comercio y propiedad, la cual entró en vigor el 1 de enero de 2019 y su vigencia estaba prevista hasta el 31 de diciembre de 2022<sup>28</sup>.

Y, en tercer lugar, examinaremos las *Pre-action Protocol*<sup>29</sup>, que son una serie de protocolos que las partes deben seguir con anterioridad al ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales de justicia. Estos protocolos establecen unas pautas de conducta y unos trámites que los tribunales, en general, esperan que las partes cumplan antes de iniciar determinados tipos de procedimientos como los relativos a daños personales, resolución de conflictos clínicos, construcción e ingeniería, difamación, negligencia profesional, revisión judicial, enfermedades y dolencias, deterioro de la vivienda, reclamación de la posesión por arrendadores sociales o por atrasos hipotecarios, dilapidación de inmuebles comerciales, reclamaciones por daños personales de escasa cuantía por accidentes de tráfico o por debajo del límite de escasa cuantía, y reclamaciones por daños personales de escasa cuantía de responsabilidad civil y patronal<sup>30</sup>.

En relación con lo anterior, estudiaremos la *Practice Direction: Pre-action conduct*, que se aplica a los conflictos en los que no se ha previsto un protocolo previo específico de los nombrados anteriormente y, por lo tanto, sería el que se aplicaría en caso de controversias en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia.

El objetivo principal de los protocolos previos es que las partes intercambien suficiente información sobre el conflicto existente<sup>31</sup> para poder comprender la posición de la otra parte, tomar decisiones sobre cómo proceder, tratar de resolver el conflicto sin necesidad de llegar a un procedimiento judicial, considerar la posibilidad de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de conflictos (ADR, según sus siglas en inglés) y para intentar reducir los

<sup>26</sup> Esta *Practice Direction* sólo se aplica a los procedimientos que se asignan o pueden asignarse a la vía múltiple, salvo que el tribunal acuerde lo contrario (Parte 3 *Practice Direction 31B CPR*).

<sup>27</sup> <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-57a-business-and-property-courts/practice-direction-57ad-disclosure-in-the-business-and-property-courts#1> (fecha última consulta: 03.01.23).

<sup>28</sup> Véase la Parte 1.2 *Practice Direction 51U CPR*.

<sup>29</sup> Estos protocolos están aprobados por el *Master of the Rolls* y se adjuntan a las *Civil Procedural Rules*. Véase la Parte 1 *Practice Direction: pre-action conduct*.

<sup>30</sup> Compruébese cualquier actualización del listado en la Parte 18 *Practice Direction: pre-action conduct and protocols*.

<sup>31</sup> En ningún caso las partes deben pretender asegurar una ventaja injusta sobre la otra parte (Parte 4 *Practice Direction: pre-action protocol*).

costes de la resolució de la controversia<sup>32</sup>. Así pues, a través de las pautas de conducta establecidas, se pretende que las partes identifiquen, reduzcan y, en su caso, resuelvan las cuestiones conflictivas de ámbito jurídico, fáctico y/o pericial<sup>33</sup>.

## 2. Qué es la disclosure

La *disclosure* es la figura procesal que regula la divulgación e inspección de documentos entre las partes<sup>34</sup>. Este deber de información está vigente durante todo el procedimiento judicial y no cesa hasta que el procedimiento haya concluido. Por ello, si alguna parte tiene conocimiento de la existencia de algún «nuevo» documento en cualquier momento procesal deberá ponerlo en conocimiento de todas las demás partes, elaborando una lista complementaria<sup>35</sup>. Pero, además, las partes podrán interesar la revelación de información antes del inicio del procedimiento, lo cual estudiaremos en el epígrafe correspondiente al procedimiento<sup>36</sup>.

Es tal la importancia que se ha dado a la *disclosure*, que las partes no podrán basarse en ningún documento que no hayan divulgado o respecto del cual no hayan permitido la inspección, a menos que el tribunal lo hubiese autorizado<sup>37</sup>.

Para una mejor comprensión de esta institución, y previamente al análisis del procedimiento de la *disclosure*, veamos a continuación los tres conceptos esenciales de la *disclosure*: documento, divulgación e inspección.

### 2.1. Documento

Se entiende por documento cualquier elemento en el cual se registre información de cualquier tipo<sup>38</sup>, lo que incluye los documentos electrónicos<sup>39</sup>, que hacen referencia a cualquier documento conservado de forma electrónica.

---

<sup>32</sup> Véanse las Partes 44 a 48 CPR en cuanto a la regulación de las costas. Téngase en cuenta que cuando las partes incurran en costes desproporcionados para cumplir con cualquier protocolo previo a la acción, dichos costes no serán recuperables como parte de las costas del procedimiento (Parte 5 *Practice Direction: pre-action protocol*).

<sup>33</sup> Partes 3 y 4 *Pre-action conduct and protocols* CPR.

<sup>34</sup> Véase la Parte 31.1 CPR y ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, 2021, pp. 723-730. La *disclosure* tiene lugar en dos fases, una primera de constatación de si un documento existe o ha existido y la segunda de inspección, que permite el examen de los documentos revelados.

Así mismo, ANDINO LÓPEZ, «Discovery y Disclosure: algunas reflexiones de Derecho Comparado», en *La Ley Probática*, N° 8, abril-junio 2022, pp. 56-67, expone que, tras la promulgación de las CPR en 1998, se limitó la *disclosure* a la exhibición de pruebas documentales y, en consecuencia, se excluyó la divulgación de cualquier otro medio de prueba.

<sup>35</sup> Véase la Parte 3.3 de la *Practice Direction* 31A CPR y la 31.11 CPR.

<sup>36</sup> Parte 31.16 CPR.

<sup>37</sup> Véase la Parte 31.21 CPR. A mayor abundamiento, DE PRADA RODRÍGUEZ/ MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, 2014, pp. 115-116.

Por otro lado, CASANOVA MARTÍ, «La *pre-action disclosure* y las diligencias preliminares: un estudio comparado», en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, 2021, pp. 153-154, critica la regulación operada por el ordenamiento jurídico inglés, en relación con esa imposibilidad de aportar como prueba en un procedimiento judicial, un documento que no se ha revelado con anterioridad o cuya inspección no se ha permitido, por cuanto entiende que el hacer decaer directamente su valor probatorio, infringe el derecho fundamental a la prueba.

<sup>38</sup> Parte 31.4 CPR. Así mismo, ANDINO LÓPEZ, *La Ley Probática*, N° 8, abril-junio 2022, p. 60, destaca que «esta definición es lo suficientemente amplia como para abarcar la información grabada en dispositivos de audio o informáticos». Y con relación al ámbito de aplicación del deber de *disclosure*, DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ ROJO,

Así pues, incluye el correo electrónico y otras comunicaciones electrónicas -como los mensajes de texto y el buzón de voz-, los documentos con tratamiento de texto y las bases de datos, así como los documentos almacenados en dispositivos portátiles, como lápices de memoria y teléfonos móviles. Además de los documentos a los que se puede acceder fácilmente desde los sistemas informáticos y otros dispositivos y soportes electrónicos, también abarca los documentos almacenados en servidores y sistemas de copia de seguridad y los documentos electrónicos que han sido «eliminados». Asimismo, incluye la información adicional almacenada y asociada a los documentos electrónicos, conocida como metadatos<sup>40</sup>, y otros datos incrustados que no suelen ser visibles en la pantalla o en una impresión<sup>41</sup>.

Por otro lado, la copia de un documento es cualquier elemento en el cual se haya copiado, directa o indirectamente y por cualquier medio, la información registrada en el documento original<sup>42</sup>.

Ahora bien, una copia de un documento que contenga una modificación, borrado u otra marca o característica en la que una parte pretenda basarse o que afecte negativamente a las pretensiones de alguna de las partes o beneficie a la parte contraria, debe tratarse como un documento independiente<sup>43</sup>.

Por último, debemos mencionar qué sucede con las copias electrónicas de los documentos divulgados, pues salvo que el órgano judicial acuerde otra cosa, las copias electrónicas deben proporcionarse en su formato nativo, de manera que se conserven los metadatos relativos a la fecha de creación de cada documento<sup>44</sup>. Si la parte receptora solicitara la divulgación de otros metadatos o de imágenes forenses de los documentos divulgados (por ejemplo, en supuestos de discusión de la autenticidad de un documento), deberá demostrar que la relevancia y la

---

*El proceso civil inglés*, 2014, p. 111, quienes reafirman que «incluye exclusivamente documentos y excluye cualquier otro medio probatorio».

<sup>39</sup> La *Practice Direction 31A* CPR, Parte 2A.1, y la *Practice Direction 31B* CPR, Parte 5, nos dan una amplia definición de lo que debemos entender por documento electrónico.

<sup>40</sup> La *Practice Direction 31B* CPR, Parte 5(7), define los metadatos como los datos sobre datos. En el caso de un documento electrónico, los metadatos suelen ser información incrustada sobre el documento que no es fácilmente accesible, una vez que el documento electrónico nativo (o formato nativo, es un documento electrónico almacenado en la forma original en que fue creado por un programa informático) se ha convertido en una imagen electrónica o en un documento en papel. Pueden incluir, la fecha y hora de creación o modificación de un archivo de procesamiento de textos, o el autor y la fecha y hora de envío de un correo electrónico, entre otros datos. Los metadatos pueden ser creados automáticamente por un sistema informático o manualmente por un usuario.

<sup>41</sup> Véase la Parte 2A.1 *Practice Direction 31A* y la Parte 5 *Practice Direction 31B*.

<sup>42</sup> A mayor concreción, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, p. 730. También CUNNINGHAM-HILL/ELDER, *Civil Litigation Handbook*, editorial Oxford University Press, 2013; BROWNE/CATLOW, *Civil Litigation*, editorial College of Law Publishing, Guilford, 2014; y SMITH, *Civil Court Service*, editorial Jordan Publishing, Bristol, 2015. Asimismo, CERRATO GURI, «Análisis de la exhibición documental de terceros y la *disclosure against a person not a party* en el proceso civil», *Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, 2021, pp. 8-9, quien destaca que «estamos ante un concepto amplio de documento que no se restringe estrictamente al formato papel ni tampoco a los originales, extendiéndose también a las copias y a cualquier otro soporte donde pueda haber información de cualquier tipo».

<sup>43</sup> En este sentido se pronuncia la Parte 31.9 CPR.

<sup>44</sup> Por el contrario, las partes que utilicen sistemas de gestión de documentos deben asegurarse de que los metadatos u otra información útil relativa a los documentos no se almacenen con ellos [Parte 29 *Practice Direction 31B* CPR].

importancia de los metadatos solicitados justifican el coste y la carga de producir esos metadatos<sup>45</sup>.

## 2.2. Divulgación

La norma procesal inglesa define la acción de divulgar un documento como el acto de afirmar que el documento existe o existió<sup>46</sup>.

Siguiendo a CERRATO<sup>47</sup>, la doctrina ha precisado que el deber de divulgar los documentos se basa en la premisa de que, en el proceso, deben ponerse «todas las cartas sobre la mesa», para conseguir que la resolución de la controversia sea más justa.

Y, así mismo, ZUCKERMAN<sup>48</sup>, reafirma que, en relación con las Partes 31.2 y 31.23 CPR, la revelación de documentos implica admitir la posesión, es decir, manifestar si existe o ha existido un documento, pero la persona que divulga no hace ninguna declaración sobre la autenticidad del documento o la verdad de cualquier aspecto declarado en él. Por ello, se deberán revelar todos los documentos relevantes, incluso aquellos que la parte afirme que son falsificaciones o que entienda que son falsos.

Sabemos qué implica divulgar, pero ¿qué alcance debe tener la divulgación? La norma establece que el deber de divulgación se limita a los documentos que están o han estado bajo el control de la parte. En este sentido, se entiende que una parte tiene o ha tenido un documento en su poder si está o estaba en su posesión física, o si tiene o ha tenido derecho a la posesión del mismo o a su inspección y reproducción mediante copias<sup>49</sup>. Por ello, tan pronto como se contemple una disputa, los representantes legales de las partes deben comunicar a sus clientes la necesidad de preservar los documentos revelables. Los documentos que deben conservarse incluyen los documentos electrónicos que, de otro modo, se eliminarían de acuerdo con la política de conservación de documentos o que se borrarían en el curso ordinario de los negocios<sup>50</sup>.

Por último, merece hacer una mención especial a la divulgación de los documentos electrónicos. Al considerar su divulgación, las partes y sus representantes legales deben tener en cuenta los siguientes principios generales: primero, los documentos electrónicos deben gestionarse de forma eficiente para minimizar los costes; segundo, la tecnología debe utilizarse para garantizar que las actividades de gestión de documentos se lleven a cabo de forma eficiente y eficaz; tercero, la divulgación debe hacerse de manera que se cumpla el objetivo primordial del procedimiento; cuarto, los documentos electrónicos deben estar disponibles para su inspección en una forma que permita, a la parte que recibe los documentos, la misma

---

<sup>45</sup> A mayor abundamiento, Partes 33 y 28 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>46</sup> Véase la Parte 31.2 CPR.

<sup>47</sup> CERRATO GURI, *Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, p. 8.

Sobre ello, véase también, HOLLANDER, «Disclosure: Should We Have Stayed with the RSC? », en HIGGINS (dir.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, p. 158.

<sup>48</sup> ZUCKERMAN, «The privilege Against Self-incrimination may not Confer a Right to Refuse Disclosure of Incriminating Documents that came into Existence Independently of the Disclosure Order», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, julio 2005, pp. 395-403.

<sup>49</sup> A ello se refiere la Parte 31.8 CPR.

