

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ
Vicepresidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia
Magistrado

I. RAZÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Hace ya bastantes años que por diversos juristas de prestigio se ha puesto de relieve la necesidad y razón de ser de las medidas cautelares¹. Si bien éstas son comunes a todo tipo de procedimientos, es en la jurisdicción civil donde encuentran un mayor desarrollo, motivado tal vez por la regulación más moderna y eficaz de determinados derechos como son los referidos a la propiedad industrial e intelectual o a la exigencia de concurrencia leal en el mercado.

La tradicional crítica a la lentitud de la justicia, común a los países del denominado sistema continental, sume al ciudadano en total desesperanza al comprobar que cuando al fin se le reconoce su derecho por los Tribunales el mismo no puede hacerse efectivo, pues los bienes que le tienen que ser entregados han desaparecido o se han deteriorado por el paso del tiempo, o el obligado a pagar ha devenido insolvente, por citar sólo los casos más comunes. Otros supuestos de contenido económico muy importantes en la moderna sociedad industrializada, como son los citados derechos de propiedad industrial, en los que por su propia naturaleza la tardanza en el reconocimiento del derecho resulta en muchos supuestos irreparable o de muy difícil remedio, como el caso de la marca imitada, conlleva a la busca de algún tipo de solución, que van a proporcionar las medidas cautelares.

¹ CHIOVENDA: «La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para quien teniéndola se ve obligado a acudir a los tribunales»; «Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921», en *Giur. civ. e comm.*, 1921, p. 362. CALAMANDREI: «Las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto pero mal, o hacerlas bien pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien y del mal a las reposadas formas del proceso ordinario», *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, p. 4.

Mas la instauración de las medidas cautelares, ya en nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Civil incluso con carácter general, respondió a la mente previsora de Álvarez Bugallal y no a la necesidad sentida por aquella sociedad agrícola de 1881 cuyos litigios estaban basados principalmente en cuestiones de propiedad y sucesiones, y que poco tenía que ver con la actual industrializada, en donde las propias instituciones y el tracto rápido mercantil demandan soluciones y previsiones mucho más ágiles. Pero la intervención de última hora del Ministro de Justicia, Álvarez Bugallal, va a propiciar entonces las medidas cautelares inno-minadas del artículo 1428 LEC².

Como ya queda apuntado, la necesidad de las medidas cautelares se hace más notoria en tiempos recientes en donde a los motivos ya señalados hay que añadir el creciente número de procedimientos no proporcionado con el aumento de órganos judiciales para resolverlos, así como el no haberse acometido la demandada, desde todos los ámbitos, reforma de nuestra Ley procesal civil³ en la que se conservan formas de procesos lentos y con demasiadas variedades, lo que indudablemente contribuye a retardar la resolución, y también, por qué no decirlo, la mala fe procesal de la que hacen algunos práctica habitual a fin de conseguir que los retrasos sobrepasen los tiempos que ya de por sí resultarían alarmantes.

Nuestro TC ha señalado que «la tutela efectiva judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguran el cumplimiento de la resolución judicial definitiva que recaiga en el proceso»⁴.

Si bien la función jurisdiccional consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado⁵, la función cautelar aparece en realidad como un nuevo género que va a garantizar aquella tradicional. Y la posición doctrinal generalizada inicial que consideraba a las medidas cautelares como aseguradoras de la sentencia⁶ va a ser superada al contemplar otras más recientes que responden a la función de asegurar la efectividad de la sentencia y no a la clásica de aseguramiento de su ejecución⁷. Así, las medidas cautelares de cesación provisional, la prohibición de determinada publicidad y la suspensión del acuerdo social impugnado, son simples ejemplos de medidas

² Ver al respecto LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española (Procedimiento Civil)*, 1970.

³ El equipo del Ministro Belloch llegó a dejar terminado un Anteproyecto de reforma de la LEC que se ha quedado en el olvido, redactándose uno nuevo por el actual equipo en el Gobierno.

⁴ STC 10 de febrero de 1992, F.J. 7º.

⁵ Arts. 117.3 CE y 2.1. LOPJ.

⁶ CARRERAS LLANSANA, *Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 573 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, pp. 17 y ss; RAMÓN MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil II*, Barcelona 1990.

⁷ Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ al examinar las medidas cautelares las trata como aseguramiento de la ejecución, en el *Derecho Procesal II*, Capítulo Quinto, Madrid 1992, p. 339.

cautelares que propician modernas leyes especiales, que sobrepasan con mucho los límites del mero aseguramiento de la ejecución de la sentencia y responden a la función de asegurar la efectividad de la misma anticipando incluso provisionalmente sus efectos⁸. Se contempla así el estimamiento de las medidas cautelares para su adaptación a las necesidades de la sociedad moderna industrializada donde la lentitud de la justicia produce efectos más negativos aún sobre las nuevas instituciones y los derechos que de las mismas emergen; de ahí que como señala Perrot «la philosophie même de la mesure provisoire a changé»⁹.

En el panorama jurisdiccional español no encontramos hasta tiempos muy recientes un desarrollo de las medidas cautelares, posiblemente debido a una consideración inadecuada de éstas como predeterminadoras del fallo definitivo, cuando la filosofía de las medidas cautelares es algo bien distinto. Tal vez también haya contribuido a la tardanza de que las medidas cautelares sean algo habitual en los juzgados y tribunales españoles la desconfianza mutua entre jueces y abogados, lo que ha determinado una degradación de la *autoritas* de aquéllos. Por el contrario, en Francia, donde la confianza mutua entre ambos como colaboradores en hacer justicia es grande y se cuestiona en mucha menor medida la autoridad del juez, los procesos cautelares tienen un ejemplo claro de su desarrollo y efectividad¹⁰.

Instituciones con regulación reciente y moderna en nuestro país, como es el caso de la competencia desleal¹¹, han propiciado un sistema de medidas cautelares rápido y eficaz, que cada día tiene mayor y mejor acogida por los órganos judiciales españoles.

Así, el establecimiento de su tramitación preferente, la posibilidad de adoptarse «inaudita parte» en caso de peligro grave e inminente y dictarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su solicitud¹², dan un gran margen de discrecionalidad al juez y se apartan de la tendencia

⁸ ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional II*, Barcelona 1993, pp. 331 y ss; BARONA VILLAR, *Protección del Derecho de Marcas (Aspectos procesales)*, Civitas, Madrid 1992, pp. 105 y ss.

