

Acceso de terceros perjudicados a los expedientes instruidos por autoridades de defensa de competencia

El 1 de diciembre de 2014 se celebró en la [Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa \(Fide\)](#) esta sesión de debate en la que participaron abogados, asesores jurídicos, economistas y magistrados.

Bajo la moderación de **Marcos Araujo**, socio de Garrigues, intervinieron inicialmente **Eric Gippini-Fournier**, Miembro de los servicios jurídicos de la Comisión Europea y **Santiago Soldevila**, Magistrado de la Audiencia Nacional.

En el presente documento se recogen las conclusiones alcanzadas en la sesión.

*Estas conclusiones han sido elaboradas por Vera Sopeña**

El status quo: Reglamento 1049/2001 y Reglamentos sectoriales de aplicación de las normas de competencia

2

En la actualidad, en lo que se refiere a los procedimientos de aplicación de las normas de competencia comunitarias, las normas aplicables han sido el [Reglamento 1049/2001](#), relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, y los Reglamentos sectoriales específicos regulando el procedimiento de acceso al expediente en cada uno de los procedimientos de aplicación de estas normas ([Reglamento 1/2003](#), art. 27; [Reglamento 773/2004](#), art. 15; [Reglamento 139/2004](#), art. 18 y [Reglamento 802/2004](#), art. 17 y el [Reglamento 659/1999](#)), sin que exista una relación jerárquica entre éstos Reglamentos y el Reglamento 1049/2001.

De hecho, el reglamento 1049/2001 no estaba pensado en principio para los expedientes de la DG COMP de aplicación de las normas de competencia y, sin embargo, ha ido influyendo paulatinamente a través de la jurisprudencia del tribunal. Así, lo que comenzó reconociéndose en virtud de este Reglamento como un acceso limitado a determinadas circunstancias, ha ido derivando hacia un acceso generalizado, denegable excepcionalmente realizando una interpretación restrictiva de las excepciones, y mediando un análisis caso por caso de cada solicitud, ponderando los intereses protegidos en juego y motivando individualizadamente cada aspecto de la solicitud.

Paralelamente al desarrollo de esta jurisprudencia, los tribunales también han observado la posibilidad de que las obligaciones de transparencia impongan una **carga desproporcionada a las administraciones** públicas para analizar adecuadamente conforme a estos criterios cada una de las solicitudes de acceso. Así, en la actualidad, las obligaciones de las administraciones públicas se han modulado de forma que:

- La Comisión europea puede realizar “**presunciones generales**” en relación con “**categorías de documentos**” a los que se solicita acceso. Se trataría de construcciones ficticias de series de documentos sobre los que pueden proyectarse una serie de presunciones que permiten sustituir la motivación individual de la denegación o no del acceso a cada uno de los documentos.
- La protección de los documentos protegidos puede salvaguardarse durante el periodo en el que esté justificada su protección y **hasta un periodo de 30 años**. Se permite incluso una protección ulterior en caso de documentos afectados por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales u otros documentos sensibles.

En los últimos meses han recaído sentencias interesantes para la interpretación del Reglamento 1049/2001:

- La Sentencia del TJUE de 29/6/2010, *Comisión c. Technische Glaswerke*, [asunto C-139/07](#) (en la que el TJUE anuló la Sentencia del TG de la UE que imponía la obligación de realizar un examen individualizado sobre la solicitud de acceso);
- La Sentencia del TJUE de 28/6/2012, *Comisión c. Editions Odile Jacob*, [asunto C-404/10](#) (sobre la relación entre el Reglamento 1049/2001, que pretende la transparencia en la toma de decisiones y el Reglamento de concentraciones que pretende observar el secreto profesional en el marco de operaciones de concentración); y
- La Sentencia del TG de la UE de 13/9/ 2013, *Países Bajos c. Comisión*, [asunto T-380/08](#) (en la que se admite la legitimación de un Estado para solicitar acceso, en una interpretación límite del concepto).

Las normas de acceso a documentos de la Directiva de reclamación de daños y perjuicios por infracciones de las normas de competencia

No obstante lo anterior, la adopción reciente de la [Directiva de Daños y Perjuicios](#) puede alterar notablemente el *status quo* actual. Pese a la ambiciosa intención inicial de la iniciativa legislativa

comunitaria, el texto final es bastante más limitado y, en este escenario, las normas sobre el acceso que las partes en un proceso civil pueden pretender durante el proceso, se han convertido en el elemento de mayor impacto de la reforma.