<sup>50</sup> Parte 7 *Practice Direction* 31B CPR.

capacidad de acceso, búsqueda, revisión y visualización, que la parte que los divulga; y quinto, la divulgación de documentos electrónicos que no sean relevantes para el procedimiento puede suponer una carga excesiva en tiempo y costes para la parte a la que se le da la divulgación<sup>51</sup>.

#### a. Tipos de divulgación

Se prevén dos tipos de divulgación, la estándar y la específica.

La divulgación estándar<sup>52</sup> requiere que las partes revelen sólo los documentos en los que basan sus pretensiones, así como los documentos que puedan perjudicar -a la propia parte o a la contraria- y los que puedan beneficiar a la otra parte<sup>53</sup>. Dentro de esta categoría, también se incluyen aquellos documentos que la parte está obligada a revelar por una *Practice Direction* y los documentos o clases de documentos, cuya divulgación fue solicitada y acordada antes del inicio del procedimiento a través de una *pre-action disclosure*<sup>54</sup>.

Sin embargo, si una parte considera que la divulgación estándar de los documentos entregados por la parte reveladora es inadecuada, puede solicitar una orden de divulgación específica<sup>55</sup>. En este caso, si se pretendiera la divulgación específica de un documento electrónico que no fuese razonablemente accesible, la parte solicitante, interesada en su examen, debería demostrar que la relevancia y la materialidad del documento justifican el coste y la carga de recuperarlo y presentarlo<sup>56</sup>.

La divulgación específica viene ordenada por el tribunal para que una parte revele los documentos o clases de documentos que se le especifiquen y/o realice un registro en la forma que se le indique y revele cualquier documento localizado como resultado de esa búsqueda<sup>57</sup>.

#### b. Deber de búsqueda. La búsqueda razonable de documentos electrónicos.

Las partes están obligadas a realizar una búsqueda razonable de todos aquellos documentos incluíbles en el ámbito de la divulgación estándar, hasta aquellos que le podrían perjudicar o, al menos, no beneficiar<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> Parte 6 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>52</sup> A mayor abundamiento, vid. ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 733-738. También véase la Parte 31.6 CPR.

<sup>53</sup> La Parte 2.7 *Practice Direction* 57AD CPR se refiere a ellos como «documentos adversos» y los define como aquellos documentos que contradicen o perjudican materialmente la alegación o la versión de los hechos de la parte reveladora sobre una cuestión en litigio, o apoya la alegación o la versión de los hechos de una parte contraria sobre una cuestión en litigio. COULSON, «Discovery: To Disclosure and Beyond», en HIGGINS, *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, p. 66. El autor considera que el deber de revelar los documentos adversos es una cuestión criticable de la regulación legal, aún a pesar de que es la base del concepto de juicio justo del *common law* y de que personas de todo el mundo tratan de someter la competencia de sus litigios a este sistema.

<sup>54</sup> Ello está previsto en la Parte 31.16(3) apartado (c) CPR. Véase el epígrafe correspondiente a la *pre-action disclosure*.

<sup>55</sup> Véase la Parte 31.12 CPR y la Parte 5.1 *Practice Direction* 31A CPR.

<sup>56</sup> Parte 24 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>57</sup> A su regulación se ha referido ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 738-739. Y véase la Parte 31.12(2) CPR.

<sup>58</sup> Véase la *Practice Direction* 31A, Parte general, CPR y la Parte 31.7 CPR.

Ese principio de razonabilidad, en que se basa la búsqueda a realizar, vendrá determinado por el número de documentos implicados, la naturaleza y complejidad del procedimiento, la facilidad y el coste de la recuperación de un documento concreto, y la importancia de cualquier documento que pueda ser localizado durante la búsqueda o registro.

Por ello, cuando una parte entienda que debe excluir una categoría o clase de documento de su registro, deberá indicarlo en su declaración de divulgación y señalar la categoría o clase de documento descartado.

Al respecto, la *Practice Direction 31A*, en su parte 2, nos recuerda que las partes deben tener en cuenta el principio básico de proporcionalidad<sup>59</sup> en base al cual, por ejemplo, puede ser razonable decidir no buscar documentos creados o fechados antes de un determinado período, o limitar la búsqueda a los documentos que se encuentren en uno o varios lugares concretos, o a los documentos que pertenezcan a determinadas categorías.

En virtud de la Parte 1.4 de la *Practice Direction 31A*, realizada la búsqueda, y a no ser que las partes hubiesen acordado lo contrario por escrito presentado al tribunal, la parte reveladora deberá hacer una lista de los documentos cuya existencia le conste que estén comprendidos en el ámbito de la divulgación estándar y que estén o hayan estado bajo su control.

Este sistema de revelación de documentos basado en búsquedas previas es criticado por SIME<sup>60</sup>, dado el alto costo de la divulgación basada en búsquedas, el tiempo que supone, el volumen que se revela y el rango limitado de casos en que esos documentos revelados son significativos o relevantes. Por ello, entiende que la búsqueda debería ir dirigida por alguna norma u orden del tribunal.

Merece especial atención tratar las especialidades del alcance de la búsqueda razonable de documentos electrónicos.

Partiendo de la base que el objetivo primordial debe ser tratar el caso de forma proporcionada, la *Practice Direction 31B CPR*, en su Parte 20 a 27, nos define dicho alcance.

Así pues, en primer lugar, la norma nos ofrece un listado *numerus apertus* de los factores que pueden ser relevantes para decidir la razonabilidad de una búsqueda de documentos

---

<sup>59</sup> Para las CPR, la aplicación del principio de proporcionalidad ayuda a alcanzar el objetivo primordial de las CPR y permite que el tribunal se ocupe de los casos de manera justa y con un costo razonable [Parte 1.1(1-2)].

<sup>60</sup> SIME, «Proportionality and Search-based Disclosure», en HIGGINS (dir.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 161-179. El autor habla de una nueva «divulgación estándar» dirigida por el tribunal o alguna norma. ¿Cómo conseguirlo? Eliminando el requisito de la búsqueda universal (31.7), siendo suficiente con la referencia a los documentos que sostengan la pretensión de la parte y los adversos. La clave está en la delimitación establecida por la PD57AD en relación con la divulgación inicial, relativa a la divulgación de los documentos que sostienen la pretensión de la parte, los que delimitan el contexto de la controversia y, en una segunda fase, los adversos. En esta línea, la nueva divulgación estándar, entiende que debe realizarse en una segunda etapa y sólo está disponible con una orden judicial, con uso de los Modelos preestablecidos. Y después del proceso anterior, si fuese necesario, podría justificarse una divulgación basada en la búsqueda en el ámbito de las concretas circunstancias del caso, pero sólo entonces. Así, señala que: «*The result ought to be a simplified, more certain, and cost effective disclosure system, that is fit for the modern digital world*».

electrónicos y que incluye: 1) el número de documentos implicados; 2) la naturaleza y complejidad del procedimiento; 3) la disponibilidad de documentos de otras fuentes; 4) la importancia de cualquier documento que pueda ser localizado durante la búsqueda; y 5) la facilidad y el coste de recuperación de un documento concreto, lo que incluye: a) la accesibilidad de los documentos electrónicos, incluidas las comunicaciones por correo electrónico en los sistemas informáticos, servidores, sistemas de copia de seguridad y otros dispositivos o medios electrónicos que puedan contener dichos documentos, teniendo en cuenta las alteraciones o la evolución de los sistemas de *hardware* o *software*<sup>61</sup> utilizados por la parte reveladora y/o disponibles para permitir el acceso a dichos documentos; b) la ubicación de los documentos electrónicos pertinentes, los datos, los sistemas informáticos, los servidores, los sistemas de copia de seguridad y otros dispositivos o soportes electrónicos que puedan contener dichos documentos; c) la probabilidad de localizar datos relevantes; d) el coste de recuperación de los documentos electrónicos; e) el coste de divulgar y facilitar la inspección de cualquier documento electrónico relevante, y f) la probabilidad de que los documentos electrónicos sean alterados materialmente en el curso de la recuperación, divulgación o inspección.

En segundo lugar, se deberá estar al caso concreto, porque dependiendo de las circunstancias, puede ser razonable buscar en todos los sistemas de almacenamiento electrónico de las partes o buscar sólo en parte de esos sistemas<sup>62</sup>.

En tercer lugar, deberá valorarse realizar la divulgación por etapas, esto es, realizar una búsqueda y divulgación iniciales de categorías limitadas de documentos y, en función de los resultados obtenidos, ampliar o limitar la búsqueda.

En cuarto y último lugar, se prevén las búsquedas automatizadas y por palabras clave<sup>63</sup> cuando una revisión completa de todos y cada uno de los documentos se entienda que no sería razonable. Sin embargo, también augura que una búsqueda en tales términos puede ser insuficiente, porque puede dar lugar a que no se encuentren documentos importantes que deban divulgarse y/o puede encontrar una cantidad excesiva de documentos irrelevantes que, de ser revelados, supondrían una carga excesiva en tiempo y costes para la parte a la cual se revelan.

Por ello, las partes deben considerar la posibilidad de complementar las búsquedas automatizadas<sup>64</sup> y por palabras clave, con otras técnicas, como por ejemplo la revisión individual de determinados documentos o categorías de documentos u otras medidas que justifiquen la selección realizada.

---

<sup>61</sup> HIGGINS/LEVY/LIENART, «The Bright but Modest Potential of Algorithms in the Courtroom», en RABEEA/HIGGINS, (eds.), *Principles, Procedure and Justice*, Oxford University Press, 2020, p. 116, quienes destacan que hay un uso de *software*, cada vez más generalizado, en el descubrimiento de documentos, pues son mucho más baratos y rápidos.

<sup>62</sup> La propia norma da ejemplos: puede ser razonable decidir si buscar o no documentos que hayan surgido antes de una fecha determinada, o limitar la búsqueda a los documentos de un lugar o lugares concretos, o a los documentos que pertenezcan a una determinada categoría, etc. [Parte 22 *Practice Direction* 31B CPR].

<sup>63</sup> Es la búsqueda de palabras en el texto de un documento electrónico, asistida por un *software* [Parte 5(6) *Practice Direction* 31B CPR].

<sup>64</sup> A mayor abundamiento, véase ZHANG y otros, «YOLO-table: disclosure document table detection with involution», en *International Journal on Document Analysis and Recognition*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s10032-022-00400-z> (fecha última consulta: 03.01.23).

### c. *Cómo divulgar*

Hasta este punto, hemos analizado qué es la divulgación, qué clases de divulgación existen y en qué consiste el deber de búsqueda en que se basa la divulgación. Veamos ahora cómo debe procederse a la divulgación, distinguiendo entre la divulgación estándar y la específica.

#### i. *Divulgación estándar*

Cuando se trata de una divulgación estándar, las partes deben ceñirse al dictado de la ley, realizando un listado y una declaración de divulgación, aunque tienen la facultad legal de acordar por escrito divulgar documentos sin hacer esa lista y/o divulgar documentos sin que la parte que los divulgue haga una declaración de divulgación.

Revisemos a continuación, cómo regula la ley el modo de realizar una divulgación estándar.

En primer lugar, cada parte deberá realizar y trasladar al resto de partes un escrito listando los documentos incluíbles en la divulgación estándar, haciéndolo de forma ordenada, lógica y concisa<sup>65</sup>. La *Practice Direction 31A* prevé que normalmente será necesario enumerar los documentos por orden de fecha, numerados consecutivamente y dando a cada uno una descripción concisa<sup>66</sup>. Y en los casos en que haya un gran número de documentos que pertenezcan a una determinada categoría se podrán enumerar como una categoría en lugar de hacerlo individualmente<sup>67</sup>.

Por otro lado, la *Practice Direction 31B*<sup>68</sup> establece especialidades en relación con las listas de documentos electrónicos<sup>69</sup>. Así pues, debemos tener en cuenta las siguientes especialidades: 1) Las partes pueden acordar que una lista de documentos sea un archivo electrónico en formato .csv<sup>70</sup>; 2) Los documentos pueden enumerarse en un orden distinto al de la fecha cuando resulte más conveniente un orden diferente; 3) Salvo acuerdo en contrario, los documentos deben enumerarse individualmente si la parte posee datos que lo hagan posible (por ejemplo, el tipo de documento o la fecha de creación); 4) Las partes deben ser coherentes en la forma de enumerar los documentos; 5) Los títulos de las columnas deben repetirse en cada página de la lista en la que se enumeran los documentos, cuando el programa informático utilizado para la

<sup>65</sup> Las partes disponen de formularios prácticos para poder realizar estos listados. La *Practice Direction 31A*, en su Parte 3.1, establece el uso del formulario N265, Form N265: Make a standard disclosure of documents to the court - GOV.UK ([www.gov.uk](http://www.gov.uk)) (fecha última consulta: 02.01.23).

<sup>66</sup> La misma *Practice Direction 31A* CPR, nos da un ejemplo de descripción concisa en su Parte 3.2: «carta del demandante al demandado».

<sup>67</sup> El ejemplo dado por la Parte 3.2 de la *Practice Direction 31A* CPR es: «50 extractos bancarios relativos a la cuenta número XX, de (fecha) a (fecha); o 35 cartas enviadas de X a Y entre (fecha) y (fecha)».

<sup>68</sup> Véase la Parte 30 *Practice Direction 31B* CPR y la Parte 31 para las disposiciones relativas al suministro de datos de divulgación en formato electrónico, que establece que: 1) los datos de divulgación deben exponerse en un cuadro u hoja de cálculo único y continuo, en el que cada columna separada contenga exclusivamente un dato de divulgación (número de la lista, fecha, tipo de documento, autor/remitente, beneficiario o número de lista de un documento matriz); 2) si no hay datos de divulgación relevantes, debe dejarse el espacio en blanco; 3) las fechas deben figurar en forma alfanumérica «01 Ene 2010»; y 4) los datos de divulgación deben establecerse de forma coherente.