⁹ PERROT, «Les mesures provisoires en droit français», en *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano 1985, p. 153.

¹⁰ Los procedimientos de «référé» en el proceso civil funcionan como procesos urgentes no sujetos al principio de contradicción, sólo condicionados a una «contestation sérieuse», aunque no den lugar a cosa juzgada. Su modalidad más frecuente es el «référé de provision» que faculta al juez para ordenar el pago de una cantidad de dinero a cuenta de una obligación. La ordenanza «sur requête» prescinde del contradictorio, incompatible con la necesidad de tomar medidas muy urgentes. Los procesos «d'injonction» permiten obtener del juez una condena al pago de una cantidad o la ejecución in natura de una obligación contractual, en ambos casos «inaudita parte».

¹¹ Ver al respecto mis trabajos: «Propiedad Industrial y Competencia Desleal en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*», Centro de Estudios Judiciales 1991, pp. 185 y ss; y «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LCD», en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial - ANDEMA, 4, 1995, pp. 11 y ss.

¹² Art. 25.2 LCD.

a convertir las medidas cautelares en auténticos procesos paralelos que las desnaturalizan ¹³.

La práctica judicial demuestra cómo cada día se demanda mayor número de medidas cautelares ante los Tribunales españoles y cómo cada día se adoptan también con mayor rapidez y profusión diversas medidas cautelares.

II. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como pone de relieve la Profesora Calderón Cuadrado, la injerencia que puede producir una medida cautelar en la esfera jurídica del sujeto pasivo, impide que ésta se adopte en base a la petición pura y simple del solicitante ¹⁴. Con independencia de los requisitos propios que suelen exigirse en determinadas medidas, principalmente en las reguladas por las modernas leyes especiales mercantiles que se han visto abocadas al establecimiento de regímenes procesales que en principio les son ajenas, la generalidad de la doctrina conviene en que la adopción de medidas cautelares está en todo caso condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos derivados de los principios informadores de la protección cautelar.

I. APARIENCIA DE BUEN DERECHO

El que solicita una medida cautelar debe ofertar una justificación de su derecho, generalmente documental, lo que se conoce como «fumus boni iuris». No es suficiente con la afirmación del actor para dar lugar a medidas cautelares, pues se va a interferir en la esfera de derechos del demandado, además de resultar absurdo, pues sería tanto como hacer a aquél de mejor derecho, pero tampoco se le va a exigir una prueba plena, propia del proceso declarativo. La apariencia de buen derecho en el instituto de las medidas cautelares es concebida como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidum-

¹³ Así, ocurre con bastante frecuencia en las medidas cautelares previstas en los arts. 133 a 139 de la Ley de Patentes aplicables también al supuesto de las Marcas por la remisión que el art. 40 LM hace al sistema procesal de aquélla, título XIII, y cuyo art. 135 no establece si el demandado debe ser emplazado ni por cuánto tiempo, lo que provoca que generalmente se haga por 20 días produciéndose una dilación no deseada e inseguridad jurídica, ya que no todos interpretan la norma de igual forma. Ver al respecto el interesante trabajo de DEL VALLE, J., «Aplicación de Medidas Cautelares (Marcas)», en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Centro de Estudios Judiciales, 1991, pp. 231 a 246.

¹⁴ CALDERÓN CUADRADO, «La protección de las marcas a través de las medidas cautelares en la Ley de Marcas y en la Ley de Competencia Desleal» en el *Tratamiento de la marca en el tráfico jurídico-mercantil*, Consejo General del Poder Judicial -Andema, 1994, p. 295.

bre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para la adopción de la cautela será suficiente con una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado ¹⁵, lo que no obstante exigirá la determinación de la situación jurídica cautelar y el grado de demostración necesario y suficiente ¹⁶. La primera vendría constituida por los derechos o intereses, individuales o colectivos, lesionados o en peligro de serlo ¹⁷. En cuanto al grado de demostración, exigirá mayor o menor intensidad acorde con la medida solicitada. Resulta aquí evidente que para su apreciación se traslada al juez un importante grado de discrecionalidad aunque ésta no es absoluta sino naturalmente reglada por esa apariencia de buen derecho demostrada en grado suficiente, que a aquél corresponde determinar.

2. PELIGRO DE DEMORA

La finalidad de toda medida cautelar es precisamente el evitar el peligro que para el derecho puede suponer la tradicional lentitud de la justicia, debida al menos en parte, al propio proceso. El sentido de la medida cautelar le viene dado por la amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio. En definitiva, el peligro en la demora vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamandrei: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza ¹⁸. La tardanza en la resolución del proceso principal podrá acarrear no sólo el que la sentencia no pueda ejecutarse, lo que de por sí incardina el «periculum in mora», sino en otros muchos supuestos en que, siendo posible su ejecución, no resulte efectiva porque la tardanza en el reconocimiento del derecho ocasionó un daño irreversible. Bueno es recordar aquí los supuestos de ejercicio de acciones derivadas de las Leyes de Patentes, Marcas, General de Publicidad o Competencia Desleal en amparo de derechos cuyo reconocimiento tardío puede acarrear el desprestigio de la marca o la expulsión del mercado de un competidor, por citar sólo unos ejemplos significativos, en los que la sentencia favorable, por tardía, resultará infructuosa.

3. FIANZA

Como regla general quien obtiene una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pueden irrogarse a la parte contra la que se dicta la medida cautelar si la misma

¹⁵ *Op. cit.* supra 14.

¹⁶ Ortells, *Derecho jurisdiccional II* - 2º, Barcelona 1991, p. 264.

¹⁷ Así, el art. 25 LCD posibilita la adopción de medidas cautelares también en el supuesto de que existan indicios de la inminencia de la realización de un acto de competencia desleal.

¹⁸ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, p. 55.

resulta revocada o la resolución del pleito principal resulta contraria al actor. En algunos supuestos la prestación de fianza viene exigida por la Ley y en otros se deja a la discrecionalidad del juez. En todo caso, a éste va a corresponder la difícil tarea de su cuantificación donde se han de tener presentes los posibles daños que pudieran ocasionarse y su valoración anticipativa, sin por ello llegar a establecer una fianza que por suficientemente amplia en la cobertura de aquéllos, haga imposible o demasiado onerosa su prestación por el solicitante¹⁹.

La determinación cualitativa de la fianza es amplia, ya que se prestará en cualquiera de las formas admisibles en derecho, con excepción de la fianza personal, aunque se acepta la posibilidad del aval bancario que, aunque es un tipo de fianza personal, es en todo caso muy efectiva²⁰.

