

**Asunto C-2/23****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

3 de enero de 2023

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria)

**Fecha de la resolución de remisión:**

20 de diciembre de 2022

**Partes recurrentes:**

FL und KM Baugesellschaft m.b.H. &amp; Co. KG

S AG

**Objeto del procedimiento principal**

Derecho de la competencia — Protección de declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y de solicitudes de transacción — Eficacia frente a las autoridades penales

**Objeto y fundamento jurídico de la cuestión prejudicial**

Interpretación del Derecho de la Unión; artículo 267 TFUE

**Cuestiones prejudiciales**

## Cuestión 1:

¿Deben interpretarse las normas sobre competencia de Derecho de la Unión —en particular la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, y sus artículos 6, apartados 6 y 7, y 7, apartado 1, así como la Directiva 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, y su artículo 31, apartado 3,— en el sentido de que la protección de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y de las

solicitudes de transacción contempladas en dichas disposiciones, así como de la información obtenida de las mismas, tiene eficacia absoluta igualmente oponible a las autoridades penales (fiscalías y órganos jurisdiccionales de lo penal), de suerte que las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción no pueden incorporarse al sumario en el marco de un procedimiento penal ni servir de base para ulteriores investigaciones?

Cuestión 2:

¿Deben interpretarse las normas sobre competencia de Derecho de la Unión —en particular la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, y sus artículos 6, apartados 6 y 7, y 7, apartado 1, así como la Directiva 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, y su artículo 31, apartado 3— en el sentido de que la protección absoluta de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción (en el sentido de la cuestión 1) también comprende los documentos y la información obtenida de los mismos que el solicitante de clemencia o de una transacción haya presentado para acreditar, concretar y probar el contenido de la declaración efectuada en el marco del programa de clemencia o de la solicitud de transacción?

Cuestión 3:

¿Deben interpretarse las normas sobre competencia de Derecho de la Unión —en particular la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, y sus artículos 6, apartados 6 y 7, y 7, apartado 1, así como la Directiva 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, y su artículo 31, apartado 3— en el sentido de que la protección de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción (y los documentos mencionados en la cuestión 2), así como de la información obtenida de las mismas, tiene eficacia absoluta, que puede oponerse igualmente en un procedimiento penal, por un lado, a los investigados que no sean los autores de la respectiva declaración en el marco de un programa de clemencia o de la solicitud de transacción y, por otro lado, a otras partes del procedimiento penal (en particular, los perjudicados que ejercitan acciones civiles), de suerte que los investigados y perjudicados no podrán acceder a las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia, las solicitudes de transacción y los documentos presentados a tal fin, ni tampoco a la información obtenida de aquellos?

### **Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas**

Directiva 2014/104/CE 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

Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados

miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

Bundes-Verfassungsgesetz (Constitución austriaca; en lo sucesivo, «B-VG»): artículo 22

Strafprozessordnung 1975 (Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1975; en lo sucesivo, «StPO»): artículo 2, apartado 1; artículo 49, apartado 1, punto 3, y apartado 2; artículo 51, apartados 1 y 2, párrafo primero; artículo 65, punto 2; artículo 66, apartado 1, punto 2; artículo 68, apartados 1 y 2; artículo 76, apartados 1 y 2; artículo 87, apartado 1, artículo 106, apartado 1, y artículo 162

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

- 1 La Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (Fiscalía Central de Persecución de Delitos Económicos y de Corrupción; en lo sucesivo, «Fiscalía») abrió un procedimiento de instrucción contra numerosas empresas de construcción y sus responsables por la adopción de acuerdos restrictivos de la competencia en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos públicos, de conformidad con el artículo 168b, apartado 1, del Strafgesetzbuch (Código Penal) austriaco y por la comisión de otros delitos. El proceso abarca, en el período comprendido entre 2006 y 2017, más de 350 procedimientos de adjudicación sospechosos y, en la actualidad, a unos 860 investigados.
- 2 En paralelo a este procedimiento penal, la Bundeswettbewerbsbehörde (Autoridad Federal de Defensa de la Competencia, Austria) incoó un procedimiento en materia de competencia dirigido a la imposición de multas ante el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena), que es el órgano jurisdiccional austriaco competente en materia de prácticas colusorias (en lo sucesivo, «Kartellgericht»). En este procedimiento, las dos recurrentes solicitaron acogerse a un programa de clemencia conforme a la normativa sobre competencia. Su participación en dicho programa de clemencia prosperó y el Kartellgericht impuso, estimando las pretensiones formuladas en tal sentido por la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia, una multa reducida.
- 3 La Fiscalía llevó a cabo la instrucción en coordinación con la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia. La Fiscalía también solicitó al Kartellgericht, en el marco de la asistencia mutua, que le remitiera una copia del expediente. Al remitir dicha copia, el Kartellgericht hizo referencia expresa al artículo 22 de la B-VG y a una sentencia del Oberstes Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) en virtud de la cual la disposición de la Kartellgesetz (Ley de Defensa de la Competencia) entonces en vigor, que restringía el acceso de terceros a los expedientes del Kartellgericht, no es aplicable a la Fiscalía, y dicha disposición no

establece ninguna obligación legal de confidencialidad que pueda oponerse también a las autoridades penales. A solicitud de la Fiscalía, la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia también envió documentación, en el marco de la asistencia mutua, haciendo referencia a la protección de la documentación enviada contemplada en la Directiva 2019/1. La Fiscalía incorporó al sumario las partes del expediente del Kartellgericht que consideró relevantes, así como la documentación enviada por la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia, incluidas (partes de) las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia y solicitudes de transacción con sus anexos, y, sobre la base de esta documentación, elaboró una nueva solicitud de investigación remitida a la Policía.

