

5° Foro Procesal y Penal



Aplicación del nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba en los procesos de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia

I. Introducción

El 26 de octubre de 2018 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el quinto seminario celebrado en el marco del convenio de colaboración entre el Departamento de Derecho Procesal de la UCM y Grant Thornton¹ sobre Foro Procesal y Penal, en el que se debatió sobre la “Aplicación del nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba en los procesos de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”.

Esta quinta sesión del Foro Procesal y Penal fue moderada por el Prof. Dr. D. Julio Banacloche Palao, Catedrático de Derecho Procesal de la UCM y Director del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal de dicha Universidad y por el Sr. D. Fernando Lacasa, Socio del departamento de Forensic Grant Thornton. Actuaron como ponentes, por orden de intervención, el Ilmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil no 1 de Madrid; el Sr. D. Paul Anthony Hitchings, Socio de Cuatrecasas; el Prof. Dr. D. Enrique Vallines García, Profesor Titular de Derecho Procesal de la UCM; el Sr. D. Helmut Brokelmann, Socio Director de Martínez Lage Allendesalazar & Brokelmann y, participando como relatora, la Profa. Dra. Dña. Alicia Bernardo, Profesora Titular de Derecho Procesal de la UCM.

II. Presentación del Foro a cargo del Prof. Dr. D. Julio Banacloche Palao

El acto comienza con la presentación por parte del Prof. Julio Banacloche del objeto de este nuevo Foro Procesal y Penal. Para esta ocasión, el tema elegido ha sido “la aplicación del nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”. Se trata de un sistema novedoso regulado en la Sección bis del Capítulo V de la LEC (art. 283 bis, letras A-K), añadida por el art. 4 del Real Decreto-ley núm. 9/2017, de 26 de mayo, por el que se lleva a cabo la transposición de 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, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹El Acuerdo Marco entre la Universidad Complutense de Madrid y Grant Thornton SLP fue firmado el pasado 5 de octubre de 2017 con el objeto de establecer un espacio de colaboración entre ambas partes en lo que se refiere al desarrollo de proyectos y actividades de enseñanza, investigación y extensión universitaria, que surjan a su amparo.

Con el fin de orientar las intervenciones de los ponentes, el Prof. Banacloche plantea tres cuestiones concretas que se están suscitando en relación con el tema de debate:

1ª) ¿Qué efectos puede producir el nuevo sistema de acceso a las pruebas en los procesos de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia respecto a un posible acuerdo que evite el proceso? ¿Sería extrapolable a la generalidad de los procesos?

Esta primera pregunta hace referencia al origen de la reforma de la LEC en este punto. Para la transposición de la Directiva de 2014, el Ministerio de Justicia creó, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Subcomisión integrada por mercantilistas y reforzada con algunos procesalistas, entre los que se encontraban dos compañeros de este Departamento, D. Ignacio Díez-Picazo Giménez y D. Fernando Gascón Inchausti, Catedráticos de Derecho Procesal de la UCM. En el ámbito procesal, se planteó la posibilidad de extender el sistema de exhibición de pruebas que la Directiva limita a los procedimientos relativos a acciones por daños por infracción del derecho a la competencia a todo tipo de procedimientos civiles y, aunque en un principio se aceptó la propuesta de generalización –el borrador de Anteproyecto así lo establecía–, finalmente no salió adelante. No obstante, la conveniencia de extender el sistema de acceso a las fuentes de prueba a la generalidad de los procesos civiles sigue suscitándose.

2ª) ¿Qué debe entenderse por una “exhibición proporcionada” de prueba? ¿Los jueces aplicarán realmente las sanciones procesales previstas en casos de obstruccionismo (admisión de hechos, allanamiento, desestimación de excepciones) o de vulneración de la confidencialidad (desestimación de la acción o excepciones)?

3ª) ¿Conviene utilizar la defensa del passing-on (inexistencia de verdadero daño para el comprador directo del producto, al haber transferido el sobreprecio al siguiente comprador) en este tipo de reclamaciones y cómo afecta a la carga de la prueba?

Después de presentar brevemente a cada uno de los ponentes y agradecerles su participación, el moderador, sin más preámbulos, les da la palabra.

III. Intervenciones de los componentes de la mesa

1. Intervención de D. Carlos Nieto Delgado

Abre el turno de intervenciones el Ilmo. Sr. D. Carlos Nieto Delgado, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil no 1 de Madrid, agradeciendo al Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal de la UCM y a Grant Thornton la amable invitación que le cursaron para participar en el presente foro y felicitando a los responsables de esta iniciativa, pues el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación por infracción del derecho de la competencia es un tema de candente actualidad sobre el que hay una gran necesidad de análisis y discusión.