En ningún caso puede pensarse que con la exigencia de la fianza no habrá de exigirse la justificación del «periculum in mora» argumentando que, cubiertos los posibles daños que con la medida se pudiesen causar al demandado, no existirá ya problema para su adopción. El peligro en la demora es precisamente el fundamento mismo de la medida cautelar, por lo que en ningún caso podrá adoptarse la cautela sin la justificación de aquel peligro. La fianza podrá servir para ampliar el arbitrio judicial en reducir la exigencia de su prueba «prima facie», pero nunca para sustituirla²¹, además de la dificultad ya apuntada de no tener seguridad de si la fianza cubrirá los posibles daños en su totalidad.

De lo hasta aquí señalado respecto de las medidas cautelares puede establecerse una primera reflexión. Es indudable el beneficio que pueden proporcionar al actor, así como el perjuicio para el demandado. La prudencia judicial debe actuar como elemento corrector no impidiendo la adopción de medidas cautelares pero evitando el riesgo de que por el demandante se utilicen como simple elemento de presión antijurídica sobre el demandado²².

4. EXISTENCIA DE UN PROCESO PRINCIPAL O LA INMINENCIA DEL MISMO

Toda vez que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en un proceso que por su tardanza pudiera resultar infructuosa, deberá pues haberse iniciado aquél, tramitándose la petición de medidas en pieza separada de los autos principales.

¹⁹ Ver al respecto ALONSO-CORTÉS CONCEJO, *Criterios para la fijación de la fianza en medidas cautelares y cuantificación de daños y perjuicios* y PUYOL MONTERO, *Algunas consideraciones en la tramitación procesal de las medidas cautelares y la prestación de las garantías en su adopción*. Ambos trabajos, en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial -ANDEMA, 1995, pp. 263 y ss. y 285 y ss., respectivamente.

²⁰ BARONA VILLAR, *op. cit.* supra 8, p. 115.

²¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, p. 42.

²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *op. cit.* supra 7, p. 345.

Pero como también veíamos, la preservación de determinados derechos cuyo daño puede resultar irreversible, como ocurre en muchos supuestos de competencia desleal, determina que el legislador permita la petición de medidas cautelares incluso antes de interpuesta la demanda²³. En este último supuesto, como también en el caso de que las medidas cautelares se adopten «inaudita parte», la fianza a la que me refería en el número anterior ni que decir tiene que adquiere una especial singularidad en garantizar los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar al demandado.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU APLICACIÓN

1. FINALIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)²⁴, la misma responde al objetivo específico de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Parte la Ley de considerar a la competencia como la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa, debiendo concebirse la defensa de aquélla como un mandato a los poderes públicos que entronca con el artículo 38 CE.

La LDC se inspira en la normativa comunitaria de política de competencia que ha constituido sin duda uno de los pilares fundamentales en la creación y desarrollo del mercado común.

La Ley española contempla tres grupos de conductas como contrarios a la libre competencia y, por tanto, perseguibles conforme a la propia Ley. En primer lugar, las conductas prohibidas: acuerdos colusorios, que se describen en el artículo 1 y el abuso de posición de dominio (art. 6 LDC) y finalmente el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC). Mientras que el conocimiento de las acciones tipificables en los artículos 1 y 6 LDC corresponde en exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), los actos de competencia desleal serán examinados en principio por la jurisdicción civil (arts. 22 y ss. LCD) conforme a las prescripciones de la LCD y sólo excepcionalmente por los órganos encargados del derecho de competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 LDC, cuando el acto desleal falsee de

²³ Art. 25.3 LCD.

²⁴ BOE nº 170 de 18 de julio de 1989.

manera sensible la competencia en todo o parte del mercado nacional y afecte al interés público²⁵.

También la misma Ley posibilita que determinadas conductas, en principio prohibidas, sean autorizadas en casos concretos (arts. 3 y 4 LDC) o se declaren exentas por categorías (art. 5 LDC), así como establezca un régimen de control de las concentraciones económicas que por su importancia y efectos pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público (arts. 14 al 18 LDC). Finalmente, la misma Ley instituye un sistema que permitirá, en determinados supuestos, el análisis de las ayudas públicas con criterios de competencia y prevenir sus efectos indeseables.

Resulta pues evidente la singularidad del derecho de la competencia donde están presentes de forma principal el interés público en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional, y también intereses privados en cuanto éstos resulten coincidentes con aquéllos. La propia materia y los intereses que protegen determinan la necesidad de contar con la posibilidad de decretar medidas cautelares que no sólo garanticen la efectividad de la resolución que en su día se dicte, sino que impidan la infructuosidad de la misma.

2. ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU APLICACIÓN

La aplicación de la normativa se encomienda en la misma Ley al Tribunal de Defensa de la Competencia con funciones de resolución y también de propuesta, y al Servicio de Defensa de la Competencia al que se otorgan las funciones de instrucción y vigilancia. Este doble órgano administrativo tiene especial singularidad, dado que se aparta de los tradicionales que aplican el derecho sancionador administrativo «tanto por la esencial complejidad de la materia como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la Administración activa»²⁶.

Esta separación del órgano instructor del sancionador es una garantía para las partes de imparcialidad, a semejanza de como acontece en el proceso penal. Pero, además, el TDC ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico (art. 21 LDC, art. 1 RD 1936/1985 y art. 9 D. 538/1965), siendo sus miembros inamovibles en el ejercicio de sus cargos y debiendo cesar sólo por las causas establecidos en la Ley (art. 23 LDC y art. 12 D. 538/1965). A

²⁵ El TDC considera que para aplicar el art. 7 deben concurrir los siguientes requisitos: a) que el acto o comportamiento sea constitutivo de competencia desleal; b) que pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o parte del mercado nacional; y c) que, por su propia dimensión provoque una afectación del interés público (Resoluciones 30 de noviembre de 1992, 8 de julio de 1992, 14 de julio de 1992 y 18 de diciembre de 1992, entre otras).

²⁶ Exposición de Motivos de la LDC.

todo esto hay que añadir que en los procedimientos seguidos por prácticas contrarias a la libre competencia las partes gozan de plenas garantías personales y procesales de alegación y defensa a semejanza de los procedimientos jurisdiccionales²⁷, apartándose así de los clásicos procedimientos administrativos, por lo que la doctrina mayoritaria lo denomina como cuasi jurisdiccional, con independencia de que sus resoluciones se revisen por vía de recurso por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estas singularidades, tanto de la propia materia como de los órganos encargados de su aplicación, indudablemente se han de trasladar al procedimiento de medidas cautelares.