- 4 A continuación, las recurrentes solicitaron a la Fiscalía que no incluyera en el sumario las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia, solicitudes de transacción y demás documentos, que no los utilizase y, en cualquier caso, que los excluyera de forma permanente del acceso al sumario, y en particular que impidiera tal acceso a todos los demás investigados y perjudicados. La Fiscalía no aceptó esta solicitud, y se limitó a excluir provisionalmente (hasta la elucidación definitiva de esta cuestión por el órgano jurisdiccional) el acceso a partes de tal documentación (en particular, las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia y las solicitudes de transacción).
- 5 Contra esta decisión de la Fiscalía las recurrentes interpusieron recurso, que la Fiscalía remitió al Landesgericht für Strafsachen Wien (Tribunal Regional de lo Penal de Viena, Austria). Este desestimó el recurso, decisión esta que las recurrentes impugnaron en apelación ante el órgano jurisdiccional remitente.

### **Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal**

- 6 La protección frente a la divulgación de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia, de las solicitudes de transacción y de la información obtenida de aquellas está dirigida a beneficiar a los solicitantes de clemencia en el marco de procedimientos de reclamación de indemnización por daños y perjuicios y procedimientos penales, algo que tanto el legislador nacional como el de la Unión consideran que constituye un estímulo necesario para el buen funcionamiento de los programas de clemencia.
- 7 Por ejemplo, el artículo 31, apartado 3, de la Directiva 2019/1 prevé que no se permitirá ninguna forma de divulgación de las declaraciones de clemencia ni de las solicitudes de transacción, y establece una obligación expresa de confidencialidad cuyo cumplimiento ha de garantizarse *erga omnes*, esto es, también frente a las autoridades penales y terceros.
- 8 Así lo propugnan también el artículo 13, apartado 4, de la Directiva 2019/1, que, con el fin de garantizar la efectividad de los programas de clemencia contemplados en las normas sobre competencia, establece la aplicación prioritaria del Derecho de la competencia respecto del Derecho penal interno, y el considerando 72 de esta Directiva.

- 9 Los medios de prueba aportados por los solicitantes de clemencia en el marco o para el procedimiento tramitado ante las autoridades de defensa de la competencia (por ejemplo, informes sobre investigaciones internas o las listas y actas elaboradas para la autoridad de defensa de la competencia) forman parte de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y gozan igualmente de protección. Tal protección es igualmente oponible a las autoridades penales. Obtener indirectamente información de posibles perjudicados por medio del procedimiento penal socavaría la protección absoluta.
- 10 De no garantizarse la protección absoluta de las solicitudes de transacción, así como de la información obtenida de aquellas, sobre la base del Derecho austriaco aplicable, procedería aplicar las correspondientes disposiciones de Derecho de la Unión en virtud de la aplicación prioritaria del Derecho de la Unión.
- 11 Es de temer que los terceros (investigados y perjudicados) a los que no se permita consultar las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción de conformidad con las normas sobre competencia y prácticas colusorias, así como con arreglo al artículo 6, apartado 6, de la Directiva 2014/104 y el artículo 31, apartado 3, de la Directiva 2019/1, lleguen a conocer el contenido de esta documentación por la vía indirecta del procedimiento penal. De este modo, la posición de los recurrentes que se acogen al programa de clemencia sería menos favorable que la de los demás investigados, tanto desde el punto de vista de la normativa penal como de la civil.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

#### *Exposición de la situación jurídica en Austria*

- 12 En Austria rige el principio de actuación de oficio, del cual se desprende, en relación con la facultad de dirección de los procedimientos de instrucción atribuida al Ministerio Fiscal, que este deberá perseguir toda sospecha inicial y esclarecerla mediante las diligencias de investigación oportunas. Toda la información pertinente así obtenida deberá incluirse en el sumario. Dicha información puede obtenerse también mediante las solicitudes de asistencia judicial y administrativa dirigida a otras autoridades. Las autoridades están obligadas a prestarse asistencia mutua. Dicha asistencia puede restringirse o denegarse respecto a las autoridades penales únicamente por disposición expresa de la ley.
- 13 El Derecho austriaco no establece ninguna restricción expresa de la asistencia judicial y administrativa entre los tribunales y autoridades de defensa de la competencia, por un lado, y las autoridades penales, por otro. El Derecho penal tampoco prohíbe la aportación como medio de prueba de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y solicitudes de transacción contempladas en las normas sobre competencia o prácticas colusorias.