La primera cuestión que plantea el Sr. Nieto es la necesidad de determinar la *naturaleza jurídica* de esta nueva institución del acceso a las fuentes de prueba. De entrada, puede decirse que se trata de una *actuación preparatoria del proceso* que se asemeja a las *diligencias preliminares*, pero con la diferencia de que la LEC permite que las medidas de acceso a la prueba se soliciten no sólo antes de la incoación del proceso, sino también en la demanda o durante la pendencia del proceso (cfr. art. 283 bis E LEC). En cuanto actuación preparatoria del proceso, puede afirmarse con rotundidad que este instituto jurídico no es una *medida cautelar*, esto es, una medida para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase al final del procedimiento; no es una *medida de aseguramiento de la prueba*, pues no se trata de garantizar una fuente de prueba que puede desaparecer –de hecho, el aptdo. 2 del art. 283 bis F LEC prevé la posibilidad de solicitar conjuntamente medidas de acceso a fuentes de prueba y medidas de aseguramiento de prueba–; ni tampoco se trata de *prueba anticipada*, esto es, de practicar por adelantado una prueba por existir un temor fundado de que no se va a poder practicar en el momento generalmente previsto.

Así las cosas, cabe sostener que nos encontramos ante una institución nueva y desconocida en nuestro Derecho hasta ahora. El legislador europeo, a través de la Directiva 2014/104/UE, intentó incorporar al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión una institución parecida al “*pre-trial discovery of documents*” del Derecho norteamericano; institución que, como es sabido, está ideada para un tipo de procedimiento completamente distinto y para unos principios procesales diferentes e incluso contradictorios con los de los Derechos continentales.

En verdad y para ser exactos –puntualiza el Sr. Nieto–, esta institución no es del todo desconocida en Europa. Hace relativamente pocos años, se planteó en la jurisdicción alemana la cuestión de cómo debían despacharse las peticiones de auxilio judicial internacional procedentes de tribunales norteamericanos con relación a acceso a prueba por la vía del *pre-trial discovery*. El art. 23 del Convenio de la Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil o comercial contemplaba una reserva que la mayoría de los Estados tenía formulada, pero, incluso si no se acudía al Convenio de la Haya, se planteaba la cuestión de si se podía despachar una petición de auxilio judicial internacional, no para obtener prueba sino para notificar, llegándose a plantear la posibilidad de que esto fuera contrario

al orden público por contradecir principios esenciales del procedimiento en Alemania, particularmente, que el demandado no está obligado a facilitar al demandante las armas para preparar su propio proceso. Y resulta extraño que hace una década se estuviera planteando que el *pre-trial discovery* es contrario al orden público de países como Alemania y que, años después, el legislador europeo abraza esta institución y considere la conveniencia de incorporarla al Derecho de la Competencia y solo al Derecho de la Competencia. ¿Por qué no incorporar esta institución en otros ámbitos (protección de la salud, la seguridad, los menores, etc.)? Se pregunta el ponente.

Nótese, además, que el hecho de encontrarnos ante una institución nueva que procede directamente de la incorporación por el Derecho europeo de una institución americana permite extraer algunas consecuencias. Así, para la interpretación de las previsiones contenidas en el art. 283 bis LEC y la integración de lagunas no debería acudirse a una interpretación sistemática de acuerdo con otras previsiones de la LEC, sino a los medios típicos de interpretación de las normas de transposición del Derecho comunitario, es decir, interpretación conforme a las Directivas, efecto útil, etc. De esta forma, por ejemplo, el principio de tipicidad que rige en materia de diligencias preliminares, en cuya virtud sólo se conceden las diligencias tasadas en el art. 256 LEC, no resulta extrapolable de manera automática a las medidas de acceso a las fuentes de prueba.

En segundo lugar, el Sr. Nieto centra su atención en la *solicitud* de medidas de acceso a fuentes de prueba. La LEC establece que el procedimiento principiará por *solicitud* y que esta se puede presentar antes de la incoación del proceso, en la demanda o durante la pendencia del proceso (art. 283 bis A y E), pero no dice nada más, de modo que surgen algunas dudas en relación con la solicitud: ¿tiene que revestir la forma de demanda del art. 399 LEC? ¿Tiene que ir firmada por abogado y procurador? En su opinión, esta solicitud no ha de tener la forma de demanda, pero el solicitante sí ha de valerse de abogado y procurador, pues no se trata de uno de los actos procesales en los que la LEC –arts. 23 y 31– permite prescindir de estos profesionales, salvo que se soliciten “*medidas urgentes con anterioridad al juicio*”, en cuyo caso –de acuerdo con estos mismos preceptos– no sería precisa su intervención. Y si se pretende preparar una reclamación por daños cuya cuantía no exceda de 2.000 euros, ¿será necesaria la intervención de abogado y procurador? Estas y otras muchas dudas surgen debido al laconismo de la norma procesal.

En tercer lugar, el ponente se fija en un tema que también suscita múltiples incógnitas: la *tramitación procesal*. El art. 283 bis F LEC establece que, una vez recibida la solicitud, “se dará traslado” a la persona frente a la que se solicite la medida (...). En verdad, sólo podrá darse traslado de la solicitud si se trata de un procedimiento ya iniciado en el que el sujeto está comparecido, pero dicho traslado no será posible si el procedimiento aún no ha comenzado, en cuyo caso lo correcto será emplazarle, citarle o requerirle.