<sup>69</sup> Véase también ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 739-743. El autor analiza las consecuencias de la falta de cooperación entre los abogados de las partes, en materia de divulgación de documentos electrónicos, remitiéndose al caso *Digicel (St. Lucia) Ltd vs Cable & Wireless Plc*.

<sup>70</sup> Valores separados por comas.

elaboración de la lista permita hacerlo automáticamente; y 6) El número de la lista de divulgación utilizado en cualquier lista suplementaria de documentos debe ser único y debe ser secuencial a partir del último número utilizado en la anterior lista.

La lista a la que nos venimos refiriendo, también deberá indicar los documentos respecto de los cuales la parte alega un derecho o un deber de no consulta o retención de su inspección -de todo el documento o de una parte de éste- y los motivos por los cuales reclama ese derecho o deber<sup>71</sup>, así como los documentos que ya no estén bajo su control y el porqué.

Y, en segundo lugar, deberá incluir en su escrito, una declaración de divulgación<sup>72</sup>, que es una manifestación de la parte que divulga los documentos exponiendo, primeramente, el alcance de la búsqueda que ha realizado para localizar los documentos que debe revelar<sup>73</sup> y certificando, a continuación, que comprende el significado y repercusión de la obligación de divulgar, y que, a su leal saber y entender, ha cumplido con esa obligación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si la parte que realiza la declaración de divulgación es una empresa, sociedad, asociación u otra organización, debe identificar a la persona que hace la declaración y explicar el motivo por el cual se considera adecuada para realizar la declaración. La identificación de la persona que hace la declaración incluirá su nombre y apellidos, dirección y cargo o posición que ocupa en la empresa que divulga, o el título o poder que le otorga la facultad para poder realizar la declaración en nombre de la empresa.

En los supuestos en que la parte reveladora actúe mediante un representante legal<sup>74</sup>, éste deberá garantizar que la persona que hace la declaración de revelación entiende el significado y repercusión del deber de revelación.

Es más, la norma procesal destaca la obligación de que estas declaraciones se ciñan a la verdad, hasta el punto de que realizar una declaración falsa, sin creer honestamente en su veracidad, u ordenar a otra persona que mienta o no se ajuste a la realidad, puede suponer la incoación de un procedimiento judicial por desacato al tribunal<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> La *Practice Direction 31A CPR*, en su Parte 4.6 establece que esa alegación de retención también deberá incluirse, normalmente, en la declaración de divulgación, indicando el documento o la parte de un documento a retener.

<sup>72</sup> La *Practice Direction 31A CPR*, en su Anexo titulado *Disclosure Statement*, proporciona el formulario de la declaración de divulgación, *PRACTICE DIRECTION 31A – DISCLOSURE AND INSPECTION - Civil Procedure Rules* (justice.gov.uk) (fecha última consulta: 02.01.23). A mayor abundamiento, véase DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, 2014, p. 112.

<sup>73</sup> La *Practice Direction 31A*, en su Parte 4.2, establece que la declaración de divulgación debe declarar expresamente que la parte que divulga considera que el alcance de la búsqueda ha sido razonable en todas las circunstancias y, al exponer ese alcance, debe resaltar cualquier limitación particular que haya adoptado por razones de proporcionalidad y exponer sus razones, como por ejemplo la dificultad o el gasto que habría supuesto una búsqueda no sujeta a dichas limitaciones o la relevancia marginal de las categorías de documentos omitidos en la búsqueda.

<sup>74</sup> Por ejemplo, un asegurador o la Oficina de Aseguradores de Automóviles puede firmar una declaración en nombre de una parte, cuando estos tengan un interés financiero en el resultado del procedimiento (Parte 4.7 de la *Practice Direction 31A CPR*).

<sup>75</sup> Véase la Parte 31.23 CPR y a la Parte 8 *Practice Direction 31A CPR*. El procedimiento a seguir en casos de desacato al tribunal viene regulado en la Parte 81 CPR.

## ii. *Divulgación específica*

En virtud de la Parte 31.10 CPR, en la divulgación específica, la parte debe revelar la información en la forma indicada en la orden judicial.

Aunque en las normas generales de la CPR no se hace ninguna otra mención a la divulgación específica, la *Practice Direction 31A*, en su Parte 5, sí establece determinadas normas al respecto.

En primer lugar, la parte interesada deberá dirigir una solicitud motivada al tribunal, especificando su pretensión y aportando las pruebas que amparen su petición.

En segundo lugar, el tribunal deberá tener en cuenta todas las circunstancias del caso y, en particular, el objetivo primordial de la divulgación de información, a la hora de resolver las peticiones de divulgación específica. Y si considerase que la persona a quien se ha dirigido la solicitud no ha cumplido adecuadamente el requerimiento de la divulgación específica, podría dictar la orden oportuna para garantizar que la revelación se realice convenientemente.

Por consiguiente, la resolución judicial que resuelva la petición de divulgación específica podrá acordar (1) que una parte realice una búsqueda de cualquier documento del que se pueda suponer, razonablemente, que puede contener información que pueda permitir a la parte que solicita la divulgación, avanzar en su propio caso o perjudicar al de la parte que divulga, o conducir a una línea de investigación que tenga alguna de esas consecuencias; y (2) también podrá acordar que una parte divulgue los documentos encontrados como resultado de esa búsqueda.

## d. *Límites de la divulgación*

El derecho o deber de divulgación no es absoluto<sup>76</sup>, por ello, podrá limitarse la revelación de documentos cuando se considere que podría afectar negativamente al interés público y, así mismo, podrá limitarse el uso de los documentos divulgados. Dos supuestos previstos legalmente, que analizaremos a continuación de forma más detallada<sup>77</sup>.

Por una parte, si una persona considera que la divulgación de un documento puede perjudicar el interés público y no existe norma jurídica que lo regule, puede solicitar del tribunal una orden que le permita no divulgar su existencia, presentando la prueba correspondiente que respalde su pretensión de no divulgación. No se dará traslado de esa solicitud al resto de partes y la orden que se dicte no será notificada a las demás partes del procedimiento<sup>78</sup>. Recibida la

<sup>76</sup> ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 743-756, identifica otros supuestos en que el tribunal podrá limitar la disclosure para proteger otros intereses, tales como los reconocidos por una ley o estatuto, por el ECHR o por la moral popular.

<sup>77</sup> Aparte de los supuestos previstos legalmente, la doctrina científica ha venido refiriéndose a la posibilidad de no revelar documentación que pudiese auto incriminar a la persona que está obligada a divulgar. A ello se ha referido GALIC, «Disclosure of documents in civil procedure: the privilege against self-incrimination or a quest for procedural fairness and substantive justice», en VAN RHEE/UZELAC (Eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 33-52.

<sup>78</sup> Véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 778-779. También Parte 31.19(1,2,6,7,8) CPR.

solicitud de no divulgación, el tribunal podrá requerir al solicitante para que presente dicho documento en sede judicial y/o podrá dar audiencia al respecto a cualquier persona, sea o no parte del procedimiento.

Por otra parte, la norma general impone que la parte a la que se le haya divulgado un documento sólo podrá utilizarlo en el procedimiento judicial en el cual haya sido revelado<sup>79</sup>.

La doctrina científica difiere de esta obligación, cuestionando su fundamentación, pues considera que en realidad lo que se pretende es mantener el control del tribunal sobre el procedimiento de la *disclosure* y no proteger la confidencialidad e intereses en la divulgación de documentos, siendo que la norma se ha excedido de sus propios límites<sup>80</sup>.

Ahora bien, podría dársele un uso más allá del procedimiento judicial en concreto<sup>81</sup>, siempre y cuando la parte que divulgó el documento y la persona a la que pertenezca ese documento lo consintieran, o si el documento hubiese sido leído al tribunal o por el tribunal o se hubiesen referido a él en una audiencia pública y el tribunal autorizara el uso posterior de esos documentos divulgados.

Sin embargo, las partes o cualquier propietario de un documento divulgado pueden solicitar del tribunal que dicte una resolución para restringir o prohibir su uso.

*e. Órdenes de divulgación contra una persona que no es parte del procedimiento*

La orden de divulgación de documentos puede dirigirse a personas que no son parte de un procedimiento judicial<sup>82</sup>.

En este supuesto, el solicitante de la medida deberá justificar su pretensión con pruebas de que los documentos, cuya divulgación solicita, pueden secundar la posición del solicitante o afectar negativamente a la posición de la parte contraria.

El tribunal podrá dirigir la orden de divulgación contra el tercero, siempre que el solicitante haya cumplido con su deber probatorio y el órgano judicial entienda que la divulgación es

<sup>79</sup> A mayor concreción, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 780-797. También Parte 31.22 CPR.

<sup>80</sup> A ello se ha referido ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 789-793. También GIBBONS, *Subsequent use of documents disclosed in civil proceedings*, tesis dirigida por Zuckerman/Tapper (dirs.), 2002, p. 352, donde resume la fundamentación de su crítica.

<sup>81</sup> ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, p. 784, se refiere a la posibilidad de que la parte interesada en usar el documento divulgado en un procedimiento, solicite la «*disclosure* de testigos» a través de la Parte 34.2 CPR en otro procedimiento, o la *disclosure* de una persona no parte del procedimiento, a través de la Parte 31.17 CPR, aunque ambas vías podrían ser consideradas abuso de proceso por el tribunal.

<sup>82</sup> La solicitud de divulgación contra una persona que no es parte del procedimiento se permite en virtud de la sección 34 de la *Supreme Court Act* de 1981 (c.54) o de la sección 52 de la *County Courts Act* de 1984 (c.28). Véase también la Parte 31.17 CPR y la Parte 31.10(9) CPR. CERRATO GURI, *Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, 2021, p. 14, entiende que estamos ante una regulación muy garantista, que permite la incorporación al proceso de todos los elementos probatorios (en este caso refiriéndose a los documentos que están en posesión de terceros), y que ello se desprende de los *overriding principles* establecidos por la Parte 1.1 CPR. A mayor concreción, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 764-778 y DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, pp. 114-115.

necesaria para resolver equitativamente la demanda o para ahorrar costes. En ese caso, especificará los documentos o clases de documentos que el solicitado debe revelar, pudiendo incluso determinar la hora y el lugar para la divulgación e inspección.

El solicitado no parte del procedimiento al tiempo de divulgar los documentos deberá indicar cuáles ya no están bajo su control y el porqué, y si reclama algún derecho o deber de retener la inspección respecto de alguno de los documentos. Por otro lado, sólo deberá realizar la declaración de divulgación si una *Practice Direction* así lo previera<sup>85</sup>.

### 2.3. Inspección y sus límites

La inspección de un documento implica el derecho que tiene la parte a examinarlo y, en su caso, a obtener una copia<sup>84</sup>.

Así pues, en primer lugar, las partes podrán inspeccionar los documentos divulgados. Acertadamente, ZUCKERMAN<sup>85</sup> matiza que sólo podrán inspeccionarse aquellos documentos divulgados y que en aquel momento estén en posesión o bajo el control de la parte divulgadora. Para ello, una vez divulgado un documento, la parte a la cual se le haya revelado y quiera inspeccionarlo deberá comunicarlo por escrito, a la parte que lo divulgó, y ésta última deberá permitir la inspección en un plazo máximo de 7 días desde la fecha de recepción de la comunicación. Si la parte interesada en el documento se compromete a asumir los costes razonables de la copia, la parte que lo haya divulgado deberá proporcionarle dicha copia en un plazo máximo de 7 días desde la recepción de la solicitud de la copia.

Y, en segundo lugar, en la Parte 31.14 CPR, se prevé la inspección de documentos que hayan sido mencionados en una audiencia de exposición del caso<sup>86</sup>, una declaración de testigos, un resumen de testigos, una declaración jurada o un informe pericial<sup>87</sup> (en este último caso, siempre y cuando no hubiesen sido divulgados con anterioridad en el procedimiento).

---

<sup>85</sup> CERRATO GURI, *Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, p. 10. La autora destaca que el deber de divulgación de terceros es similar al de las partes, pero con una carga más limitada. El supuesto habitual de aplicación de esta figura será cuando el documento revelado ya no esté en posesión o alcance de la parte reveladora y comunique que está en posesión de un tercero. Entonces, la parte interesada podrá requerir directamente al tercero la entrega de una copia del documento para su examen y, ante la negativa de éste, aplicaría la solicitud a través del órgano judicial.

<sup>84</sup> Véase la Parte 31.15 CPR.

<sup>85</sup> ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, p. 731.

<sup>86</sup> En este sentido se pronuncia ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, p. 732. Sin embargo, el autor entiende que no elimina el privilegio legal profesional, pues mencionar un documento no equivale directamente a renunciar a su confidencialidad o derecho a no ser examinado.

A mayor abundamiento, vid. HOYLE, «Don't mention it: the increasing scope of documents obtainable under CPR r31.14: Scipharm Sarl v Moorfields Eye Hospital NHS Trust [2021] EWHC 2079», en *CJQ*, Vol. 41 (1), 2022, pp. 1-5. Este autor analiza el caso judicial en que el tribunal ordenó la inspección de unas notas de asistencia, tomadas durante una entrevista con un testigo, sobre la base de que fueron mencionadas en una declaración de testigo. No se hizo referencia a estas notas en la declaración del testigo ante el juez, pero el tribunal infirió que tales notas fueron utilizadas en su redacción dado el tiempo transcurrido entre la entrevista y la redacción de la declaración. La crítica se centra en que esta decisión judicial sugiere que una parte puede intentar obtener cualquier documento que haya sido utilizado en el proceso de preparación de una declaración de testigo, exposición del caso o informe pericial, no siendo este el objetivo de la norma.