Las normas sobre el acceso a documentos o “exhibición” de documentos que establece la Directiva en sus artículos 5 a 7 pretenden equilibrar una mayor facilidad de acceso a las pruebas con la protección de la acción pública (programas de clemencia y settlements). Para ello, se establece una principio general de acceso (tanto del demandado, o demandante como de terceros, lo que incluye también a las autoridades de competencia). Como límite a este principio general, se exigen una series de requisitos: motivación de la necesidad y oportunidad de la solicitud, proporcionalidad del acceso, etc... requisitos que deben ser evaluados y controlados por el juez. Se establecen además unas (pocas) excepciones: algunas totales (declaraciones aportadas en el marco de un programa de clemencia y propuestas de settlements aceptadas) y otras solo temporales mientras dura el procedimiento administrativo.

3

En cualquiera de los casos, la Directiva otorga al juez un papel muy activo (que incluso puede extrañar a algunos ordenamientos jurídicos, como el español) para la valoración de la pertinencia y alcance de las solicitudes de exhibición de pruebas y los derechos potencialmente afectados (confidencialidad, intimidad, secretos comerciales, ...).

De hecho, existe cierto consenso en que es posible que las normas de la Directiva sobre acceso/exhibición de documentos acaben derivando conforme avance su interpretación jurisprudencial en un sistema de discovery parecido al americano (limitado), cuyos excesos pretendía precisamente evitar la Directiva. En cualquier caso, se considera que la Directiva modifica de forma definitiva las reglas del juego en lo que se refiere a las obligaciones de colaboración de las partes con el juez y ello obligará a todos los agentes implicados (jueces, abogados, empresas,...) a cambiar la forma de pensar en relación con el acceso al expediente y la exhibición de documentos en el futuro.

Por último, en cuanto al detalle de las normas de la Directiva, se señalan las siguientes observaciones de interés:

- Riesgos derivados de una reforma parcial y sectorial de las normas procesales en relación con un único tipo de reclamaciones con sus posibles fallos y divergencias, en lugar de afrontar un proceso general de reforma que otorgue lógica a todo el sistema de reclamación de daños (independientemente del tipo de infracción).
- Posible identificación de infracciones distintas a las que sean inicialmente objeto del proceso tras el acceso a los documentos de la otra parte o de terceros (art. 6.9. *“en todo momento”*) (cuestión relacionada directamente con la anterior).
- Riesgos derivados del importante margen de apreciación de los jueces que pudiera derivar en soluciones divergentes ante solicitudes similares en cada jurisdicción (ie. en este sentido se señalan las diferencias entre la decisión del juez alemán en el asunto Pfleiderer, negando el acceso a cualquier documento en aras de la protección de la aplicación pública de las normas de competencia; y las del juez inglés Roth, en el asunto National Grid, donde éste entra al detalle documento por documento para concretar aquellas partes confidenciales y aquellas a las que procedía otorgar acceso).
- En lo que se refiere a la posibilidad de utilización de las pruebas, se muestra cierta sorpresa ante el trato favorable de un determinado modelo del negocio en el ámbito de las acciones privadas de daños y perjuicios, ajenos al sistema continental (ie. el de adquisición de reclamaciones, CDC), en detrimento de otros (como las acciones colectivas de asociaciones de consumidores y usuarios), cuando se limita la transmisión de las pruebas obtenidas al amparo de la Directiva a los sucesores de los derechos, (art. 7.3).
- Incertidumbre en cuanto a los mecanismos de protección por parte del juez de la información confidencial que obtenga de un procedimiento administrativo vía el art. 15. 1 del [Reglamento 1/2003](#).

- Posible incompatibilidad entre el texto de la Directiva y la jurisprudencia del TJUE sentada en los asuntos [Pfleiderer](#) y [Donau Chemie](#): mientras la Directiva establece una excepción absoluta en lo que se refiere al acceso de las declaraciones de clemencia, el TJUE ha matizado que, en lo que se refiere al acceso, las prohibiciones absolutas son incompatibles con el Derecho UE y remite a los derechos nacionales y a un análisis caso por caso la solución de solicitudes donde se encuentren en conflicto los intereses privados (daños) y los públicos (clemencia).
- Riesgos derivados de la mala traducción/redacción de la directiva, que incorpora traducciones literales de conceptos jurídicos que no tienen encaje en nuestro ordenamiento, como por ejemplo el término “*privilegios profesionales legales*” o “*representantes legales*” (art. 5.6).

*Vera Sopeña, Abogada especializada en Derecho de la Competencia. Ha sido asesora del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, asesorando al Presidente, su Gabinete y el Consejo de esta entidad, ahora integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Anteriormente trabajó en el Departamento de Derecho de la Competencia y Derecho Comunitario de Garrigues, tanto en su oficina de Madrid como en la de Bruselas. Es Licenciada en la especialidad Jurídico-Comunitario de la Universidad San Pablo CEU; investigadora doctoral de la Facultad de Derecho de la UAM y realizó un Máster en Derecho, LLM, en la Universidad de Chicago, en EEUU. Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York y de Madrid, y es autora de varias publicaciones en el ámbito de su especialidad.