IV. ESPECIALIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL

El artículo 136 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del RJAP y del PAC indica que en los procedimientos sancionadores se podrán adoptar medidas de carácter provisional, que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, cuando esté previsto en las normas que los regulan. El artículo 72 de la misma Ley se pronuncia en similares términos señalando como límite a la adopción de medidas el perjuicio de difícil o imposible reparación que pudiera causarse a los interesados y la violación de los derechos amparados por las Leyes. Por su parte, el artículo 15 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora²⁸ señala que el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional necesarias «para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales». Una vez más, como en otros tantos casos, vemos que, por vía de Reglamento y con el pretexto de aclarar o desarrollar la Ley, lo que se hace es cambiarla, como en el presente caso donde la limitación legal de las medidas cautelares a asegurar la eficacia de la resolución final se ve ampliada.

Pero, además, el propio precepto reglamentario extiende incluso la competencia para la adopción de medidas al «órgano competente para iniciar el procedimiento» o al «órgano instructor» cuando así lo exijan razones de urgencia. Las medidas cautelares que podrán éstos adoptar serán

²⁷ Ver al respecto, BERENGUER FUSTER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica CE*, Serie D-27, 1997, pp. 71 y ss., HIERRO, L., «Funciones del TDC y principios reguladores del procedimiento», en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, n° 71, 1991.

²⁸ Aprobado por R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, *BOE* n° 189 de 9 de agosto de 1993.

las que resulten necesarias, dejando pues de forma indeterminada, al criterio del instructor, la apreciación de la urgencia y la concreción de las medidas. En el n° 2 del mismo artículo se señalan algunas posibles medidas y se remite a las previstas en las correspondientes normas específicas.

Las medidas cautelares en materia de competencia se producen en el seno de un procedimiento administrativo. Pero, según veíamos antes, tanto la singularidad de la materia como la de los órganos encargados de la defensa de la competencia determinan el que se traslade al procedimiento de medidas cautelares aquellas especiales características. Así, los requisitos de las medidas cautelares participan aquí de las características tanto de las cautelares en vía administrativa como de las civiles. No puede olvidarse que, al lado del interés público en la defensa de la competencia, en el mercado van a concurrir intereses privados que se verán lesionados por los que perturben las normas de libre competencia y a los que interesa que se dicte una resolución que restituya su derecho y que ésta sea, además, efectiva.

El TDC ha señalado que los requisitos exigidos a las medidas cautelares en materia de defensa de la competencia y reguladas por su Ley específica, participan de las características de las medidas cautelares administrativas y de las civiles, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que el procedimiento administrativo en materia de la competencia es un procedimiento singular, ya que no sólo está dividido en su tramitación en dos fases y ante dos órganos diferentes —Servicio y Tribunal de Defensa de la competencia— sino que, además, no sólo se persiguen en él intereses públicos, tales como el respeto al principio de la libre competencia y el libre comportamiento en el mercado, sino que existen intereses particulares en conflicto tales como el de la víctima de la infracción, que está interesada en que se dicte una resolución que restituya su derecho y que ésta sea efectiva (Resolución Expte. MC 11/96 Cajas Rurales, de 29-7-1996, F.J. 2.º).

Es el artículo 45 LDC el que posibilita, en el ámbito concreto regulado por la Ley, la adopción de medidas cautelares, conteniéndose en dicho precepto una sumaria regulación de aquéllas. Así, la concurrencia de los presupuestos generales de las medidas cautelares, deberá aquí producirse en relación con la materia específica del derecho de la competencia, debiendo, además, contar con los requisitos y condiciones específicos que establece concretamente el citado artículo 45 LDC.

1. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Legitimado con carácter directo para la solicitud de las medidas está el SDC, según establece el artículo 45.1 LDC. Legitimados indirectos serán también los interesados en el expediente quienes podrán instar del SDC el que éste las proponga.

Podrá ocurrir que aquéllos interesen del SDC la propuesta de determinadas medidas y acontecer que el SDC las considere adecuadas y las solicite así del TDC, que sólo lo haga parcialmente, que considere inadecuadas las solicitadas por los interesados y que decida pedir otras o que no procede ninguna medida cautelar. En estos últimos supuestos, discrepante la opinión del Servicio con la de los particulares, podrán los interesados acceder directamente al TDC por vía de recurso contra la decisión del SDC y plantear así las medidas. Toda vez que el artículo 47 LDC posibilita recurso ante el Tribunal de los actos de archivo y trámite del Servicio que imposibiliten continuar el procedimiento o produzcan indefensión, es evidente que los interesados, a los que negó el SDC el plantear las medidas cautelares al Tribunal o lo hizo sólo parcialmente, puedan sanar la posible indefensión por vía de recurso.

El TDC en su Resolución de 18 de julio de 1996, Expte. MC 10/96 Airtel-Telefónica, reconoció la posibilidad de que las medidas pudiesen ser planteadas por los interesados al Tribunal por vía de recurso (F.J. 2.1.1) y en la reciente de 17 julio de 1997, Expte. r 220/97 Interflora (F.J. 1), entre otras. Se ha avanzado así en su anterior doctrina por el TDC, según la cual el único legitimado para proponer medidas cautelares era el SDC, sin que las partes presentes en el expediente pudieran hacerlo (Resolución de 17.1.1992, entre otras).

Cabe plantearse si el TDC podrá incluso adoptar de oficio alguna medida no propuesta expresamente por el SDC o por los particulares. El TDC no ha adoptado hasta la fecha medidas cautelares «ex-officio», aunque podría encontrarse fundamento para ello en las facultades que le otorga la LDC de revisión de los actos del SDC por vía de recurso. Sí se ha llegado en cambio por el Tribunal a reconvertir alguna de las cautelas pedidas por el Servicio y adoptarse de forma no coincidente exactamente con la pedida.

1.2. Las medidas han de ser propuestas al TDC, único órgano competente en vía administrativa para su adopción o rechazo conforme señala el mismo artículo 45 LDC. Es clara la Ley especial que regula la materia, y, por tanto, de aplicación principal, respecto de que el órgano instructor, SDC, no está habilitado para la adopción de medidas cautelares, no resultando aplicable aquí lo dispuesto en el artículo 15 del R.D. 1398/1993, dado el rango normativo superior de la LDC y la remisión que hace el artículo 13.c) de la Ley 30/1992 a las respectivas Leyes especiales que regulan los distintos procedimientos administrativos sancionadores.