<sup>87</sup> Al respecto, debe estarse al contenido de la Parte 35.10(4) CPR, que establece que el tribunal no podrá ordenar la divulgación de ningún documento específico derivado de las instrucciones materiales, orales o escritas, en base a las cuales se haya redactado el informe.

Si una parte desea examinar los documentos a los que se refiere el informe pericial de otra parte, antes de presentar una solicitud al tribunal, deberá dirigir una petición informal a esa parte y, siempre que sea razonable, deberán llegar a un acuerdo para facilitar su examen.

Así mismo, si fuese necesario presentar una solicitud al tribunal, cuando el informe pericial se refiera a un gran número o volumen de documentos y resultase gravoso copiarlos o cotejarlos, el órgano judicial sólo acordará su inspección si considera que es necesaria para la resolución del procedimiento y la parte no puede obtener los documentos, de forma razonable, de otra fuente<sup>88</sup>.

Por otro lado, de nuevo se han regulado especialidades para la inspección de documentos electrónicos. Al respecto, son de destacar tres cuestiones. La primera es que las partes deberán proporcionar, junto con el original, cualquier versión OCR<sup>89</sup> consultable de los documentos electrónicos, a no ser que se haya optado por la redacción del documento. La segunda es que, si la parte que proporciona copias en formato electrónico del documento divulgado quiere redactar o modificar ese documento, deberá informar a las demás partes y deberá conservar la versión original para su posible inspección en caso de ser necesario<sup>90</sup>. Y la tercera es que si el mejor acceso a los documentos electrónicos implica la utilización de una tecnología que no está fácilmente disponible para la parte con derecho a su inspección, si lo requiriera, la parte que realiza la divulgación debería poner a su disposición las facilidades adicionales, que razonablemente fuesen apropiadas para permitir la inspección del documento<sup>91</sup>.

El derecho de inspección no es absoluto y, por lo tanto, podemos hablar de límites o excepciones al examen de los documentos<sup>92</sup>.

En este sentido, la parte a la que se le ha revelado un documento no podrá inspeccionarlo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: primera, que el documento ya no esté bajo el control de la parte que lo divulgó; segunda, que la parte que divulgue el documento tenga un derecho o deber de no permitir la inspección; y tercera, que la parte que lo divulgó considere que su inspección sería desproporcionada, para el caso en concreto, al entender que excede de lo que sería la divulgación estándar. En este último supuesto, la parte que se acoge a la no inspección deberá haber indicado en su declaración de divulgación que no permitirá la inspección de ese documento, por considerarlo desproporcionado y la parte interesada en su examen podrá solicitar del tribunal que dicte una orden de inspección específica<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Partes 7.1 y 7.2 *Practice Direction* 31A.

<sup>89</sup> OCR o reconocimiento óptico de caracteres es el reconocimiento facilitado por ordenador de caracteres de texto impresos o escritos en una imagen electrónica en la que los contenidos basados en el texto no pueden ser buscados electrónicamente [Parte 5(9) *Practice Direction* 31B CPR]. Si se facilitan versiones OCR, éstas se proporcionan «tal cual», sin garantizar a la otra parte que sea una versión completa o precisa [Parte 34 *Practice Direction* 31B CPR].

<sup>90</sup> Esta especialidad no aplica cuando la única modificación realizada en los metadatos del documento es resultado del proceso ordinario de copia y/o acceso al documento [Parte 35(2) *Practice Direction* 31B CPR].

<sup>91</sup> Véase la Parte 36 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>92</sup> Véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 780-797.

<sup>93</sup> La Parte 31.12 apartado 3 de la CPR define la inspección específica como aquella orden que permite la inspección de un documento sobre el cual se ha declarado que no se permitirá su inspección, por considerarse que sería desproporcionado. Véase también la Parte 31.3 CPR.

La alegación del derecho o deber de retención de la consulta de un documento, o de una parte de éste, no requiere de una solicitud expresa al tribunal, sino que se hará constar en la lista de divulgación de documentos o, si no la hubiera, se comunicará por escrito a la persona que quiera consultar el documento. Eso sí, se hará constar siempre de forma motivada<sup>94</sup>.

Hecha la alegación de no inspección, si alguna parte no estuviera conforme deberá manifestarlo justificando sus razones con las pruebas pertinentes y el tribunal deberá resolver. A tal efecto, el tribunal podrá requerir a la persona que pretende retener la inspección para que presente el documento concreto al tribunal y podrá dar audiencia a cualquier persona, sea o no parte, para que presente alegaciones.

Y, por último, debemos referirnos a un límite en relación con la inspección de documentos que tengan el carácter de privilegiados: si se permitiera su examen por error, se necesitaría autorización judicial para su uso en el procedimiento<sup>95</sup>.

### 3. Finalidad

Llegados a este punto, no es difícil colegir la finalidad u objetivo principal de la *disclosure*, que es identificar y poner a disposición de las otras partes, los documentos que son relevantes para las cuestiones controvertidas del conflicto para, según el articulado de las CPR, lograr una resolución de la disputa lo más justa posible.

Esa resolución justa pasará por la aplicación de los principios de proporcionalidad<sup>96</sup> y razonabilidad. Proporcionalidad en el alcance de la divulgación de documentos y en su inspección<sup>97</sup>, así como en los costes que genera<sup>98</sup>, y razonabilidad en el esfuerzo a realizar para

---

<sup>94</sup> A ello se refiere la Parte 31.19(3-8) CPR y la Parte 6.1 *Practice Direction* 31A CPR.

<sup>95</sup> HOLLANDER, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, pp. 155-159. Destaca la crítica hecha por Andrew Higgins y otros sobre las reglas en relación a la revelación inadvertida de documentos privilegiados, por el hecho de que puede suponer un beneficio inesperado para la parte que recibe el documento, la regulación que sostiene que sólo se puede recuperar un documento privilegiado divulgado por error, cuando el solicitante que lo recibe sabe o debería haber sabido de forma razonable, que no debería.

También, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 797-802 y la Parte 31.20 CPR.

<sup>96</sup> Sobre este principio, véase UZELAC, «Evidence and the principle of proportionality. How to get rid of expensive and time-consuming evidence?», en VAN RHEE/UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, 2015, pp. 33-52. El autor, tras el análisis de la normativa europea, se centra en el procedimiento civil de Croacia, pero resalta esa necesidad de reducir costes y tiempo de búsqueda.

También, SIME, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 161. La necesidad que los costos sean proporcionales fue agregada, como objetivo primordial, por la reforma del procedimiento civil en el 2013 (SI 2013/262).

<sup>97</sup> ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 737-738. Sobre la limitación de la inspección por motivos de volumen y la posibilidad de limitarla a determinados documentos o clases de documentos.

<sup>98</sup> Véase HIGGINS, « Open Door Disclosure in Civil Litigation », en *The international journal of evidence & proof*, Vol. 16 (3), 2012, pp. 298-322. El autor destaca tres conceptos directamente relacionados con la *disclosure*: exactitud, tiempo y costes. Propone un sistema de divulgación en que en un primer momento las partes «abren las puertas a la otra parte» y después, en un segundo momento, sería cuando cada parte

llevar a cabo la búsqueda de documentos y en la justificación de esa solicitud de revelación de documentos. Además, ZUCKERMAN<sup>99</sup> introduce una nueva dimensión de la justicia, que es el tiempo, usando el aforismo legal de «justicia retrasada, justicia denegada», por lo que también será muy importante que la controversia pueda resolverse en un tiempo razonable.

Para lograr la efectividad de esos principios, se tendrán en cuenta factores objetivos y otros de carácter personal, tales como la naturaleza y la complejidad de las cuestiones del procedimiento, la importancia del caso (incluida cualquier reparación no monetaria solicitada), la probabilidad de que existan documentos que tengan valor probatorio para apoyar o desvirtuar la demanda o la defensa de la parte, el número de documentos implicados, la facilidad y el coste de la búsqueda y recuperación de cualquier documento concreto, la situación financiera de cada parte y la necesidad de garantizar que el caso se trate de forma rápida, justa y con un coste proporcionado.

Además, ese intercambio de información sobre el conflicto existente llevará a las partes a poder comprender la posición de la otra parte, tomar decisiones sobre cómo proceder y tratar de resolver el conflicto sin necesidad de llegar a un procedimiento judicial, por ejemplo, a través de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, lo cual, a su vez, puede suponer la reducción de los costes<sup>100</sup> de la resolución de la controversia.

Aparte de la finalidad de la propia institución de la *disclosure*, veremos en el siguiente epígrafe cómo el procedimiento regulado por las CPR espera de las partes del proceso que cooperen entre sí y ayuden al tribunal, para que el alcance de la divulgación pueda ser acordada de la forma más práctica y eficiente posible. Así, en la última reforma de las CPR en materia de *disclosure* en los tribunales de comercio y propiedad, se han previsto una serie de Modelos de Divulgación que se relacionan directamente con los aspectos a divulgar, para conseguir la simplificación de la revelación de documentos.

En definitiva, se pretende que las partes identifiquen, reduzcan y, en su caso, resuelvan las cuestiones conflictivas de ámbito jurídico, fáctico y/o pericial.

#### 4. Procedimiento

Una vez establecido el concepto y finalidad de la *disclosure*, es hora de examinar en qué momentos de la controversia se ha previsto la revelación e inspección de documentos. Las

---

revisaría los archivos del oponente en búsqueda de los documentos relevantes. El objetivo de todo ello es promover la eficiencia, porque la decisión del alcance de la búsqueda se dejaría en manos de las partes.

<sup>99</sup> ZUCKERMAN, «Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, N° 3, 1994, pp. 353-387. Se refiere a ello en el contexto del procedimiento interlocutorio, pero es extrapolable al sistema de justicia civil en general. Zuckerman habla de la posibilidad de sacrificar algo de calidad. Entiende que siempre hay un margen, para conseguir juicios más oportunos, resueltos en un tiempo más razonable, y menos costosos.

<sup>100</sup> SIME, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 161, recalca que conseguir justicia a un precio proporcionado es uno de los retos de las normas de procedimiento civil. Y refiriéndose al Informe Final de Lord Woolf, observa que el único camino para limitar los costes de un litigio es limitar la cantidad de trabajo de los abogados del caso. Y aquí entra en juego la divulgación de documentos en la era digital, que significa un incremento de trabajo identificando, categorizando, escuchando, examinando y analizando documentos, lo cual supone un incremento de sus honorarios y costes del procedimiento, a veces a niveles desproporcionados.

partes en conflicto tendrán hasta tres ocasiones para solicitar la *disclosure*: en la *pre-action conduct*, en la *pre-action disclosure* y en el seno de un procedimiento judicial.

#### 4.1. Pre-action conduct

En virtud de la *Practice Direction: pre-action conduct and protocol*, antes de iniciar un procedimiento judicial, las partes deben intercambiar correspondencia e información para cumplir con los objetivos que anunciábamos anteriormente, esto es, para poder comprender la posición de la otra parte, tomar decisiones sobre cómo proceder, tratar de resolver el conflicto sin necesidad de llegar a un procedimiento judicial, considerar la posibilidad de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de conflictos<sup>101</sup> e intentar reducir los costes de la resolución de la controversia<sup>102</sup>.

Es importante esta colaboración entre las partes antes de iniciar un procedimiento judicial y su carácter obligatorio, porque supondrá el uso residual de la *pre-action disclosure*<sup>103</sup>, que veremos en el siguiente epígrafe.

El cumplimiento de esta *Practice Direction: pre-action conduct and protocol* es obligatorio puesto que, si la controversia llega al órgano judicial, el tribunal verificará en qué medida las partes han cumplido con lo esencial de esta norma<sup>104</sup>, hasta el punto en que lo tendrá en cuenta al dar instrucciones para la gestión del procedimiento y al resolver sobre la imposición de las costas y su cuantía<sup>105</sup>. En consecuencia, ante un incumplimiento, el tribunal podrá imponer sanciones<sup>106</sup>, suspender el procedimiento mientras se toman medidas concretas para el cumplimiento de la *Practice Direction: pre-action conduct*, o eximir a las partes de la obligación de cumplir<sup>107</sup>.

---

<sup>101</sup> Las partes pueden negociar para resolver una disputa o pueden utilizar una forma de ADR, incluyendo: a) mediación, b) arbitraje, c) una evaluación neutral de tercero que dé una opinión informada, o d) sistema de defensores del pueblo.

<sup>102</sup> Parte 6 *Practice Direction: pre-action conduct and protocol*.

<sup>103</sup> En este sentido se pronuncia CASANOVA MARTÍ, en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, 2021, pp. 143-156.

<sup>104</sup> La Parte 14 *Practice Direction: pre-action conduct* dispone cuándo el tribunal podrá entender que ha habido incumplimiento: cuando la parte no ha actuado dentro del plazo establecido o dentro de un período razonable, cuando no ha proporcionado suficiente información para permitir el cumplimiento de los objetivos de la *pre-action*, o cuando se haya negado injustificadamente a utilizar un sistema ADR o no haya respondido a una invitación a hacerlo.

<sup>105</sup> Estese a lo dispuesto en la Parte 3.1(4) a (6) CPR, que establece que cuando el tribunal dé instrucciones, tendrá en cuenta si las partes han cumplido o no con la *Practice Direction: pre-action conduct* y podrá imponer el pago de una suma de dinero, ante un incumplimiento sin justa causa. Así mismo, la Parte 44.4(3)(a) CPR establece que el tribunal tendrá en cuenta la conducta de todas las partes antes y durante el procedimiento, así como los esfuerzos realizados antes y durante el procedimiento para tratar de resolver la controversia.