Tampoco se menciona cuál es la resolución procesal que tiene que dictarse para admitir a trámite la solicitud. No obstante, puesto que en la actualidad hasta las demandas de juicio ordinario son admitidas por decreto del Letrado de la Administración de Justicia, el Sr. Nieto entiende que no hace falta una resolución del Juez para admitir a trámite la solicitud, sino que basta una diligencia del LAJ (nótese que la redacción del art. 283 bis F LEC es muy similar a la del art. 734 LEC, sobre la citación a vista de medidas cautelares, y que este último precepto prevé expresamente que sea el Secretario judicial el que, mediante diligencia, convoque a las partes a la vista). El LAJ sólo deberá dar cuenta al Juez para que resuelva sobre la admisión de la solicitud en el caso de que estime falta de competencia objetiva o territorial del tribunal, lo que resultará poco probable, de un lado, porque resulta obvia la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de esta materia. Y, de otro lado, porque se trata de una materia en la que la competencia territorial es disponible para las partes, de modo que ha de entenderse que el demandante se somete por el mero hecho de interponer la demanda. Así las cosas, en este contexto resulta bastante extraño que el art. 283 bis D LEC establezca de forma expresa que el tribunal al que se soliciten las medidas de acceso a fuentes de prueba “revisará de oficio su competencia” (de nuevo, el legislador procesal copia lo dispuesto en el art. 257.2 LEC sobre la competencia para resolver las solicitudes de diligencias preliminares, olvidando que se trata de dos instituciones muy diferentes).

A continuación, el Sr. Nieto se refiere a la comparecencia prevista en el art. 283 bis F LEC. A diferencia de lo establecido para las diligencias preliminares, en donde está prevista, primero, una resolución judicial (auto) por la que se acuerdan o deniegan las diligencias solicitadas, después, la posibilidad de que la persona requerida para la práctica de las diligencias se oponga a ellas y, por último, y solo en caso de oposición, la celebración de vista, el art. 283 bis F LEC prevé una vista oral de la que aparentemente no hay posibilidad de escaparse. En efecto, tal y como está redactado este precepto no existe legalmente la posibilidad de desestimar la solicitud de acceso a las fuentes de prueba a *limini litis*, aunque la solicitud esté claramente condenada al fracaso desde el comienzo, sino que es necesario en todo caso convocar la vista, escuchar en ella al demandado y, sólo después, adoptar la resolución que proceda en Derecho.

En quinto lugar, el ponente pone de relieve la ambigüedad de la ley en lo concerniente a los motivos de oposición a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba que el sujeto requerido puede invocar. La LEC no contiene motivos tasados de oposición y el Sr. Nieto entiende que el destinatario de la medida podrá alegar en el acto de la vista, entre otros, los siguientes motivos: la falta de viabilidad del ejercicio de la acción, porque este es un requisito para la concesión –si la acción no es viable no debería concederse el acceso a la prueba; la falta de proporcionalidad de la medida; la desproporción de los costes o problemas de confidencialidad.

Con esto, el Sr. Nieto está ya respondiendo a la tercera de las preguntas formuladas en el cuestionario, relativa a si conviene utilizar la defensa del *passing-on* en este tipo de reclamaciones. En su opinión, resulta evidente que el *passing-on* se puede plantear como defensa (*passing-on* pasivo), toda vez que se trata de una cuestión concerniente a la viabilidad del ejercicio de la acción. En este punto, no obstante, hay una cuestión muy poco clara en la norma, a saber: ¿qué tipo de análisis debería hacer el Juez?, esto es, ¿el Juez tiene que razonar en términos hipotéticos o tiene que efectuar un análisis de prosperabilidad de la acción parecido al que debería hacer en sede de medidas cautelares? En su opinión, esto segundo es lo que conviene al caso. Resulta chocante, pues, que en una materia que está abocada a una importante complejidad, el Juez, para decidir sobre la solicitud de medidas de acceso a las fuentes de prueba, se vea obligado a pronunciarse a *limini litis* sobre complejas cuestiones concernientes a la apariencia de buen derecho, lo que sin duda no contribuirá a la agilidad, la rapidez y la resolución del pleito.