1.3. Las medidas cautelares en Derecho de la competencia tienen por objeto el aseguramiento de la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, para lo cual se podrá proponer al Tribunal «las medidas necesarias» y en particular órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere (art. 45.1.a. LDC). Estas referencias concretas evidencian que las cautelas en Derecho de la competencia no se limitan

al aseguramiento de la ejecución de la futura sentencia, sino que también podrán tener carácter anticipativo como se deduce de la clara alusión a evitar el daño que pudieran causar las conductas.

1.4. También se concreta como medida específica el establecimiento de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios que se pudieran causar (art. 45.1.b. LDC). Esta concreta medida vendrá encaminada a la protección de los derechos de los interesados en el expediente, en cuanto que los mismos, por coincidentes con el interés público de preservación de la competencia en el mercado, vayan a tener acogida en la resolución principal. No puede olvidarse al respecto que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley sólo podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa²⁹ y en su caso jurisdiccional, dado que a ésta corresponde revisar las resoluciones del TDC³⁰.

1.5. Mas este tipo de medidas sólo se contemplan por el artículo 45 LDC a título de principal o ejemplificativo, pues cabe cualquier otra que se considere necesaria para asegurar la eficacia de la resolución, como expresamente previene aquél. En la moderna normativa de las medidas cautelares es común el mayor grado de discrecionalidad que se otorga por el legislador en la concreción de las cautelas que aseguren la eficacia de la resolución final e incluso en la anticipación del fallo de forma que se impida su infructuosidad³¹. Esta discrecionalidad en la singularización de medidas en competencia está presente también en la literalidad del artículo 45 LDC, por cuanto que el precepto se refiere expresamente a «las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte...», luego cualquier medida que conectada con la posible resolución final venga a asegurarla será, en principio, posible.

1.6. Como límites a la adopción de cualquier tipo de medida cautelar se señala en el artículo 45.2 LDC las que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales. Tales prohibiciones parecen en realidad ociosas por cuanto que la principal finalidad de aquéllas es precisamente el evitar perjuicios irreparables a los interesados no pudiendo estar nunca justificado el que por evitar éstos al actor

²⁹ Así lo señala expresamente el art. 13.2 LDC. Tanto de este precepto como de lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la misma Ley especialmente, y del contexto general de aquélla, se deduce que el TDC es el órgano competente para declarar las conductas tipificables en sus arts. 1, 6 y 7 como contrarias a la libre competencia, lo que a la jurisdicción le estará vetado con carácter general, con la única excepción del conocimiento de los recursos contra las resoluciones del TDC. De otra parte, la indemnización de daños deberá pedirse en vía jurisdiccional no estándole permitido al TDC el conocimiento de estas acciones.

³⁰ Al habitual retraso generalizado en obtener una resolución definitiva en el presente caso, se verá incrementada, pues las resoluciones del TDC son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 49 y disposición transitoria quinta LDC) y en su caso ante el Tribunal Supremo, y el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños habrá de aguardar a la firmeza de la acción declarativa.

³¹ Ver al respecto las «*Leyes de Patentes, Marcas y Competencia Desleal*».

se ocasionen al demandado. De igual forma la violación de derechos fundamentales impedirá siempre la adopción de medidas, así como también cualquier otra resolución. A mi juicio, estas precisiones del legislador, que pueden parecer innecesarias, vienen a señalar un mayor grado en la posibilidad de adopción de cautelares en materia de competencia y también un mayor grado de discrecionalidad que se otorga al órgano encargado de su adopción con el establecimiento de aquellos límites.

1.7. No podrán en ningún caso desconectarse las medidas cautelares en derecho de la competencia de los presupuestos que como comunes a la esencia de la institución cautelar se analizan más arriba (apartado II).

1.7.1. El solicitante de las medidas, SDC y/o los interesados, deberán poner de manifiesto un principio de buen derecho que se refiera a la finalidad de la LDC expresada en su Exposición de Motivos: «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...» evitando acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas que limiten la competencia en el mercado y que tipifica la Ley en sus artículos 1, 6 y 7. Habrá de valorarse especialmente la gravedad de la práctica y la irreversibilidad del daño que está produciendo o pueda producir de esperarse a la tramitación completa del expediente para alcanzarse la resolución definitiva.

De ser los particulares interesados en el expediente los que soliciten del SDC la propuesta al TDC de medidas, corresponderá a aquel órgano el valorar, además, si los legítimos intereses de éstos son coincidentes con el interés general al menos en la afectación de la libre competencia en una parte del mercado nacional, para en tal caso proponer la adopción de las pertinentes medidas al Tribunal. Este análisis adquiere especial relieve en el supuesto de actos de competencia desleal, ya que el interés de los particulares tiene su protección principal en vía jurisdiccional, conforme establece la LCD.

Sólo en el caso de que el acto de competencia desleal afecte al interés público, por falsear de manera sensible la libre competencia en todo o parte del mercado nacional, tendrán acogida los intereses particulares en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador de la LDC y por ende la adopción de medidas cautelares.

El grado de demostración necesario y suficiente para la procedencia de las medidas debe resolverse en términos de verosimilitud referida al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

1.7.2. También habrá de concurrir el peligro en la demora, en los términos que se examinan en el anterior apartado II. Piénsese que la finalidad de las medidas cautelares es precisamente el evitar el daño derivado de la tardanza en el proceso que puede devenir además irreversible.

La facultad que otorga el legislador al SDC de proponer medidas «en cualquier momento» después de iniciado el expediente (art. 45.1 LDC)

no puede interpretarse en el sentido de que con ello se esté obviando la exigencia de que concurra el «periculum in mora». Si éste desaparece por lo tardío de la propuesta de adopción de medidas, ello conllevará la no pertinencia de su adopción. Será el TDC, como órgano encargado de resolver, al que corresponderá su apreciación debiendo tenerse en cuenta que, dada la naturaleza de los intereses aquí comprometidos, principalmente públicos, una propuesta de adopción de medidas en momento distinto de la iniciación del procedimiento podrá ser aceptada si va a evitar un mayor daño de aquellos intereses.