<sup>106</sup> La Parte 16 de la *Practice Direction: pre-action conduct* regula estas sanciones, que pueden consistir en la condena de la parte incumplidora: al pago de las costas del procedimiento o de una parte de las costas de la parte contraria; al pago de las costas con carácter indemnizatorio; a la privación de los intereses o a la concesión de intereses a un tipo inferior al que habría correspondido (si el incumplimiento deviniera del demandante); o la concesión de intereses a un tipo más alto del que habría correspondido, sin exceder del 10% por encima del tipo básico (si el incumplimiento deviniera del demandado).

<sup>107</sup> Partes 13-15 *Practice Direction: pre-action conduct*.

Por ello, si se presentara una demanda al órgano judicial para cumplir con el plazo legal de prescripción, sin haber seguido previamente los pasos de esta *Practice Direction*, las partes deberían solicitar al tribunal la suspensión del procedimiento para cumplir con este trámite<sup>108</sup>.

Entrando ya en el procedimiento a seguir para dar cumplimiento a esta norma, siempre bajo el principio de proporcionalidad, examinaremos los tres simples pasos que tendrán que seguir las partes.

En primer lugar, el demandante deberá escribir al demandado, dándole a conocer su reclamación de forma detallada, especificando la base sobre la que reclama, un resumen de los hechos, su pretensión y, si fuese una cantidad de dinero, cómo se calcula el montante reclamado.

En segundo lugar, el demandado tendrá que responder en un plazo razonable. La norma entiende que este plazo razonable será de 14 días en los casos sencillos y no podrá superar los 3 meses en los casos complejos. Su respuesta expresará si acepta o no la reclamación y, en caso negativo, los motivos, junto con una explicación de los hechos y de los puntos de la reclamación que impugna. Así mismo, podrá reconvenir, si lo considera necesario.

Y, en tercer lugar, las partes divulgarán los documentos clave que sean relevantes para las cuestiones controvertidas.

Si llegados a este punto, las partes no han podido resolver el conflicto, deben revisar sus respectivas posiciones y examinar los documentos y las pruebas, con el fin de intentar evitar la incoación de un procedimiento judicial o, al menos, tratar de reducir el número de cuestiones controvertidas<sup>109</sup>.

A este fin, si las partes consideraran la necesidad de recurrir a una prueba pericial o al asesoramiento de un experto, solicitarán la correspondiente autorización judicial<sup>110</sup> y, si la reclamación fuera de escasa cuantía, deberían considerar la posibilidad de recurrir a un único perito instruido conjuntamente por las partes, con los costes compartidos a partes iguales<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> Así pues, constatamos cómo los protocolos previos a ejercitar la acción no interrumpen el plazo de prescripción (Parte 17 *Practice Direction: pre-action conduct*).

<sup>109</sup> Parte 12 *Practice Direction: pre-action conduct*.

<sup>110</sup> LIGERTWOOD, Nota del Editor, «Disclosure of Expert Reports», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, julio 2005, p. 293. Una de las reformas operadas por las CPR 1998 fue con relación a los peritos: superar la tendencia de las partes a manipular a los peritos, para satisfacer sus propios intereses y, en cualquier caso, superar esa apariencia de que los peritos son utilizados no tanto con el fin de ayudar al tribunal a determinar la verdad, sino de ayudar a las partes a reforzar su posición en el procedimiento. Destaca que una parte puede influir en la prueba pericial requiriendo a su perito que revise sus opiniones, para que el informe final sea más favorable a la parte que lo ha encargado, o también puede consultar a varios peritos hasta que recibe la opinión que le interesa, lo que se llama *expert shopping*. Por ello, el perito estará obligado a revelar sus observaciones fácticas y sus conclusiones profesionales. Para conocer más sobre este tema, véase la Parte 35 CPR.

<sup>111</sup> Véase la Parte 7 *Practice Direction: pre-action conduct* en relación con la Parte 35.4(1), (3A) y (4) CPR, que establecen que ninguna parte puede llamar a declarar a un perito o aportar un informe pericial, sin el previo permiso del tribunal, quien puede limitar los honorarios recuperables de cualquier otra parte, pues el regulador entiende que muchos litigios pueden resolverse sin el asesoramiento o las pruebas de expertos.

Es de destacar que si alguna de las partes hace alguna declaración falsa, a sabiendas de su falsedad, ya sea en los escritos que se intercambien o en algún otro documento que se prepare en previsión de un posterior procedimiento judicial, podría incurrir en desacato al tribunal<sup>112</sup>.

#### 4.2. Pre-action disclosure

Entremos ahora en el análisis de la *pre-action disclosure*. Hablamos de *pre-action disclosure* cuando una persona interesada en la divulgación de algún documento solicita al tribunal su revelación, antes del inicio del procedimiento judicial<sup>113</sup>.

Partiendo de que el trámite de la *Practice Direction: pre-action conduct* es de obligado cumplimiento, una parte podrá acceder a la *pre-action disclosure* sólo cuando no haya logrado la divulgación del documento a través del anterior trámite<sup>114</sup>.

El legislador inglés entiende que este trámite es necesario, e incluso deseable, para favorecer que la controversia se resuelva sin procedimiento, y si esto no fuera posible, para ahorrar costes y resolver de forma justa el procedimiento correspondiente posterior.

El tribunal sólo podrá ordenar la divulgación de documentos por este trámite, una vez haya recibido una solicitud motivada y siempre que entienda que, tanto el solicitante como el solicitado, es probable que sean parte en un procedimiento posterior<sup>115</sup>.

Además de estos requisitos legales, la doctrina judicial y científica<sup>116</sup> ha delimitado otras cuestiones que el tribunal deberá tener en consideración, siendo de destacar las siguientes: si las partes han sido diligentes, la sostenibilidad y fundamentación de la reclamación, la naturaleza e importancia de los documentos requeridos, las opciones del solicitante de presentar la posterior demanda sin los documentos que solicita, la posibilidad de acceder a los documentos por otras vías, y la claridad y concreción de la divulgación solicitada.

---

<sup>112</sup> Parte 2 *Practice Direction: pre-action conduct*.

<sup>113</sup> La sección 33 de la *Supreme Court Act 1981* (c.54) y la sección 52 de la *County Courts Act 1984* (c.28) permiten interesar del tribunal la divulgación de documentos, antes de que se haya iniciado el procedimiento judicial. Véase también la Parte 31.16 CPR.

<sup>114</sup> ASHFIELD, et al., *Blackstone's Civil Practice. The commentary*, 2018, p. 917, destaca que «la solicitud de relevación documental antes de iniciar el proceso judicial, precisa del cumplimiento previo de cualquier *pre-action protocol*. Solo entonces, el requirente insatisfecho podrá instar una *pre-action disclosure* ante el órgano judicial». También CASANOVA MARTÍ, en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, 2021, p. 147.

<sup>115</sup> ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 756-759, explicita en este punto que «*these are jurisdictional conditions, in the sense that a court may not make a disclosure order under this rule unless the applicant has fulfilled these conditions*». Además, el autor resalta la diferencia entre la revelación legítima y el *fishing*, que sería la búsqueda indiscriminada de información, no relacionada con el caso en cuestión.

<sup>116</sup> MATTHEWS/MALEK, *Disclosure*, 2017, pp. 93-96. También véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 759-761. Así mismo, DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, p. 114, quienes comentan el test de conveniencia que debe pasar cualquier solicitud de *disclosure* previa al inicio del proceso: «comprende una cuestión de jurisdicción y otra de discreción (...) el tribunal exclusivamente podrá considerar la concesión de una *disclosure* previo al inicio del proceso cuando exista una posibilidad real de que dicha orden judicial fuera justa para las partes en caso de comenzar el litigio. De darse tal posibilidad real, entonces el tribunal deberá considerar la cuestión de la discreción, en la que deberá tener en cuenta todos los hechos detalladamente».

La resolución por la cual se ordene la divulgación especificará los documentos o las clases de documentos que el solicitado debe revelar y requerirá al demandado para que manifieste qué documentos ya no están bajo su control y, en su caso, el porqué, y también le requerirá para que indique si reclama algún derecho o deber de retención de la inspección. Así mismo el tribunal podrá especificar la hora y el lugar para la divulgación y la inspección.

HOLLANDER<sup>117</sup> es escéptico sobre el éxito de esta institución procesal por cuanto es muy difícil predecir si el tribunal resolverá a favor o en contra de una solicitud de *pre-action disclosure* ya que, si el caso tiene una buena base, puede plantearse por qué el solicitante no puede continuar y demandar sin esos documentos y, si el caso tiene una fundamentación débil, el tribunal podría desestimar la solicitud por entenderla especulativa. Por ello, entiende que es muy difícil recomendar al cliente que gaste dinero en una acción con pocas probabilidades de éxito. Por otro lado, opina que puede ser recomendable demandar sin esos documentos, para evitar retrasos por el tiempo que puede suponer la obtención de un documento por esta vía. Y la tercera crítica que hace son los costes de la obtención de los documentos, porque el solicitante debe cubrir los costes de divulgación del requerido, en cambio, si el procedimiento ya está iniciado, los costes de la divulgación, con carácter general, se suman a las costas del procedimiento.

#### 4.3. Disclosure en el seno de un procedimiento judicial

El tercer momento procesal en que se ha previsto y regulado la institución de la *disclosure* es en el seno de un procedimiento judicial.

Incoado un procedimiento judicial, el tribunal puede requerir a las partes para que demuestren que han cumplido con la *Practice Direction: pre-action conduct and protocols* y, más concretamente, que han intentado o considerado la posibilidad de recurrir a un sistema de resolución alternativa de conflictos (ADR).

Si alguna parte, sin motivo alguno, no hubiese dado respuesta o se hubiera negado a participar en una ADR, el tribunal podría condenarle al pago de costas judiciales adicionales<sup>118</sup>.

En cualquier caso, incoado un procedimiento judicial, el procedimiento a seguir será el siguiente: informe o escrito listando los documentos a divulgar (14 días antes de la primera audiencia); procurar un acuerdo en relación con la divulgación de los documentos (7 días antes de la primera audiencia); y acuerdo o imposibilidad de acuerdo. Veámoslo seguidamente<sup>119</sup>.

##### a. Informe con declaración de veracidad

Con una antelación mínima de 14 días a la primera audiencia de gestión del caso en el procedimiento judicial, cada parte debe presentar al tribunal y trasladar a las otras partes, un

---

<sup>117</sup> HOLLANDER, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, pp. 158-159.

<sup>118</sup> Parte 11 *Practice Direction: pre-action protocol*.

<sup>119</sup> A mayor abundamiento, véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, pp. 724-730, donde el autor hace un análisis del proceso de divulgación.

informe verificado por una declaración de veracidad<sup>120</sup>, en el cual describa brevemente qué documentos existen o pueden existir que pudiesen ser relevantes para el litigio en concreto y qué documentos solicita al tribunal. Así mismo, debe indicar la ubicación y la persona que custodia los documentos o dónde podrían localizarse, y también los costes que podría suponer la búsqueda y divulgación de los documentos. Si se tratara de documentos electrónicos<sup>121</sup>, debería describir cómo se almacenan dichos documentos y los costes específicos de su divulgación.

En este sentido, las partes y sus representantes legales deben discutir el uso de la tecnología en la gestión de los documentos electrónicos y el procedimiento que seguirán para la creación de listas de documentos a divulgar, para dar a conocer los documentos y la información relativa a los documentos en formato electrónico y para presentar documentos y otros materiales al tribunal. Así mismo, deben tratar los asuntos relativos a las categorías de documentos electrónicos que estén bajo su control, los sistemas informáticos, los dispositivos electrónicos y los soportes en los que pueden estar los documentos pertinentes, los sistemas de almacenamiento y las políticas de conservación de documentos; el alcance de la búsqueda razonable de documentos electrónicos; las herramientas y técnicas que deberían tener en consideración para reducir la carga y el coste de la divulgación de los documentos electrónicos<sup>122</sup>; la conservación de los documentos electrónicos, con el fin de evitar la su pérdida antes del juicio; el intercambio de datos relativos a los documentos electrónicos en un formato electrónico acordado por las partes; los formatos en los que se proporcionarán los documentos electrónicos en la inspección y los métodos que se utilizarán; la base para cobrar o compartir el coste del suministro de los documentos electrónicos<sup>123</sup>; y si sería conveniente utilizar los servicios de un depósito electrónico neutral para el almacenamiento de los documentos electrónicos.

Es tal la importancia de estos acuerdos o pactos entre las partes sobre esta materia que, si una parte da a conocer los documentos electrónicos sin haber discutido previamente con las otras partes cómo planificar y gestionar dicha divulgación, el tribunal puede exigir a esa parte que realice nuevas búsquedas de documentos o que repita otros pasos que ya haya realizado. Y de

---

<sup>120</sup> Entiéndase remitido al escrito que preparan las partes listando los documentos a divulgar, con la declaración de divulgación, que hemos examinado en el epígrafe dedicado a la divulgación estándar. Véase también la Parte 31.5 CPR.

<sup>121</sup> Si las partes se hubiesen trasladado el Cuestionario de Documentos Electrónicos, éste se adjuntaría al informe. En este supuesto de documentos electrónicos, también aplican las disposiciones de la *Practice Direction* 31B CPR, sobre divulgación de documentos electrónicos.

<sup>122</sup> En este sentido, la *Practice Direction* 31B CPR, en su Parte 9(3), enumera una serie de herramientas y técnicas a considerar por las partes, para reducir la carga y el coste de la divulgación de los documentos electrónicos, incluyendo: a) limitar la divulgación de documentos o de determinadas categorías de documentos a determinados intervalos de fechas, a determinados custodios de documentos o a determinados tipos de documentos; b) el uso de búsquedas de palabras clave acordadas; c) el uso de herramientas informáticas acordadas; d) los métodos que se utilizarán para identificar los documentos duplicados; e) el uso del muestreo de datos; f) los métodos que se utilizarán para identificar los documentos privilegiados y otros documentos no divulgables, para redactar los documentos (cuando la redacción sea apropiada), y para tratar los documentos privilegiados o de otro tipo que se hayan divulgado inadvertidamente; y g) el uso de un enfoque por etapas para la divulgación de los documentos electrónicos.