Para terminar, el Sr. Nieto aborda otra cuestión relevante: la resolución de la solicitud sobre medidas de acceso a fuentes de prueba y, particularmente, la ejecución de esa resolución. El art. 283 bis G LEC prevé toda una serie de consecuencias jurídicas desfavorables para el destinatario que no cumple la medida de acceso a las fuentes de prueba acordada por el Juez. Así, la primera de ellas es la entrada y registro de lugares cerrados. Según este precepto, “de ser preciso (el tribunal) podrá acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios, y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren”. En este punto –pone de manifiesto el Sr. Nieto–, el legislador copia –y copia mal– lo previsto en el art. 261 LEC para el caso de que la persona requerida judicialmente se niegue a llevar a cabo las diligencias preliminares, pues se olvida de añadir la coletilla –como sí hace en sede de diligencias preliminares– de que esta orden de entrada y registro procederá “cuando existan indicios suficientes de que pueden (los documentos) hallarse en un lugar determinado” o “se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra (la cosa)”. Pues bien, se pregunta el ponente: ¿el Juez va a ordenar la entrada en lugar cerrado para, teóricamente, obtener ese acceso a las fuentes de prueba que concedió y que la parte demandada no ha cumplido? Su opinión es, sencillamente, no.

En realidad, continúa diciendo el Sr. Nieto, toda esta preocupación es bastante baldía porque la ley efectivamente dice que el solicitante de medidas de acceso a las fuentes de prueba puede pedir al tribunal que imponga al sujeto que se niega a practicarlas medidas tales como que se acceda a lugar cerrado, que declare admitidos ciertos hechos, que tenga al demandado por tácitamente allanado, etc. (cfr. art. 283 bis H), pero, sin embargo, no dice que el Juez tenga que conceder todas estas medidas, ni dice en qué razonamientos debería basarse para concederlas ni con qué motivos debería denegarlas. Por consiguiente, todo esto va a quedar a criterio judicial. Además, algunas de estas medidas suscitan muchas dudas desde el punto de vista procesal. Por ejemplo, ¿cómo puede el Juez tener por allanado al destinatario de la medida si el procedimiento todavía no se ha iniciado? En el caso hipotético de que el Juez dicte un auto teniendo por allanado al demandado, ¿esta

resolución tiene eficacia de cosa juzgada en el procedimiento posterior? Si el procedimiento está en trámite aún podría tener sentido dictar un auto que se asemejase a un auto de allanamiento parcial del art. 21 LEC, pero en un procedimiento que no se ha iniciado es bastante compleja la concatenación de estas medidas de acceso previas con el procedimiento posterior. ¿Cómo se hace valer esta admisión de hechos en el procedimiento posterior? Si el Juez dicta un acto declarando admitidos los hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían, ¿esto significa que luego ya no se ha de practicar la prueba de interrogatorio de parte? Nótese que el art. 316 LEC establece que en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales “*si no contradice el resultado de las demás pruebas*” (por tanto, se tendrán por ciertos o no).

§. En definitiva, por todo lo anteriormente expuesto, la opinión del Sr. Nieto es que esta nueva institución del acceso a las fuentes de prueba va a dar exiguos resultados y va a tener una eficacia muy escasa a la hora de constituir ese remedio incisivo que se pretendía instituir para preparar los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

2. Intervención de D. Paul Anthony Hitchings

A continuación, toma la palabra el Sr. D. Paul Anthony Hitchings, Socio de Cuatrecasas, avanzando el carácter práctico de su intervención. Comienza el ponente haciendo dos observaciones iniciales, a raíz de lo manifestado por el Sr. Nieto.

En primer lugar, comparte con él la idea de que estamos ante una institución nueva cuyo origen es el efecto útil de una norma material, el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En efecto, basta con leer la Exposición de Motivos de la Directiva para ver que estamos ante normas procesales que nacen de la exigencia de Derecho comunitario de que una norma que prohíbe los actos restrictivos de competencia tenga plena eficacia. Como ha dicho en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el desarrollo de la norma europea depende en vía civil de la normativa procesal nacional. La *complejidad* que caracteriza a las acciones por daños ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia, que suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo (considerando 14 de la Directiva), y la *asimetría de información* que caracteriza a estos litigios, pues las pruebas que se necesitan para acreditar una reclamación de daños y perjuicios (o el *pass-on*) suelen estar principalmente en posesión de la parte contraria (considerando 15 de la Directiva), es lo que lleva a la Unión Europea a establecer la necesidad de que los Estados miembros garanticen el derecho de los litigantes a obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones que estén en poder de la parte contraria o de terceros. La Unión Europea es consciente de que el *disclosure* o exhibición de pruebas sólo existe en modo amplio en algunos países, como en particular Inglaterra, pero de forma mucho más reducida en el resto de los Estados miembros. Asimismo, por varios motivos, entre otros cuestiones relacionadas con el sistema judicial y procesal, Inglaterra, junto con Holanda y Alemania, son los países en los que se centra la mayor parte de la litigación en este campo en la UE. El objetivo es, por tanto, la necesidad de establecer un campo de juego más homogéneo en la UE.

En segundo lugar, señala el ponente, en este momento estamos en una fase transitoria en cuanto al uso de las nuevas medidas de *disclosure*. Todavía no tenemos demasiada experiencia. De hecho, algunos jueces están diciendo que este nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba sólo se aplica en procesos incoados después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transpone la Directiva, esto es, después del 27 de mayo de 2017. Lo que resulta discutible porque los Estados miembros estaban obligados por la Unión Europea a transponer estos conceptos procesales a sus Derechos nacionales a más tardar el 27 de diciembre de 2016 (art. 21 de la Directiva).