1.7.3. La existencia de un expediente principal es aquí también presupuesto necesario para la adopción de medidas. Veámos en el apartado II.4 que esta exigencia se extendía también al supuesto de la inminencia del mismo. Aquí debe existir ya un expediente iniciado como se deriva de la letra del artículo 45 LDC. La razón de la necesidad de que esté iniciado el expediente principal viene dada, a mi juicio, no sólo de la general de que las medidas van a asegurar la efectividad de la resolución que se dicte en aquél, sino también porque el legitimado directo para su proposición es el SDC, quien deberá previamente analizar si concurren las exigencias legales para realizar su propuesta, lo que sólo puede llevar a cabo en el seno de un expediente.

1.7.4. Por lo que respecta a la exigencia de fianza, veámos antes (apartado II-3) que como regla general quien obtiene una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los posibles daños si la medida es revocada o la resolución principal resulta contraria. En materia de competencia la necesidad de la fianza se convierte, a mi entender, en algo mucho menos generalizado. La razón estará en que quien propone la medida es el SDC y lo hará fundamentalmente en defensa del interés público general y siendo la Administración responsable, pierde su principal razón la fianza de garantizar la indemnización a aquel contra el que se decreta la medida. El propio 45.1 LDC, en su último párrafo, parece ser que la reserva para el solo supuesto de que la cautela sea pedida por los interesados en el expediente y, aún incluso en este caso, el legislador deja a criterio del TDC la posibilidad de exigirla o no³².

1.8. El carácter temporal de toda medida cautelar tiene su concreción en la LDC en el requisito de su extensión en el tiempo a un máximo de seis meses. En ningún caso podrá exceder de seis meses y cesarán cuando se ejecute la resolución del Tribunal, concreta taxativamente el artículo 45.6 LDC.

No se comprende muy bien este límite temporal establecido con carácter tan imperativo en el texto definitivo de la LDC, que no se encon-

³² El TDC venía habitualmente exigiendo la prestación de fianza a los interesados en el expediente, pero últimamente ha decretado en varias ocasiones medidas cautelares sin fianza. Así en Resolución de 29 de julio de 1996 (Expte. MC 11/96 Cajas Rurales); Resolución de 23 de diciembre de 1996 (Expte. MC 15/96 Tabacos Canarias); Resolución de 7 de febrero de 1997 (Expte. MC 18/96 Telefónica).

traba en el Proyecto de Ley y que accedió por vía de enmienda parlamentaria, toda vez que, siendo finalidad de las medidas el aseguramiento de la efectividad de la resolución definitiva, resulta ilusorio el pensar que ésta se alcance en dicho plazo.

La previsión contenida en el artículo 45.5 LDC sobre la posibilidad de que el SDC proponga al TDC en cualquier momento del expediente la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud del cambio de las circunstancias que determinaron su adopción parece que haría innecesaria tan taxativa extensión temporal³³. No obstante todo lo anterior, podrá a través de la tramitación de un nuevo expediente, en el que se analicen en el posterior momento temporal la concurrencia de todos los requisitos y presupuestos, extenderse en definitiva por más de seis meses las medidas, al resolverse aquella nueva petición. Así lo ha entendido el TDC en diversas resoluciones³⁴

1.9. El principio contradictorio propio de todo proceso que garantiza la defensa, está presente también aquí por la exigencia expresa de la LDC, de audiencia de los interesados por el Tribunal «en plazo de cinco días» (art. 45.3 LDC). La imprecisión terminológica entiendo debe interpretarse con criterio garantista, lo que determinará que aquéllos dispongan del plazo de cinco días a contar del momento en que se les da traslado de la propuesta de medidas que realice el SDC, que obviamente deberá ser fundamentada por éste a fin de poder preparar sus respectivos argumentos en favor o en contra de la adopción de las medidas cautelares. La trascendencia que necesariamente han de comportar las medidas obliga a que los interesados dispongan de este plazo mínimo, en el que deberán presentar sus alegaciones escritas, de haberse señalado este trámite por el Tribunal o informar verbalmente en la comparecencia que al efecto se fije por aquél. La falta de concreción de la Ley al respecto, al señalar que «el Tribunal oír a los interesados en el plazo de cinco días», permitirá a éste optar por el trámite oral o escrito. Personalmente creo que resulta más acorde para la adopción de medidas cautelares el trámite de la comparecencia verbal por la inmediatez que proporciona, si bien el TDC ha optado en diversas ocasiones, tanto por uno como por otro.

Un tema al que la LDC no hace referencia es el de la posibilidad de práctica de prueba en el trámite de las medidas cautelares. La ausencia de referencia a la prueba determina que la misma no proceda aquí en principio y, por tanto, las partes deberán basar sus alegaciones en las que obren en el expediente y a lo sumo aportar prueba documental. Contrario al principio de celeridad de las medidas cautelares resulta el que

³³ Para que proceda la revocación deberá producirse alteración en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, o bien disminución o desaparición del «periculum in mora» o del «fumus boni iuris», según tiene señalado el TDC en su Resolución de 2 de enero de 1992.

³⁴ Resolución de 5 de noviembre de 1992 (Expte. MC 5/92 Liga Nacional de Fútbol Profesional), Resolución de 24 de febrero de 1997 (Expte. 19/96 Desmotadoras de Algodón) y Resolución de 3 de marzo de 1997 (Expte. 20/97 Cajas Rurales).

pueda abrirse una fase de proposición y práctica de prueba, que por el contrario está presente en la generalidad de las medidas de los procesos civiles³⁵. No obstante lo anterior, nada impide para que el TDC, de considerarlo necesario, admita la práctica de pruebas pedidas por las partes o incluso las acuerde de oficio, aunque éste será un supuesto excepcional que se justifica en la necesidad de la seguridad jurídica³⁶.

1.10. El principio de celeridad, al que antes ya se alude, propio de las medidas cautelares, determina la previsión legal de que se dicte resolución sobre la adopción de medidas por el TDC en los tres días siguientes (art. 45.3 LDC). Aquel principio determinará, bueno es insistir en ello, el que por regla general no se practiquen pruebas.

1.11. La eficacia de las medidas cautelares en materia de competencia viene especialmente protegida por la facultad expresa que la Ley otorga al TDC de imponer multas coercitivas, bien actuando de oficio o a propuesta del SDC (art. 45.4 LDC). Estas multas alcanzarán cuantías entre 10.000 a 150.000 ptas. reiteradas por lapsos de tiempo (art. 11 LDC al que remite el art. 45).