<sup>123</sup> También deben acordar si los pactos para cobrar o compartir los costes son definitivos o están sujetos a una reasignación de acuerdo con cualquier resolución sobre las costas que se dicte posteriormente [Parte 9(7) de la *Practice Direction* 31B CPR].

igual manera, deberán debatir sobre el formato en el que los documentos electrónicos deberán ser proporcionados para su inspección<sup>124</sup>.

Por último, teniendo en cuenta el amplio abanico de cuestiones a tratar, las partes pueden considerar útil intercambiar el cuestionario sobre documentos electrónicos<sup>125</sup>, para informarse mutuamente sobre el alcance, extensión y formato más adecuado para la divulgación de los documentos electrónicos en el procedimiento. Si éste se usara por las partes, deberá ir acompañado de una declaración de veracidad y adjuntarse al escrito o informe de las partes con el listado de documentos a divulgar y la declaración de divulgación.

*b. Propuesta conjunta de las partes*

Verificado lo anterior, con una antelación mínima de 7 días a la primera audiencia de gestión del asunto en concreto, y siempre que lo acuerde el tribunal, las partes deben discutir y tratar de llegar a una propuesta conjunta en relación con la divulgación de los documentos reflejados y/o solicitados en el informe, que cumpla con el objetivo primordial del caso.

En relación con los documentos electrónicos, los escritos que presenten las partes al tribunal deberán incluir un resumen de las cuestiones sobre las que han llegado a un acuerdo y un resumen de las que son objeto de disconformidad<sup>126</sup>.

*c. Resolución judicial*

Examinemos el último paso de la disclosure en el seno de un procedimiento judicial. Si las partes logran alcanzar una propuesta conjunta sobre la divulgación de documentos (según lo expuesto en el epígrafe anterior) que el tribunal considera adecuada, se aprueba judicialmente sin audiencia.

En cambio, si las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo sobre la divulgación de documentos, en la primera audiencia, el tribunal decidirá sobre las pretensiones de las partes en cuanto a divulgación e inspección de documentos, bajo las premisas de focalizar cuál es la finalidad del procedimiento judicial y de limitar la divulgación sólo a los documentos que sean necesarios para, según expresa la norma, tramitar el litigio con justicia.

En esta línea, el tribunal acordará la no divulgación o establecerá la divulgación que debe hacer cada parte según el caso concreto. También podrá disponer que una parte dé una información estándar o que se dé traslado a una parte para que, en su caso, solicite cualquier revelación específica de cualquier otra parte<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Partes 19 y 32 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>125</sup> Puede consultarse en el Anexo de la *Practice Direction* 31B, bajo el nombre Cuestionario de documentos electrónicos, *Practice Direction 31b – Disclosure Of Electronic Documents - Civil Procedure Rules* (justice.gov.uk) (fecha última consulta: 03.01.23).

<sup>126</sup> Parte 14 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>127</sup> La CPR -Parte 31.5(7) apartado (f)- establece un listado *numerus apertus* de los posibles acuerdos que puede adoptar el tribunal, adoptando la fórmula «*any other order in relation to disclosure that the court considers appropriate*».

Así mismo, el órgano judicial en cualquier momento puede dar instrucciones a las partes sobre qué búsquedas realizar, de dónde, para qué, con respecto a qué períodos de tiempo, por quién y el alcance de cualquier búsqueda de documentos almacenados electrónicamente; si se requieren listas de documentos; el modo y el momento en que se debe entregar la declaración de divulgación; en qué formato deben divulgarse los documentos (y si se requiere alguna identificación); qué se requiere en relación con los documentos que alguna vez existieron pero que ya no existen, y si la divulgación se hará por etapas<sup>128</sup>.

Sin embargo, si el desacuerdo entre las partes estuviera relacionado con la divulgación de los documentos electrónicos y las partes manifestaran que no es probable que puedan llegar a un acuerdo, el tribunal daría instrucciones por escrito en relación con la divulgación o acordaría una audiencia separada en relación con la divulgación, a la cual debería asistir la persona que firma el cuestionario de documentos electrónicos<sup>129</sup>, si existiere. En cualquier caso, el tribunal podría requerir a las partes para que completasen e intercambiaran la totalidad o una parte del cuestionario<sup>130</sup>.

## 5. Especialidades de la disclosure

Si bien hasta ahora hemos expuesto la regulación general en materia de *disclosure*, hemos considerado adecuado hacer referencia a dos especialidades establecidas en las CPR. Por un lado, en materia de derecho de la competencia, pues es la materia respecto de la cual en España se ha regulado el acceso a las fuentes de prueba y, por otro lado, en materia de comercio y propiedad, por su recentísima aprobación y por su vinculación al derecho mercantil.

No entraremos en su regulación completa, sino sólo en aquellos aspectos en que difiere de la regulación general de la *disclosure* o en que aporta alguna novedad.

### 5.1. En el derecho de la competencia

La primera de las especialidades en materia de disclosure es la relativa a las reclamaciones en materia de derecho de la competencia.

La *Practice Direction* 31C CPR, denominada «Divulgación e inspección en relación con las demandas de competencia», regula esta especialidad y se remite a la Parte 31 CPR, que se aplicará siempre y cuando no entre en contradicción con lo establecido en esta *Practice Direction*; también se remite a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas que regulan las acciones por daños y perjuicios en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea<sup>131</sup>, la cual no analizaremos porque será objeto de estudio en otro trabajo de investigación; así mismo, se

<sup>128</sup> Parte 31.5 (7-8) CPR.

<sup>129</sup> Un cuestionario de documentos electrónicos que haya sido cumplimentado y notificado por otra parte tendrá la consideración de documento divulgado y, por lo tanto, su uso se limitará al procedimiento en el que se reveló [Parte 31.22(4) CPR].

<sup>130</sup> Partes 15 y 16 *Practice Direction* 31B CPR.

<sup>131</sup> DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627].

remite a la Parte 23 CPR, para la solicitud de divulgación o inspección de pruebas<sup>132</sup>; y, por último, regula la divulgación e inspección de pruebas en relación con una reclamación de competencia, cuando esas pruebas forman parte de un expediente de la autoridad de la competencia<sup>133</sup>. Este último apartado tampoco es objeto de estudio, por entrar su regulación en el ámbito de la Directiva de daños.

En este epígrafe nos centraremos en la Parte 23 CPR<sup>134</sup>, que establece las reglas generales sobre solicitud de órdenes judiciales, la cual es aplicable a la solicitud de divulgación o inspección de documentos en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

#### a. Solicitud y notificación

Una persona podrá solicitar la divulgación o inspección de pruebas en el seno de un procedimiento judicial o antes de que se inicie. Y podrá hacerlo cuando lo considere necesario o conveniente<sup>135</sup>.

El procedimiento general se iniciará con la presentación, por el solicitante, ante el juzgado, de un aviso de solicitud<sup>136</sup>, la notificación de la cual después deberá ser trasladada, mediante copia, a todos los demandados (en este caso, a las personas a las que se dirige la petición de divulgación o inspección y, entiendo, también al resto de partes del procedimiento)<sup>137</sup>.

En los casos en que en el procedimiento en cuestión se hubiese fijado una fecha de audiencia pública y la parte quisiera presentar una solicitud en dicha audiencia, pero no dispusiera de tiempo suficiente para notificar la solicitud, la norma requiere que simplemente informe a la otra parte y al tribunal -prioritariamente por escrito- de la naturaleza de la solicitud y del motivo de ésta, en la mayor brevedad posible<sup>138</sup>. En este caso, la solicitud se presentará oralmente en la audiencia pública<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Véanse las Partes 1.2 y 1.7 *Practice Direction* 31C CPR.

<sup>133</sup> A ello se ha referido REPAS, «Taking leniency documents as evidence in damages actions in cases of competition law infringement», en VAN RHEE/UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 105-124, haciendo hincapié en la divulgación de los documentos de clemencia.

<sup>134</sup> Esta Parte 23 está prevista para los procedimientos seguidos ante las County Courts. A mayor abundamiento, véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, p. 757.

<sup>135</sup> Véanse las Partes 23.2(1), (4) y (4A) CPR y Partes 5 y 2.7 *Practice Direction* 23A CPR.

<sup>136</sup> Las CPR definen «aviso de solicitud» o «notificación de solicitud» como el documento en el que el solicitante declara su intención de pedir una orden judicial (Parte 23.1 CPR).

<sup>137</sup> La Parte 3 *Practice Direction* 23A CPR establece los casos en que se podrá presentar una solicitud sin notificación de aviso de solicitud (en caso de urgencia, consentimiento de las partes, autorización judicial o normativa, etc.). Y la Parte 4 *Practice Direction* 23A CPR regula el modo de realizar la notificación, con remisión a la Parte 23.7(1)(b) y 2.8 CPR.

<sup>138</sup> Véase la Parte 2.10 *Practice Direction* 23A CPR.

<sup>139</sup> En la medida de lo posible, las solicitudes deben presentarse de manera que puedan ser examinadas en cualquier audiencia que ya esté señalada o para la que se vaya a fijar una fecha (por ejemplo, audiencias de asignación y enumeración, audiencias de gestión del caso o las audiencias de revisión previas al juicio), Parte 2.8 *Practice Direction* 23A CPR.

*b. Contenido de la solicitud*

El contenido de la solicitud de *disclosure*, en procedimientos de derecho de la competencia, incluye: indicar qué orden solicita el demandante y los motivos por los que solicita la orden.

Así pues, deberá señalar si solicita sólo la divulgación o también la inspección del documento o categoría de documentos oportunos, así como los motivos por los cuales es importante esa información para la resolución del litigio<sup>140</sup>.

Así mismo, en virtud de la Parte 9 *Practice Direction 23A* CPR, en relación con lo estipulado en la Directiva 2014/104/UE, el solicitante deberá aportar pruebas o, al menos, un principio de prueba en que basa la necesidad e idoneidad de los documentos solicitados o de su examen.

Por otro lado, la notificación de la solicitud también deberá estar firmada e incluir el número de referencia de la reclamación o petición, el título de la demanda, el nombre completo del solicitante y deberá indicar si considera necesario celebrar audiencia para la resolución de la petición<sup>141</sup>.

Por último, debe recalcar que, en este procedimiento de solicitud de divulgación y/o inspección, el contenido de una notificación de solicitud puede ser utilizado como prueba, siempre que haya sido motivada suficientemente con aportación de pruebas y verificada por una declaración de la verdad<sup>142</sup>.

*c. Audiencia*

Para tramitar esta solicitud de *disclosure* siempre se celebrará una audiencia<sup>143</sup>, la cual tendrá lugar incluso en caso de inasistencia de alguna de las partes. No obstante, se han previsto legalmente tres excepciones: que el tribunal considere que no es apropiada, que las partes acuerden que se resuelva sin celebrar vista, o que las partes lleguen a un acuerdo con relación a los términos de la orden o resolución solicitada<sup>144</sup>.

Debemos destacar que las normas del procedimiento inglés prevén que determinadas audiencias puedan celebrarse mediante llamada telefónica<sup>145</sup>, siempre y cuando todas las partes estén representadas, la solicitud haya sido notificada a la otra parte y como máximo cuatro partes quieran presentar alegaciones.

---

<sup>140</sup> Parte 23.6 CPR.

<sup>141</sup> Parte 2.1 *Practice Direction 23A* CPR.

<sup>142</sup> Véase la Parte 9.7 *Practice Direction 23A* CPR, en relación con la Parte 22 CPR.

<sup>143</sup> Salvo en supuestos de solicitudes sencillas, el solicitante debe llevar a cualquier audiencia un borrador de la orden solicitada y proporcionar una copia por medios electrónicos (Parte 12.1 *Practice Direction 23A* CPR).

<sup>144</sup> Las Partes 2.2 a 2.5 y 11.1 a 11.2 *Practice Direction 23A* CPR regulan el trámite judicial interno ante una solicitud de celebración de audiencia, así como en caso contrario.

Véanse también las Partes 23.8 i 23.11 CPR.

<sup>145</sup> Entiendo por teléfono o videoconferencia. Véanse las Partes 6 y 7 *Practice Direction 23A* CPR, para conocer el desarrollo de la audiencia.

#### d. Resolución

El tribunal resolverá la solicitud mediante auto estimatorio o desestimatorio. Y si la resolución judicial no prevé ningún pronunciamiento sobre costas, éstas no deberán tasarse<sup>146</sup>.

Así mismo, el auto que resuelva una solicitud que hubiese sido presentada sin la notificación de una copia del aviso de solicitud, deberá informar a las partes de su derecho a solicitar la anulación o modificación de la orden<sup>147</sup>.

Por otro lado, si las partes llegan a un acuerdo deben remitir un escrito conjunto al tribunal, junto con un borrador de la orden a dictar, y éste dictará un auto acordado y sellado, de conformidad con lo pactado por las partes<sup>148</sup>.

## 5.2. En los tribunales de comercio y propiedad

Examinemos a continuación las especialidades previstas para la *disclosure* de documentos en los tribunales de comercio y propiedad.

Como veíamos en la parte introductoria, el código procesal civil que estamos analizando acaba de incorporar, con fecha de aprobación el 15 de julio de 2022, la *Practice Direction 57AD CPR* (también, PD57AD CPR), para la divulgación de documentos en los tribunales de comercio y propiedad.