Como ya ha dicho el Sr. Nieto, efectivamente, durante el procedimiento, no hay una norma como esta. Lo que sí hay, y se utiliza bastante, es la norma del art. 328 LEC sobre el deber de exhibición documental entre partes, o el art. 336.5 LEC en cuya virtud el perito puede solicitar el acceso a cierta información necesaria para la preparación de su informe de cuantificación del daño, lo que se asemeja bastante a una petición normal de *disclosure*; normas cuya interpretación se está pidiendo que se haga a la luz de las previsiones de la Directiva.



Dicho esto, y respondiendo ya a la primera pregunta del cuestionario, el Sr. Hitchings señala que este nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba puede tener consecuencias muy relevantes y habrá que esperar a ver cómo van funcionando en la práctica estas nuevas normas. Por su experiencia en los litigios en Inglaterra, concretamente, en este tipo de acciones, el ponente señala que son muchas las diferencias entre ambos países. Aquí en España, el debate que se genera actualmente se centra en los deberes y cargas de cada parte y cómo configurar el tratamiento de estas cuestiones dentro del procedimiento procesal español. Existe una incertidumbre acerca de cómo tratar peticiones de acceso al expediente administrativo, tanto desde los juzgados como desde la administración española (la CNMC). Por otro lado, tanto los abogados como los juzgados partes ya estaban demostrando una creatividad para buscar soluciones prácticas dentro del proceso actual para facilitar un acceso efectivo a fuentes de prueba, respetando a su vez la confidencialidad de la información; y dio el ejemplo de un acuerdo entre partes, homologado por el juzgado, para ofrecer acceso vía una especie de *dataroom*. En este contexto, un principio esencial del *disclosure* tal y como planteado en la Directiva es el de la proporcionalidad que es el garante de que el mecanismo sea algo manejable y razonable, no llegando a los excesos del sistema inglés.

Destacó asimismo el ponente la existencia de un debate intenso actualmente sobre hasta dónde llega la resolución administrativa en determinar la existencia de efectos, el papel de las presunciones y el alcance de la libertad o autonomía que tiene el Juez civil para valorar una reclamación de daños en ese marco (solamente hay que mirar las sentencias en el caso del cártel de los sobres de papel, versión Barcelona y Madrid). No obstante, a juicio del ponente, este debate se tendrá que evolucionar con el tiempo hacia un análisis más sofisticado de las reclamaciones civiles basado en la prueba, siendo el *disclosure* clave en este proceso.

El Sr. Hitchings comentó brevemente la cuestión de *pass-on* (cuestión que tuvo ocasión de estudiar en detalle como co-autor del estudio para la Comisión Europea publicado en octubre de 2016: el “*Pass-on Study*”), destacando lo esencial de esta cuestión dentro del planteamiento del resarcimiento de daños que responde a un principio compensatorio en Europa (y no un principio punitivo, como aplica por ejemplo en EEUU). En este campo, pero todavía con poca experiencia en los juzgados en España, la posibilidad de acceder a fuentes de prueba del demandante por parte del demandado también es esencial.

El ponente concluyó subrayando la oportunidad en su opinión de favorecer una mayor especialización y centralización de los juzgados competentes en esta materia con el fin de permitir un desarrollo coherente y predecible de la práctica de los juzgados españoles en este ámbito, tomando en cuenta la necesidad de contar con los recursos adecuados para asegurar la adecuada gestión de volúmenes potencialmente importantes de documentación y proteger la confidencialidad de la misma.

3. Intervención de D. Enrique Vallines García

En tercer lugar, toma la palabra D. Enrique Vallines García, Profesor Titular de Derecho Procesal de la UCM, agradeciendo al Departamento y a Grant Thornton la confianza depositada en él para intervenir como ponente en el presente foro.

D. Enrique centra su intervención en dos temas, a saber: de un lado, si el nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho a la competencia puede extrapolarse a la generalidad de los procesos civiles y, de otro lado, el tema de la proporcionalidad.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, a diferencia del Sr. Hitchings, quien se ha manifestado a favor de ser cauteloso e ir poco a poco, experimentando primero este sistema en derecho de la competencia, D. Enrique –sumándose a lo ya manifestado por, entre otros, Fernando Gascón, Gerhard Wagner y Nicolò Trocker– se inclina por ser más valiente. A su juicio, dentro de la Directiva hay suficientes elementos generales como para generalizar el sistema a cualquier proceso civil. Y esto por varios motivos.

En primer lugar, por una cuestión de igualdad o no discriminación: todos los litigantes deben tener unas posibilidades similares de acceder a la información y/o las pruebas en manos del contrario. ¿Por qué los litigantes en un proceso sobre daños antitrust tienen el beneficio de mayor acceso a las fuentes de prueba que los litigantes de otro procedimiento?