Es evidente que esta facultad excepcional refuerza la idea del legislador de considerar que las medidas cautelares en materia de competencia resultan imprescindibles en muchos supuestos por lo que habrá que emplear todos los medios para asegurar su eficacia. Son múltiples los casos en que el TDC ha hecho uso de dicha facultad.

2. APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE DE MEDIDAS

La resolución que dicte el TDC en el expediente de medidas cautelares será revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa según previene el artículo 49 LDC. Un problema importante que surge aquí es el de si las medidas cautelares deberán quedar en suspenso hasta tanto no se pronuncie sobre su procedencia la jurisdicción.

El argumento en favor de la suspensión se extrae de algunas sentencias del TC en las que, en casos concretos y especiales, hasta ahora en ningún supuesto de medidas cautelares, el Alto Tribunal se ha pronunciado por la suspensión que debe acordar la Administración de los actos que dicte hasta tanto no se pronuncie la jurisdicción a fin de no privar del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 CE.

³⁵ Así en las medidas innominadas del art. 1428 LEC las previstas en el art. 30 LGP y en el art. 25 LCD por referencia al art. 1428 LEC. También las previstas en los arts. 133 y ss. LP, aplicables asimismo a las marcas por la referencia expresa que hace al régimen procesal de aquélla el art. 40 LM. No obstante, en todos estos preceptos se concede una gran discrecionalidad al juez en la admisión de pruebas.

³⁶ El TDC ha decretado la práctica de prueba en algunas ocasiones, Resolución de fecha 10 de junio de 1995, Desmotadoras de algodón.

No creo que proceda aplicar aquí aquella doctrina del TC limitada a casos concretos y en ningún supuesto, que yo conozca, referida a medidas cautelares en materia de competencia.

La suspensión de las medidas cautelares por el propio órgano que las dicta supondría el privarlas de su eficacia. En vía jurisdiccional los recursos contra medidas cautelares sólo se admiten en un solo efecto (art. 1428 LEC). Tanto la especialidad de la materia como la del órgano al que la Ley encomienda la resolución sobre medidas cautelares en Derecho de la Competencia, a los que antes se hace referencia, son argumentos claros en favor de que no se acuerde la suspensión por el propio TDC. Será el Tribunal jurisdiccional al que corresponda la revisión de la resolución sobre la adopción de medidas el que en su caso podrá suspenderlas, aunque, a mi juicio, cualquier suspensión contraviene la naturaleza de las medidas cautelares, debiendo ser en caso de apelación revisadas de forma más inmediata por la jurisdicción, a fin de propiciar la tutela judicial efectiva.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LA COMISIÓN

La necesidad de contar con la posibilidad de medidas cautelares para la protección de los derechos tanto públicos como privados que han sido violados o amenazan con serlo es hoy tan evidente que de no estar expresamente previstas aquéllas en la legislación, habría que inventarlas.

Ni el TCE ni el Reglamento 17 prevén expresamente que la autoridad administrativa decrete medidas cautelares en materia de competencia³⁷, con la sola excepción del supuesto de control sobre la concentración de empresas en que el Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, prevé que la Comisión adopte medidas cautelares³⁸. Por ello, ante el vacío de medidas cautelares con carácter general en materia de competencia, el TJCE, actuando una vez más con valentía en el desarrollo del Derecho comunitario, decidió inventar las medidas provisionales. En jurisprudencia hoy consolidada y que arranca del trascendental Auto de 17 de enero de 1980, asunto Camera Care Ltds, el TJCE considera procedente la adopción de medidas cautelares por la Comisión pese a su no previsión legal. En este asunto el denunciante había solicitado la

³⁷ A lo sumo que llega el art. 3.3 del Reglamento 17 es a posibilitar el que la Comisión pueda dirigir a las empresas y asociaciones de empresas recomendaciones tendentes a hacer cesar en la infracción, sin que tal facultad goce de la naturaleza de auténtica cautela ni se dote al órgano de facultad coercitiva alguna.

³⁸ Art. 7.2.

adopción de medidas cautelares por parte de la Comisión, consistentes en obligar a una empresa a servirle determinados productos. La Comisión decidió que no podía atender la pretensión del denunciante por carecer de base jurídica para ello. Recurrida la decisión ante el TJCE, éste resolvió estimando la procedencia de la adopción de medidas cautelares por la Comisión pese a la no previsión legal expresa, ya que son necesarias para conseguir la plena eficacia de las potestades conferidas a la Comisión. Se garantiza así el efecto útil del Tratado y del Reglamento 17 y la eficacia de las decisiones que en su virtud se adopten ³⁹.

No obstante esta potestad que reconoce a la Comisión el TJCE, la realidad demuestra que en pocas ocasiones ha sido ejercida por aquélla. Ello creo que se debe al procedimiento que se sigue ante la Comisión, en el que existe una fase negociadora, de la que carece nuestro proceso interno y que tiene una gran importancia y que se ve ahora fortalecida con la potestad de dictar medidas cautelares que se reconoce a la Comisión ⁴⁰.

2. CONDICIONES EXIGIDAS PARA LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS PROVISIONALES

Ha tenido que ser lógicamente también el TJCE quien haya configurado las circunstancias en las que la Comisión puede adoptar medidas cautelares. Analizando la doctrina contenida en las resoluciones del TJCE y del TPI, el Profesor Cases ⁴¹ distingue por un lado los requisitos que se han de cumplir para que sea legítima la adopción de medidas cautelares por la Comisión y las características esenciales de aquéllas.

En cuanto a los primeros, señala la existencia de una infracción «prima facie», en términos de verosimilitud o posibilidad a partir de las informaciones de que se dispone, sin tratar de pretender que se pruebe sin ningún género de dudas la infracción, lo que implicaría su desvirtuación. Aquí se tendrá en cuenta la seriedad de las alegaciones invoca-

³⁹ Este Auto del TJCE, como no era por menos, levantó fuerte polémica doctrinal. Mientras que para unos tiene buena acogida (PIROCHE, A., «Les mesures provisoires de la Commission des Communautés Européennes dans le domaine de la concurrence», *Rev. Trimestral de derecho europeo*, vol. 25, nº 3, 1989; TEMPLE LANG, J., «The powers of the Commission or orden interim measures in competition cases», *Common Market Law Review*, vol. 18, 1981), otros como FOCSANEANU, L. lo critican duramente al considerar que el Tribunal se ha extralimitado en sus poderes al convertirse en legislador, «Une décision inquietante de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Observations critiques sur l'Ordonnance rendue par la Cour le 17 janvier 1989 dans l'affaire 729/79 R, Camera Care Limited contre Commission des Communautés Européennes, concernant les mesures provisoires en matière de concurrence», *Rev. Trimestral de derecho europeo*, vol. 16, 1980, pp. 292 y ss.