Al respecto, FLAUX<sup>149</sup>, *Chancellor of the High Court*, ha valorado muy positivamente el desarrollo del plan piloto de la *Practice Direction 51U CPR* (antecedente normativo que ha dado lugar a la PD57AD CPR), resaltando que el grupo de trabajo de la *disclosure* ha apreciado un cambio significativo en la cultura y el comportamiento de las partes, en relación con la divulgación. Éstas se han involucrado mucho antes en la discusión del conflicto y en el acuerdo sobre cómo abordar el gran problema de datos a divulgar y, si bien ha supuesto una carga anticipada de costes, la verdad es que en general han disminuido las solicitudes específicas de divulgación y el enfoque de la *disclosure*, dentro del procedimiento, ha sido mucho más centrado y eficiente.

Por otro lado, COULSON<sup>150</sup> resalta las que considera las cuatro ideas más importantes de esta reforma: la divulgación estándar deja de ser la opción por defecto (el uso del Modelo D<sup>151</sup> será excepcional); se mantiene la obligación de divulgar los documentos adversos conocidos; se regula la divulgación inicial, que implica la revelación de los documentos clave para el caso y los documentos que delimitan el contexto de la disputa; y, por último, se intenta que las partes

<sup>146</sup> Parte 13 *Practice Direction 23A CPR*, que se remite a las *Practice Directions 44 a 48 CPR*.

<sup>147</sup> Parte 23.9 y 23.10 CPR.

<sup>148</sup> Parte 10 *Practice Direction 23A CPR*.

<sup>149</sup> Noticia de 15 de julio de 2022 «*Chancellor of the High Court and Master of the Rolls welcome the Disclosure Working Pilot being approved*», publicada en la web de *Courts and Tribunals Judiciary*, <https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/chancellor-of-the-high-court-and-master-of-the-rolls-welcome-the-disclosure-working-pilot-being-approved/> (fecha última consulta: 03.01.23).

<sup>150</sup> COULSON, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 67.

<sup>151</sup> Los diferentes tipos de Modelos, incluido el D, se analizan en el epígrafe dedicado a la divulgación ampliada.

se pongan de acuerdo sobre el tipo de divulgación a realizar, a través del documento de revisión de la divulgación.

Entremos, pues, en el análisis de esta *Practice Direction 57AD CPR*, no sin antes delimitar el ámbito de estudio: nos centraremos en la Sección I PD57AD, por cuanto su Sección II no aporta novedad alguna, al consistir en remisiones a las normas de la Parte 31 CPR. Y focalizaremos el análisis en aquellos aspectos que consideremos más novedosos y que difieran de lo que hemos examinado hasta ahora.

*a. Deberes en relación con la divulgación*

Consideramos de suma importancia dedicar un apartado a esta novedad, cual es la positivización de los deberes para con el tribunal, de las partes o personas con expectativas de serlo, y de sus representantes legales.

En primer lugar, esta nueva *Practice Direction* ha recogido de forma expresa y enumerada los deberes en relación con la divulgación de documentos de las personas que sepan que son o pueden ser parte de un procedimiento judicial.

Las obligaciones que se han establecido son para con el tribunal, duran hasta la conclusión del procedimiento o la consecución de una transacción, y se listan de la siguiente manera: 1) Deber de tomar medidas razonables para conservar los documentos que estén bajo su control y que puedan ser relevantes para cualquier cuestión del procedimiento. Para ello, la parte deberá suspender los procesos de supresión o destrucción de esos documentos, mientras dure el procedimiento, o realizar copias de fuentes y documentos y almacenarlos. También se ha previsto la obligación de tomar medidas razonables para que los agentes, terceros, empleados o exempleados, que puedan tener documentos relevantes en su poder, no los borren o destruyan y los conserven; 2) Deber de revelar los documentos adversos conocidos, a menos que estén protegidos. Esta obligación es absoluta y para todas las partes, así que, aunque no se haya solicitado una divulgación ampliada respecto de alguna parte, ésta igualmente tendrá que divulgar todos los documentos adversos conocidos en el plazo de 60 días desde la primera audiencia de gestión del caso y presentar un certificado de divulgación que lo asevere<sup>152</sup>. Esta obligación, además, es continua, por lo que, si los documentos adversos llegaran a conocimiento y poder de la parte, a lo largo del procedimiento, ésta debería revelarlos sin demora<sup>153</sup>; 3) Deber de cumplir cualquier requerimiento judicial de divulgación; 4) Deber de emprender cualquier búsqueda de documentos de manera responsable y concienzuda, para cumplir con el propósito declarado de la búsqueda; 5) Deber de actuar con honestidad en relación con el proceso de divulgación y revisión de los documentos divulgados por la otra parte; y 6) Deber de hacer los esfuerzos razonables necesarios, para evitar proporcionar documentos a la otra parte, que no tengan relevancia para las cuestiones a revelar en el procedimiento.

---

<sup>152</sup> Así lo regula la Parte 9.2 PD57AD CPR. El modelo de Certificado de Divulgación está previsto en el Anexo 4 PD57AD CPR, que se puede consultar en el siguiente enlace: [Appendix-4-Disclosure-Certificate-July-2022100542024v3.docx \(live.com\)](#) (fecha última consulta: 02.01.23). Véase la Parte 23 PD57AD CPR, sobre la incoación de un procedimiento por desacato al tribunal contra la persona que firme o haga firmar un certificado de divulgación falso, sin creer honestamente en su veracidad.

<sup>153</sup> Parte 9.3 PD57AD CPR.

En segundo lugar, se ha procedido de igual manera para plasmar por escrito los deberes de los representantes legales de las partes, para con el tribunal, los cuales coinciden en parte con los de las partes. Estos deberes son: 1) Deber de tomar medidas razonables para conservar los documentos que estén bajo su control y que puedan ser relevantes para cualquier cuestión del procedimiento, con iguales medidas que sus representados; 2) Deber de tomar medidas razonables para asesorar y ayudar a la parte a cumplir con sus obligaciones de divulgación y de conservación de documentos; 3) Deber de obtener de su cliente, una confirmación por escrito conforme ha tomado las medidas de conservación y divulgación pertinentes, la cual deberá reproducirse en su escrito de demanda o de contestación a la demanda; 4) Deber de mantener contacto y cooperar con los representantes legales de las otras partes o con las otras partes, si éstas no estuviesen representadas, para promover la realización fiable, eficiente y rentable de la divulgación; 5) Deber de actuar con honestidad en relación con el proceso de divulgación y revisión de los documentos divulgados por la otra parte; y 6) Deber de revisar las reclamaciones del privilegio de la divulgación de un documento, para cerciorarse de que son correctas y que la motivación de la reclamación del privilegio está suficientemente explicada.

*b. Divulgación inicial*

En esta última reforma se ha acuñado un nuevo concepto, que es el de divulgación inicial<sup>154</sup>.

La divulgación inicial, con carácter general<sup>155</sup>, implica que cada parte debe proporcionar al resto de partes, una lista de documentos de divulgación inicial, que enumere y vaya acompañada de copias de los documentos clave en los que se ha basado en apoyo de sus alegaciones o defensas, formuladas en su pliego de cargos, y de copias de los documentos clave que son necesarios para que las otras partes entiendan la demanda o la defensa que formulen. En esta fase, no es necesario traducir ningún documento ni revelar los documentos adversos.

La excepción se justifica cuando esos documentos ya hubiesen sido entregados a la parte contraria, en virtud de la *Practice Direction: pre-action conduct* o la *pre-action disclosure*, o cuando el número de documentos a proporcionar fuera superior a 200 o el número de páginas de documentos fuese superior a 1.000. En ese caso, la obligación de divulgación inicial cesa para todas las partes del procedimiento.

El incumplimiento por alguna parte de esta obligación de divulgación inicial puede implicar el requerimiento judicial de divulgación ampliada y/o una condena en costas.

---

<sup>154</sup> Parte 5 PD57AD CPR.

<sup>155</sup> Consúltense la Parte 5.1 *Practice Direction 57AD CPR*, para conocer los casos en que no se aplicará y la Parte 5.3 de la misma norma, para los supuestos en que no será necesaria la divulgación inicial. Así mismo, la Parte 5.8 prevé los supuestos en que la partes pueden prescindir de la divulgación inicial o aplazarla; y la 5.10 las solicitudes de limitación o derogación de la obligación de proporcionar la información inicial, porque supondría un coste desproporcionado o sería excesivamente complejo.

c. *Divulgación ampliada. Documento de revisión de la divulgación.*

La divulgación ampliada debe solicitarse al tribunal<sup>156</sup> por la parte, como complemento de la divulgación inicial o como alternativa pero, en cualquier caso, el tribunal confiará en que las partes hayan completado previamente el Documento de Revisión de la Divulgación<sup>157</sup>. La parte que la solicite deberá hacerlo bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>158</sup> y deberá utilizar los Modelos de Divulgación previstos en la Parte 8 PD57AD CPR, en función de las cuestiones a divulgar que se hayan detectado<sup>159</sup>, a fin de que el proceso de revelación sea lo más práctico posible<sup>160</sup>.

Los modelos que se han regulado son cinco: el Modelo A, para la divulgación de los documentos adversos conocidos<sup>161</sup>. El Modelo B, para la divulgación -fruto de una búsqueda limitada<sup>162</sup>- de documentos adversos conocidos y documentos clave para las alegaciones de la parte y para que las otras partes entiendan la demanda o la contestación. En este caso, no hay límite en cuanto a la cantidad de documentos a revelar. El Modelo C, para la divulgación de documentos concretos o de categorías limitadas de documentos, relativos a una determinada cuestión a revelar. El Modelo D, para la divulgación -fruto de una búsqueda restringida<sup>163</sup>- de documentos, incluidos los adversos. Y el Modelo E que, con carácter excepcional, sirve para la divulgación basada en una búsqueda amplia de documentos, según las cuestiones a revelar.

La resolución judicial sobre la divulgación ampliada se dictará, con carácter general, en la primera audiencia de gestión del caso y podrá resolver cualquier punto conflictivo entre las partes respecto a la divulgación como, por ejemplo, el alcance de las búsquedas, la forma de llevarse a cabo, el uso de la tecnología, la aplicación o efecto de cualquier disposición u orden en materia de divulgación o el plazo para completar un paso de la disclosure. Si se hubiese solicitado una divulgación ampliada basada en una búsqueda de documentos (modelos C, D y E), sólo se estimará si el tribunal considera que es necesario para resolver equitativamente el procedimiento<sup>164</sup>.

---

<sup>156</sup> Las partes deben considerar los tipos de documentos y las fuentes de documentos que existen o pueden existir, incluidos los documentos que probablemente tenga la otra parte, para poder adoptar un enfoque realista de la divulgación (Parte 6.7 PD57AD CPR).

<sup>157</sup> Merece un análisis aparte, el significado e implicaciones del Documento de Revisión de la Divulgación, por lo que se estudiará en un subepígrafe aparte.

<sup>158</sup> Véase el epígrafe correspondiente a la finalidad de la disclosure, para entender el alcance de estos principios.

<sup>159</sup> El objetivo de relacionar los modelos de divulgación con los aspectos a divulgar es limitar las búsquedas necesarias y el volumen de documentos a divulgar (Parte 6.6 PD57AD CPR). Así pues, las cuestiones a divulgar podrán agruparse, para simplificar su revelación.

<sup>160</sup> Partes 6 y 8.3 PD57AD CPR.

<sup>161</sup> Véase el epígrafe 5.2.1. con relación a los deberes de divulgación de las partes.

<sup>162</sup> La búsqueda limitada implica que la parte no está obligada a realizar una búsqueda de documentos que vaya más allá de las búsquedas ya realizadas con el fin de obtener asesoramiento sobre su demanda o contestación a la demanda [Parte 8.3 PD57AD CPR, Modelo B (2)].

<sup>163</sup> La búsqueda restringida implica una búsqueda razonable y proporcionada. El tribunal determina los límites del alcance de esta búsqueda.

Véase también, COULSON, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 67.

<sup>164</sup> Para este estudio de investigación no es relevante el proceso de cumplimiento de una orden de divulgación ampliada, pero se puede consultar el trámite en la Parte 12 PD57AD CPR. Así mismo, las Partes 17 y 18 PD57AD CPR regulan, respectivamente, el dictado de órdenes adicionales ante un incumplimiento adecuado de una orden de divulgación ampliada y la modificación de una orden de divulgación ampliada.

El tribunal también podrá proporcionar orientación sobre la divulgación, de oficio o a instancia de parte, cuando existan diferencias significativas de enfoque entre las partes, las partes requieran orientación del tribunal para abordar el punto de diferencia entre ellas (sin una determinación formal) o cuando necesiten orientación sobre los documentos<sup>165</sup>.

*i. Documento de revisión de la divulgación*

Una vez efectuada la divulgación inicial y antes de la primera audiencia para la gestión del caso ante el tribunal, las partes deben identificar, discutir y tratar de acordar el alcance de cualquier divulgación ampliada solicitada<sup>166</sup>. Lo harán a través del Documento de Revisión de la Divulgación<sup>167</sup> (en adelante, también DRD).

Esta obligación y la de actualizar el DRD es continua y vincula a todas las partes. Así, si una parte del procedimiento no coopera de forma constructiva, el tribunal podría requerirle la actuación pertinente, desestimarle sus solicitudes de divulgación ampliada o aplazar la audiencia de gestión del caso con condena en costas<sup>168</sup>.

Si la divulgación ampliada solicitada implica la revelación de documentos basada en una búsqueda -conforme a los modelos de divulgación ampliada C, D y E-, el DRD deberá incluir una lista breve y concisa de cuestiones a revelar y cada cuestión deberá estar relacionada con el modelo de divulgación ampliada que la partes consideren oportuno<sup>169</sup>.