Y, en segundo lugar, porque la aplicación de la filosofía general de la Directiva a la generalidad de los procesos permitiría corregir ciertas disfunciones:

Por un lado, disfunciones en las posibilidades de preparación del proceso antes de la interposición de la demanda y, particularmente, las limitaciones tan estrechas y tan rígidas a las que se ven abocados los demandantes cada vez que solicitan una diligencia preliminar, pues los juzgados siguen siendo muy restrictivos a la hora de concederlas. Denegada la diligencia preliminar solicitada, el abogado del demandante se debate entre (a) renunciar a demandar (o dicho de otro modo, no ejercitar su derecho fundamental a la tutela judicial, con la consiguiente “impunidad” del eventual infractor), toda vez que la falta de datos no permite calibrar bien la prosperabilidad de la pretensión, o (b) presentar la demanda “a ciegas”, sin la necesaria información/prueba para valorar adecuadamente las posibilidades de éxito de su pretensión. En fin, el carácter cerrado y restrictivo de las diligencias preliminares limita el derecho a la tutela de quien quiere tutela, y una manera de corregir eso es expandir la filosofía de la directiva de facilitar el acceso a las fuentes de prueba a cualquier procedimiento.

Y, por otro lado, disfunciones en la aplicación de consecuencias negativas para quienes, una vez iniciado el proceso, no cumplen con los requerimientos judiciales de entrega de documentación, bajo el pretexto de que la documentación no obra en su poder. Con carácter general, los jueces suelen mostrar reparo a la hora de sancionar al que no coopera en el

procedimiento y no es frecuente que utilicen la no cooperación en la aportación de pruebas como elemento de decisión. Hoy día, cuesta mucho, por ejemplo, que el Juez aplique lo previsto en el art. 329.1 LEC y atribuya valor probatorio a la versión del documento no aportado, o lo previsto en el art. 217.7 LEC de hacer una inversión judicial de carga de la prueba por los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria. En la filosofía general de la Directiva (art. 8, sanciones), y de su transposición a nuestro Derecho (art. 283 bis H LEC, consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba), está implícita la necesidad de que los jueces y magistrados hagan un uso contundente de las consecuencias desfavorables previstas para la falta de colaboración, y esto es un valor que también deberíamos exportar a todos los procesos y no solo a los procesos antitrust, de cara a mejorar la justicia civil en general.

Por todos estos motivos, D. Enrique cree que el nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba sí debería ser extrapolable a la generalidad de los procesos, pero, eso sí, siempre que se potencie la formación del personal judicial para crear un “ambiente” propicio a la aplicación del nuevo sistema.

La segunda cuestión en la que se centra el ponente es el tema de la proporcionalidad que, a su juicio, constituye la esencia del sistema, junto con las sanciones para el obstruccionista. Sobre este punto, D. Enrique realiza un análisis más académico. La clave es la siguiente: ¿la petición de acceso a fuentes de prueba es proporcionada o no? Eso es lo que tiene que resolver el Juez y para hacerlo tiene que calibrar todos los intereses en juego, a saber: los intereses del solicitante, los intereses del solicitado y de terceros y el interés público.

Dentro de los *intereses del solicitante*, en primer lugar, hay que hacer un análisis del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. El art. 283 bis A 1 LEC así lo exige al disponer que los hechos y pruebas “*sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia*”. A mayor *fumus* mayor razón para conceder el acceso a las fuentes de prueba. En segundo lugar, hay que valorar la pertinencia, utilidad o relevancia de la prueba requerida para la fundamentación de la pretensión, esto es, que la prueba se relaciona con el caso y que es la adecuada para conseguir lo que pretende. Cuanto más pertinente, más útil, más relevante sea la prueba requerida, más razones para concederla. En definitiva, y como resumen de todo lo anterior, lo que hay que calibrar son los derechos del propio solicitante, tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como los derechos materiales o sustantivos que el solicitante quiere que se le tutele a través del acceso a las fuentes de prueba. Todo ello en línea con lo que ya ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ha puesto de manifiesto la relación entre el acceso a las fuentes de prueba y el derecho de acceso a la justicia (Sentencias *KH. c. Eslovaquia*; y *MacGinley and Egan c. UK*), así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, al interpretar el art. 8 de la Directiva 2004/48/CE sobre respeto a los derechos de propiedad intelectual, ha subrayado la importancia que el acceso a la información y las fuentes de prueba tiene para el derecho a la tutela judicial efectiva y para los derechos de propiedad intelectual (Asuntos *Promusicae, LSG, Bonnier Audio*, y, en especial, *Coty Germany*).