- 14 El derecho de acceso al sumario que la Ley de Enjuiciamiento Criminal austriaca confiere a las diversas partes del proceso tiene un alcance diferente en cada caso, de suerte que el investigado, en principio, goza de un derecho de acceso al sumario en su integridad. A tal respecto, se parte del principio de exhaustividad del sumario. La restricción del acceso de los investigados al sumario solo es posible en supuestos excepcionales y de forma temporal. En el presente asunto no concurre ninguna excepción.
- 15 Además del investigado, tanto la víctima como la acusación civil tienen derecho a acceder al sumario, lo cual se les deberá permitir, en principio, cuando ello sea necesario para la salvaguarda de sus intereses (referidos a las pretensiones formuladas).
- 16 Así pues, la Fiscalía incorporó lícitamente al sumario, sobre la base de la normativa austriaca, los documentos del procedimiento en materia de competencia (incluidas las declaraciones efectuadas en el marco del programa de clemencia, solicitudes de transacción y otros documentos) obtenidos en el marco de la asistencia administrativa y judicial, y formuló, conforme a Derecho, a partir de aquellos las solicitudes de investigación. Ello proporcionó a las partes del proceso la posibilidad, en principio, de acceder a estas partes del sumario. Por este motivo, las recurrentes solicitaron que no se incorporasen al sumario los documentos e información correspondientes, que estos no se utilizasen para nuevas diligencias de investigación o que se impidiera permanentemente a todas las partes del proceso acceder al sumario.

*Exposición de la cuestión con arreglo al Derecho de la Unión*

- 17 En virtud del artículo 6, apartados 6 y 7, de la Directiva 2014/104 y del artículo 31, apartado 3, de la Directiva 2019/1, cabe sostener la tesis de que la protección de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción, contempladas en estas Directivas, frente a su divulgación ha de tratarse de una protección amplia que, por tanto, ha de ser eficaz frente a cualquier tercero y, pues, respecto a los tribunales o autoridades y a las partes de los respectivos procesos. Esta interpretación viene igualmente respaldada por el artículo 13, apartado 4, de la Directiva 2019/1.
- 18 A nivel interno, se suscita el problema de que el Kartellgericht y la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia están obligados a prestar asistencia administrativa y judicial y, por tanto, a entregar sus expedientes, incluidas las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia, las solicitudes de transacción y la información obtenida de aquellas. En la medida en que estos documentos entregados contienen información relevante para el proceso penal, deberán incorporarse al sumario del proceso y las partes del mismo podrán acceder a ellos mediante su consulta. Estos podrán utilizar la información así obtenida, por ejemplo, para el ejercicio de acciones de indemnización por daños y perjuicios.

- 19 Solo cabe establecer restricciones de acceso al sumario en unos pocos supuestos, si bien no se contempla en principio una limitación permanente y general. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, ello tiene consecuencias negativas, desde los puntos de vista penal y civil, para los solicitantes de clemencia conforme a las normas sobre competencia, socavándose de este modo el objetivo de protección de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y de las solicitudes de transacción frente a su divulgación.
- 20 Es evidente que las citadas Directivas contemplan una protección de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y solicitudes de transacción frente a su divulgación más amplia que la mera protección prevista en los procedimientos sobre competencia. Sin embargo, esta protección se vería frustrada si las partes del proceso penal tuvieran la posibilidad de acceder al sumario. En el presente procedimiento se suscita, pues, la cuestión de si y, en su caso, qué partes del expediente del proceso sobre competencia puede incorporarse al sumario del proceso penal y a quién debe permitirse (si es que ha de permitirse a alguien) acceder a estas partes del sumario.
- 21 En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la protección de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción (y de la información obtenida de ellas) contemplada en las citadas Directivas tiene carácter absoluto y, por tanto, es oponible también a las autoridades penales (cuestión 1). De ser tal el caso, ya no se permitiría a las autoridades penales incorporar los documentos al sumario y adoptar a partir de los mismos nuevas diligencias de investigación.
- 22 En caso de que tal protección tenga carácter absoluto, se planteará la cuestión relativa a su alcance, esto es, si, en el presente asunto, además de las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia y solicitudes de transacción, también comprende los documentos que haya presentado el solicitante de clemencia para acreditar, concretar y probar el contenido de la declaración efectuada en el marco de un programa de clemencia (cuestión 2).
- 23 En caso de respuesta negativa a la cuestión 1 y si los documentos de que se trata se incorporan al sumario del proceso penal y pueden utilizarse para posteriores investigaciones, habrá de elucidarse si la protección contemplada en las Directivas implica, cuando menos, que ha de denegarse con carácter permanente el acceso de los demás investigados junto al solicitante de clemencia y/o de otras partes del proceso penal a estas partes del sumario (cuestión 3), lo cual supondría una injerencia en el Derecho penal austriaco y en los derechos del investigado protegidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.