Por último, para una mejor comprensión de lo anterior, debemos explicar qué son las «cuestiones a revelar». Las CPR han establecido que se refiere únicamente a aquellas cuestiones clave en disputa dentro del procedimiento, que las partes consideren que deben ser resueltas judicialmente con alguna referencia a los documentos<sup>170</sup>.

## 6. Conclusiones

Realizado el análisis de la regulación de la *disclosure* en las CPR, a continuación destacaremos los elementos de esta institución que consideramos esenciales y señalaremos qué partes

---

<sup>165</sup> Véase la Parte 11 PD57AD CPR. Y la Parte 20 establece el régimen de sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

<sup>166</sup> Este alcance incluye la estimación de costes y la estimación de la cantidad probable de documentos implicados (Parte 10.5 en relación con la Parte 22 PD57AD CPR). Así mismo, las partes deberán tratar el alcance de los límites de la búsqueda como, por ejemplo, rangos de fechas y custodios de documentos, clases particulares de documentos o tipos de archivos, depósitos de documentos específicos o ubicaciones geográficas, sistemas informáticos específicos o dispositivos de almacenamiento electrónico, palabras clave específicas u otras búsquedas automatizadas, programas informáticos a usar, estrategias de codificación, etc. (Parte 9.6 PD57AD CPR). Y las Partes 7.2 a 7.11 y 10.4 a 10.9 PD57AD establecen los trámites a seguir por las partes, a fin de alcanzar ese acuerdo sobre el alcance de la divulgación ampliada solicitada, y el trámite para el caso en que no fuera posible llegar a un acuerdo (Parte 7.6A). Véanse también, las Partes 7.6 y 10.1 PD57AD CPR.

<sup>167</sup> El Anexo 2 PD57AD CPR dispone el modelo de Documento de Revisión de la Divulgación: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-57a-business-and-property-courts/practice-direction-57ad-disclosure-in-the-business-and-property-courts#a2> (fecha última revisión: 03.01.2023).

<sup>168</sup> Parte 10.3 PD57AD.

<sup>169</sup> Partes 7.2.1 y 7.2.2 PD57AD.

<sup>170</sup> Consúltese la Parte 7.3 PD57AD CPR, para obtener la definición completa.

entendemos que el legislador español debería tener en cuenta en aras de mejorar nuestra regulación del art. 283 bis LEC<sup>171</sup>.

Primera. Es clave para las partes saber concretar qué deben buscar, para no adentrarse en divulgaciones o inspecciones de documentos innecesarios, y poder centrar sus esfuerzos en la resolución del verdadero conflicto en el procedimiento.

Para ello, consideramos fundamental la definición de *disclosure* adoptada por las normas de procedimiento inglesas, que distinguen entre la fase de divulgación y la de inspección. Se pueden ahorrar costes económicos y de tiempo, si primero la parte informa sobre los documentos de que dispone en relación con la controversia y después la parte interesada solicita el examen de los que le interesen o pide la divulgación de otros que no han sido revelados y considera que son relevantes para el caso. Es por ello que estas acepciones del término *disclosure* deberían ser acuñadas por el ordenamiento jurídico español en toda su amplitud y detalle, por ejemplo, previendo la revelación de documentos adversos, regulando el contenido mínimo de la divulgación estándar o estableciendo un formulario práctico para realizar el listado de los documentos a revelar (Parte 31 CPR, Parte 2.7 PD57AD CPR y Parte 3.1 PD31A CPR).

Asimismo, el legislador español debería regular la divulgación de los documentos electrónicos, pues pueden suponer una gran carga económica, de trabajo y de gestión. Para ello, entendemos que debería basarse en la PD31B CPR.

Segunda. La *disclosure* no debe suponer unos costes de dinero ni tiempo inasumibles por las partes. Por ello, el procedimiento debe ser lo más práctico posible. En este sentido, consideramos muy útil la regulación de los modelos de divulgación indicados en este estudio.

Además, entendemos que el uso de estos modelos de divulgación (Parte 8 PD57AD CPR) ayudaría a prevenir las *fishing expeditions* o búsquedas indiscriminadas de información, que son uno de los problemas procesales que hemos señalado.

Tercera. Ha quedado patente la importancia de la necesidad de cooperación entre las partes durante el procedimiento, pero también con anterioridad a éste, a fin de poder entender la posición de la parte contraria y propiciar el acercamiento de posiciones, en aras de tratar de transaccionar la controversia o, al menos, reducir las cuestiones conflictivas, o incluso para llegar a un acuerdo en cuanto a la divulgación de documentos.

En la normativa inglesa, esta cooperación entre las partes se ha regulado como un trámite obligatorio, tanto en la *Practice Direction: pre-action conduct and protocols* como en la *disclosure* de la Parte 31 CPR, dos fases diferentes, que se desarrollan en momentos distintos del *iter* del conflicto: la primera se desenvuelve en fase prejudicial y la segunda en el seno del procedimiento judicial. Pero en ambas, las partes tienen que discutir o negociar el alcance de la divulgación. Igualmente, en el procedimiento de divulgación previsto en los asuntos de comercio y propiedad, las partes tendrán que revisar los términos de la revelación antes de discutirlo ante el juez en la primera audiencia de gestión del caso.

---

<sup>171</sup> La debida modificación del art. 283 bis LEC será objeto de un estudio posterior, porque excedería del objeto de este trabajo.

Esa obligación de cooperación, que tendría que seguir el literal de la norma inglesa y establecerse como un deber de información vigente durante todo el procedimiento judicial hasta su conclusión (Parte 3.3 PD31A y Parte 31.11 CPR), sin duda ayudaría a resolver parte de la problemática detectada en cuanto a la prueba de la existencia del daño y a su cuantificación en el ordenamiento jurídico español.

Cuarta. Entendemos que la *Practice Direction: pre-action conduct and protocols* es la «clave» del procedimiento inglés, porque a partir de una previa divulgación y, en su caso, exhibición de documentos, las partes están obligadas a negociar o a someterse a algún sistema ADR, lo cual, per se, implica acercar posiciones o, en el mejor de los posibles escenarios, llegar a un acuerdo, reducir costes -si se transacciona, aunque sólo sea en parte del conflicto- y centrar el problema real que existe entre las partes.

En nuestra opinión, esta institución debería preverse en el ordenamiento jurídico español, a fin de potenciar esa colaboración entre las partes, antes de llegar a los tribunales de justicia, forzando a las partes a negociar o, al menos, a centrar lo que debiera ser el objeto del procedimiento judicial. Además, creemos firmemente que supondría un mecanismo para reducir el colapso de nuestros juzgados mercantiles o, al menos, serviría para no empeorarlo.

Quinta. La regulación prevista en la Parte 23 CPR no parece aportar novedad útil para introducir en nuestro ordenamiento jurídico, pero la prevista en la PD57AD CPR, sí. En este último supuesto, si bien la divulgación inicial podría asemejarse a nuestra demanda y contestación a la demanda, y la primera audiencia de gestión del caso podría asimilarse a nuestra audiencia previa en el procedimiento ordinario, la verdad es que consideramos de especial trascendencia que el procedimiento inglés haya impuesto la obligación de las partes de revisar la divulgación solicitada antes de la audiencia prevista ante el tribunal.

Sexta. La profesionalidad y honestidad de las partes y sus representantes es decisiva para que este procedimiento llegue a buen fin. Por ello, y sin perder de vista que el principal objetivo de los abogados es defender los intereses de su cliente, es importante establecer las obligaciones de estos sujetos para con el tribunal, lo cual ha sido recogido en el ordenamiento inglés a través de la regulación de la *disclosure* en los tribunales de comercio y propiedad (PD57AD CPR).

Si bien el ordenamiento jurídico español ha regulado las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad y del uso de las fuentes de prueba, no ha previsto unos deberes a cumplir por las partes y sus representantes para con el tribunal. Por ello, los deberes previstos detalladamente en la regulación inglesa podrían servir a nuestro legislador como modelo (Parte 3 PD57AD CPR).

Séptima. Como reflexión final de este estudio, creemos que la *disclosure* inglesa aporta ideas originales que mejorarían la regulación del acceso a las fuentes de prueba prevista en nuestro art. 283 bis, letras a) a k) LEC. Sin embargo, somos conscientes de que la cultura jurídica inglesa (esto es, del *common law*) es muy diferente de la española (del *civil law*), por lo cual, para la eficacia de la implantación de un sistema similar de *disclosure*, muy probablemente se requeriría de un cambio de mentalidad de nuestros abogados y jueces.

## 7. Bibliografía

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Discovery y Disclosure: algunas reflexiones de Derecho Comparado», *La Ley Probática*, Nº 8, abril-junio 2022, pp. 56 ss.

ASHFIELD, E./SIME, Stuart/FRENCH, Derek, *Blackstone's Civil Practice. The commentary*, Editorial Oxford University Press, 2021.

BROWNE, Kevin/CATLOW, Margaret, *Civil Litigation*, Editorial College of Law Publishing, Guilford, 2018.

CABALLOL ANGELATS, Lluís (coord.), *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenciales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de transposición de la Directiva 2014/101/UE*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

CARRASCO PERERA, Ángel, «El TJUE construye un laberinto para el Derecho transitorio en el cártel de los camiones (STJUE 22 junio 2022, as C-267/20)», *La Ley Mercantil*, Nº 93, 2022, pp. 1 ss.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «La pre-action disclosure y las diligencias preliminares: un estudio comparado», *Revista Ius et Praxis*, Año 27 (1), 2021, pp. 143 ss.

CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, «La “exhibición de pruebas” del artículo 18 de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, en prensa, Ed. Tirant lo Blanch.

CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», en IZQUIERDO BLANCO, Pablo et al. (dirs.), *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 666 ss.

CERRATO GURI, Elisabet, «Análisis de la exhibición documental de terceros y la disclosure against a person not a party en el proceso civil», *Revista Ius et Praxis*, Año 27 (1), 2021, pp. 3 ss.

COULSON, Peter, «Discovery: To Disclosure and Beyond», en HIGGINS, Andrew (ed.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 65 ss.

CUNNINGHAM-HILL, Susan/ELDER, Karen, *Civil Litigation Handbook*, Editorial Oxford University Press, 2013.

DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes/MUÑOZ ROJO, Roberto, *El proceso civil inglés*, Editorial Comares, Granada, 2014.

GALIC, Ales, «Disclosure of documents in civil procedure: the privilege against self-incrimination or a quest for procedural fairness and substantive justice», en VAN RHEE, Ch./UZELAC, Alan (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 33 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva

2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 1, marzo 2017, pp. 125 ss.

GIBBONS, Susan, *Subsequent use of documents disclosed in civil proceedings*, tesis dirigida por Zuckerman/TAPPER, University of Oxford, 2002.

GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia (dir.), *Guía de buenas prácticas en el ejercicio de acciones judiciales de daños por infracciones de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad/ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, *Justicia y proceso. Una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021.

HERRERA PETRUS, Christian, «La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación de daños por ilícitos antitrust», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018, pp. 407 ss.

HIGGINS, Andrew, «Open Door Disclosure in Civil Litigation», *The international journal of evidence & proof*, Vol. 16 (3), 2012, pp. 298 ss.

HIGGINS, Andrew/LEVY, Inbar/LIENART, Thibaut, «The Bright but Modest Potential of Algorithms in the Courtroom», en RABEEA, Assy/HIGGINS, Andrew (eds.), *Principles, Procedure and Justice*, Oxford University Press, 2020, pp. 116 ss.

HOLLANDER, Charles, «Disclosure: Should We Have Stayed with the RSC?», en HIGGINS, Andrew (ed.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 155 ss.

HOYLE, M., «Don't mention it: the increasing scope of documents obtainable under CPR r31.14: Scipharm Sarl v Moorfields Eye Hospital NHS Trust [2021] EWHC 2079», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 41 (1), Sweet & Maxwell, 2022.

LIGERTWOOD, A. (nota del Editor), «Disclosure of Expert Reports», *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 293 ss.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 876, 2014, pp. 91 ss.

MATTHEWS, Paul/MALEK, Hodge, *Disclosure*, Sweet&Maxwell, London, 2017.

PELLICER ORTIZ, Berta, «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, pp. 12 ss.

REPAS, M. «Taking leniency documents as evidence in damages actions in cases of competition law infringement», en VAN RHEE, Ch./UZELAC, Alan (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 105 ss.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio (coord.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2016.

SIME, Stuart, «Proportionality and Search-based Disclosure», en HIGGINS, Andrew (ed.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 161 ss.

SMITH, Graeme (ed.), *Civil Court Service*, Editorial Jordan Publishing, Bristol, 2015.

TORRE SUSTAETA, Victoria, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia: La Tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español*, Aranzadi, Madrid, 2016.

TUDOR, Elena Cristina, *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, tesis leída en la Universidad de Valladolid, 2016.

UZELAC, Alan, «Evidence and the principle of proportionality. How to get rid of expensive and time-consuming evidence?», en VAN RHEE, Ch./UZELAC, Alan (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 33 ss.

ZHANG, Daqian et al., «YOLO-table: disclosure document table detection with involution», en *International Journal on Document Analysis and Recognition*, 2022 (DOI:10.1007/s10032-022-00400-z).

ZUCKERMAN, Adrian, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4ª edición, Sweet&Maxwell, London, 2021.

ZUCKERMAN, Adrian, «The privilege Against Self-incrimination may not Confer a Right to Refuse Disclosure of Incriminating Documents that came into Existence Independently of the Disclosure Order», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, julio 2005, pp. 395.

ZUCKERMAN, Adian, «Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, N° 3, 1994.