Dentro del segundo grupo de intereses, los del *solicitado* y de *terceros*, el ponente resalta los siguientes cuatro aspectos:

- 1º. La prohibición expresa de las *fishing expeditions* contenida en el Considerando 23 de la Directiva, con el fin de proteger al solicitado y a terceros de una intromisión del Estado excesivamente agresiva en su esfera patrimonial o personal que sea indiscriminada e injustificada.
- 2º. La necesidad de protección de información confidencial, mencionada hasta la saciedad en la Directiva y también en la transposición, con medidas para protegerla en caso de que se conceda el disclosure o sanciones si se incumplen.
- 3º. Los costes del solicitado: si le va a costar mucho al solicitado o al tercero y no es proporcionado respecto de lo que obtendría el solicitante, el acceso se puede denegar. No obstante, eso se pretende compensar en la reforma con la norma sobre gastos y caución del art. 283 bis C LEC.
- 4º. De una manera más general, la necesidad de protección de los derechos del solicitado y de terceros: de todos los derechos (incluidos los patrimoniales; por eso la importancia de los costes), pero, en especial, del derecho a la intimidad (lo que incluye la protección de datos personales) y de la libertad de empresa (ambos recogidos en la CE y en la CDFUE), que son el fundamento de la prohibición de *fishing expeditions* y de la protección de la información confidencial.



Y, por último, el *interés público*, que también aparece de manera reiterada en la Directiva: aparece en los considerandos; también cuando se refiere a la protección del interés en la aplicación pública del Derecho de la competencia (art. 6.4.c de la Directiva); e incluso también en la remisión que hace la propia Directiva y la reforma al art. 4 del Reglamento no 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en el que precisamente se prevé que las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección del interés público (art. 6.2 de la Directiva). La gravedad de afectación del interés público también es un elemento esencial que juega en el juicio de proporcionalidad.

D. Enrique termina su intervención manifestando que el sistema de acceso a las fuentes de prueba de la Directiva no es un *discovery* a la americana. El *discovery* es tan amplio que sí permite las *fishings expeditions* y un acceso mucho más indiscriminado que el que prevé la Directiva. No hay que tener miedo a que este nuevo sistema de acceso a las fuentes de prueba sea un *discovery* que ponga en riesgo la privacidad o la libertad de empresa. La Directiva y la reforma contienen elementos suficientes para contrarrestar cualquier petición de acceso indiscriminado.

En su opinión, la explicación de por qué en EUU el *discovery* es tan amplio puede estar en el propio sistema procesal americano y en lo que ellos llaman el "*pleading standard*", el estándar de alegación inicial del proceso, porque ellos utilizan lo que llaman un sistema de "*notice pleading*", es decir, el contenido del acto inicial del proceso es tan breve que llama a un *disclosure* con un ámbito amplísimo. En cambio, en nuestra tradición europea seguimos un sistema de estándar de alegación inicial mucho más estricto, conocido como de "*fact pleading*", en el que el demandante tiene que ser exhaustivo en el relato de los hechos desde el principio, lo cual le exige una exhaustiva labor de investigación previa que, por inercia, convierte siempre a cualquier actividad de *discovery* en una actividad más limitada que la que puede llegar a tener lugar en los EEUU.



4. Intervención de D. Helmut Brokelmann

En cuarto y último lugar interviene el Sr. D. Helmut Brokelmann, Socio Director de Martínez-Lage Allendesalazar & Brokelmann, quien comienza su intervención agradeciendo a los anfitriones su amable invitación.

Para el Sr. Brokelmann, el punto clave es la *naturaleza jurídica* de esta nueva institución de acceso a las fuentes de prueba. Si nos queremos resistir contra una invasión procesal anglosajona del *disclosure*, totalmente ajeno a nuestra cultura procesal continental europea, la forma de hacerlo es convertirlo en un derecho material, tal y como han hecho los alemanes. Efectivamente, Alemania ha transpuesto la Directiva sin modificar ni una coma su Ley de Enjuiciamiento Civil y ha convertido el derecho a exhibición de documentos prescrito por la Directiva en un derecho material recogido en una nueva disposición de la Ley de Defensa de la Competencia. Y eso ha dado lugar ya a una primera aplicación jurisprudencial por el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf en un auto muy polémico dictado el pasado mes de abril en un caso de reclamación de daños del cártel de camiones en el que el demandante –por cierto, español– había hecho valer esta nueva norma, ya transpuesta, y había exigido la Decisión de la Comisión Europea Camiones completa en su versión no confidencial y todos los documentos mencionados en nota a pie de página, esto es, todos los elementos en que se basaba la prueba de la infracción. El tribunal en su resolución ha dicho que procesalmente esta nueva norma es, en principio, aplicable, pero como se trata de una norma *material*, en virtud del régimen de aplicación temporal previsto en el art. 22 de la Directiva², no se puede aplicar retroactivamente, por lo que no resulta de aplicación a cárteles antiguos y el cártel de los camiones va de 1997 a 2011 y, por tanto, no se puede aplicar.

De inmediato, el Sr. Hitchings interviene para preguntar en qué medida la división entre normas procesales y materiales va a ser una cuestión de cada país o un concepto europeo.

El Sr. Brokelmann indica que la cosa va aún más lejos. Esto ya lo hemos visto en el cártel de los sobres, en el que los juzgados de Barcelona estimaron todas las demandas y los juzgados de Madrid las desestimaron todas. Los de Barcelona, para estimarlas, hacen una aplicación de presunciones de la Directiva que, en realidad, no son aplicables, toda vez que la Directiva aún no estaba transpuesta, pues estamos hablando de un cártel que terminó en 2010. La *presunción del daño* es una norma material y no puede tener efectos retroactivos y, por tanto, no puede aplicarse a un cártel terminado en 2010. Queda la cuestión del efecto *directo*, pero no se discute que el efecto directo solo se aplica a partir de la expiración del plazo de transposición de la Directiva, el 26 de diciembre de 2016, y el cártel terminó antes. También resulta muy discutible la aplicación del principio de *interpretación conforme*, pues la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante las discrepancias existentes entre Abogados Generales, ha dicho que tampoco cabe la interpretación conforme antes de que haya transcurrido el plazo de transposición (lo que no se le puede exigir al Estado, tampoco

se le puede exigir al Juez). Luego, la interpretación conforme tiene límites: los límites de los principios generales de Derecho comunitario, que son la no retroactividad, la seguridad jurídica –la confianza legítima– y el no *contra legem*. Aquí se ha aplicado la presunción del daño, desconocida en Derecho español, tanto en el art. 1902 del CC como en la jurisprudencia; se ha aplicado también la facultad del Juez de estimar el daño –nótese que la estimación del daño es una norma procesal a la que no se le aplica la prohibición de la retroactividad–; y lo que también se ha estimado en alguna de estas sentencias es el régimen de responsabilidad limitada y subsidiaria del beneficiario de clemencia que prevé la Directiva en su art. 11.4. Por lo tanto, interpretación conforme, antes de plazo, *contra legem* y, además, en perjuicio de particular.

Dicho esto, el Sr. Brokelmann se suma a lo ya dicho por los tres ponentes anteriores en relación con la necesidad urgente de que las diligencias preliminares dejen de ser *numerus clausus*. Se trata de un instrumento necesario para preparar el pleito y para plantearlo bien desde el principio que debe flexibilizarse, y el nuevo sistema debiera servir para esto.

Sobre proporcionalidad, el ponente está totalmente de acuerdo con los tres elementos del test de proporcionalidad expuestos por D. Enrique. Quizás, el legislador comunitario le da más importancia al interés público que la que él le ha dado. Esta Directiva tiene como objetivos: 1. Codificar el acervo comunitario y 2. Facilitar las acciones indirectas, con la presunción del *pass-on* cuando reclama el comprador indirecto, lo que, a su juicio, es un grave error de política legislativa. En su opinión, la concentración de las acciones en los compradores directos es esencial para que el derecho de reclamación de daños funcione en la práctica. Adviértase que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce el *passing-on*, pero dice que solo puede haber *pass-on* si se repercute todo el daño y no solo el sobreprecio y lo mismo habían sentenciado en Tribunal Supremo español (azúcar) y el BGH alemán (ORWI).

En cuanto los efectos que puede tener el nuevo sistema de acceso a las pruebas, el Sr. Brokelmann considera que podría tener dos efectos: i) en teoría, podría tener el efecto americano del chantaje, de modo que el requerido se asuste tanto del *discovery* que se le viene encima que esté dispuesto a llegar a un acuerdo transaccional, aunque no cree que nos encontremos en ese escenario; ii) las partes y, en particular, el demandante, que es el que sufre la asimetría de información, va a poder calibrar mejor su posición y esto, sin duda, puede dar lugar a una cultura de transacción que ciertamente en España ahora no existe.

También, al igual que D. Enrique, el ponente se muestra partidario de que se castigue al obstruccionista y de que los jueces y magistrados hagan uso contundente de las consecuencias desfavorables previstas para la falta de colaboración.

Y, en cuanto a la conveniencia de utilizar el *passing-on* en este tipo de reclamaciones, no se trata de una cuestión de mera conveniencia, sino de una defensa que hay que utilizar en todo caso, aunque hay que diferenciar porque hay casos muy distintos. Como ya ha dicho, le parece desacertada esta presunción y esta facilitación de las acciones indirectas.

A las intervenciones iniciales de los cuatro ponentes, le sigue un encendido debate que pone de manifiesto que estamos ante un tema complejo de candente actualidad, necesitado de estudio y análisis, tal y como comenzaba señalando el Sr. Nieto al principio de su intervención.



2 Artículo 22. Aplicación en el tiempo

1. Los Estados miembros se asegurarán de que las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 21 a fin de cumplir con las disposiciones sustantivas de la presente Directiva no se apliquen con efecto retroactivo.
2. Los Estados miembros se asegurarán de que ninguna medida nacional adoptada en virtud del artículo 21, distinta de aquellas a las que se refiere el apartado 1, se aplique a las acciones por daños ejercitadas ante un órgano jurisdiccional nacional antes del 26 de diciembre de 2014.