⁴⁰ Ver al respecto la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987 Eurofix-Banco contra Hilti, DOCE L65, 11 de marzo de 1988.

⁴¹ CASES PALLARÉS, L., *Derecho administrativo de la defensa de la Competencia*, Madrid 1995, pp. 127 y ss.

das en la pretensión principal. Nos encontramos a este respecto que un gran número de autos cautelares, fundamentalmente anteriores a 1983, señalan que la admisibilidad del recurso principal no puede examinarse en el marco del procedimiento cautelar para no perjudicar el fondo del asunto⁴². Otros muestran cómo el juez cautelar emite una apreciación sobre la admisibilidad del proceso principal cuando resulte evidente que éste es manifiestamente inadmisibile, para llegar a fundamentar la desestimación de la demanda cautelar.

Recientemente se encuentra un limitado número de autos que se basan en las dudas que plantea la admisibilidad del recurso principal para desestimar la demanda cautelar, examinándose la admisibilidad de forma sumaria⁴³.

En segundo lugar, la medida cautelar será legítima si concurre un perjuicio grave e irreparable a un sujeto o un atentado al interés general, lo que viene caracterizado por la urgencia en la adopción de medidas.

El riesgo de un perjuicio grave e irreparable configura el «periculum in mora». Se encuentra en la actualidad claramente establecido que el carácter urgente de una demanda cautelar debe apreciarse en relación con la necesidad de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasiona a la parte que solicita la cautela un perjuicio grave e irreparable⁴⁴.

En el supuesto de solicitud de la suspensión de la ejecución cuando se refiere a una decisión de la Comisión constatando una infracción de derecho de la competencia y ordenando a los interesados que la pongan fin, el carácter grave e irreparable del perjuicio alegado parece aceptarse con bastante facilidad⁴⁵. Mas la valoración de la gravedad del perjuicio tendrá que haberse valorado a la hora de adoptarse la medida cautelar, por lo que, en mi opinión, la suspensión de la ejecución sólo procederá en el supuesto de que se privara a la sentencia principal de efecto útil, de resultar que una vuelta atrás en caso de anulación resultaría imposible.

En relación con el derecho de la competencia la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de fecha 24 de enero de 1992, Asunto la Cinq/Comisión, ha recordado que la adopción de medidas provisionales sólo exige la concurrencia de dos condiciones: existencia de prácticas que puedan constituir a primera vista una infracción de las normas de competencia y un riesgo de perjuicio grave e irreparable⁴⁶.

⁴² Auto de 21 de diciembre de 1962, asunto Plaumann/Comisión; Auto de 3 de noviembre de 1980, asunto suss/Comisión; Auto de 17 de marzo de 1986, asunto Reino Unido/Parlamento Europeo; Auto de 8 de marzo de 1987, Asunto Pfizer/Comisión.

⁴³ Auto de 6 de marzo de 1985, asunto Nuevo Campsider/Comisión; Auto de 19 de agosto de 1988, asunto Societé Co-Fruta/Comisión.

⁴⁴ Auto de 9 de julio de 1986, Asunto Reino de España/Consejo y Comisión.

⁴⁵ Op. cit. supra 15, p. 104.

⁴⁶ En este caso se anuló la decisión de la Comisión que denegaba la solicitud de adopción de cautelares pues se basaba en errónea interpretación de la primera condición.

El equilibrio de los intereses en juego es otra de las premisas que se tienen en cuenta por el juez a la hora de la adopción de las medidas cautelares. Aunque esta condición no se menciona en el Reglamento de Procedimiento, se inspira en el principio de proporcionalidad y se constata por la doctrina su aplicación del análisis de la jurisprudencia⁴⁷. De ello resulta que, en ausencia de perjuicio grave e irreparable para el demandante, una demanda cautelar no será estimada porque el perjuicio que éste sufra sea más importante que el del demandado. De igual forma, acreditado por el actor un perjuicio grave e irreparable, la demanda cautelar no será desestimada por el solo hecho de que la concesión de la medida solicitada cause perjuicio al demandado y no acredite éste el carácter de grave e irreparable que se ocasionaría con la medida⁴⁸.

Por lo que respecta a las características esenciales, señalar que las medidas cautelares derivarán por lo general de la petición de una parte que denuncia unos comportamientos anticompetitivos, aunque en opinión de Cases nada impide que la Comisión adopte de oficio las medidas cautelares, pues con ellas puede defenderse el interés general o el orden competencial comunitario⁴⁹. Han de ser de carácter interino o conservatorio. Su naturaleza no es determinar la decisión final que sobre el fondo pueda en su día adoptarse, sino asegurar que aquélla no resulte ineficaz en su momento. También la medida provisional se ha de ajustar a la situación concreta que la motiva y limitarse a lo estrictamente necesario para atender el objetivo perseguido. Finalmente habrá de tramitarse un expediente que asegure los derechos de defensa de los interesados, lo que implica la necesidad de audiencia de éstos previa a la decisión de la Comisión.

La Comisión vendrá facultada para establecer multas coercitivas a satisfacer por la empresa a la que se imponen las medidas sino adecua su comportamiento a la decisión de la Comisión, debiendo dictar una segunda decisión para determinar la cuantía de la sanción pecuniaria⁵⁰.

⁴⁷ PASTOR BORGOÑÓN, B. y VAN GIINDERACHTER, E., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Cuadernos de Estudios europeos, 1993, p. 114.

⁴⁸ El TJCE por Auto de 12 de julio de 1990, Asunto Comisión/Rep. Federal de Alemania, rechazó el argumento de ésta de que la concesión de la medida cautelar le causaría un perjuicio irreparable. En el mismo sentido, el Auto de 21 de mayo de 1990, Asunto Automóviles Peugeot y Otro/Comisión, se rechazan los argumentos de Peugeot de que la decisión de la Comisión que acordaba cautelares le ocasionaba un perjuicio grave.

En nuestro Derecho interno, el art. 45.2 LDC veta el que se dicten medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales.

⁴⁹ *Op. cit.* supra 41, p. 128. En relación con nuestro derecho interno de competencia tampoco veo yo inconveniente para la adopción de medidas «ex officio» por el TDC en defensa del interés público violado o seriamente amenazado.

⁵⁰ Expresamente está prevista la multa coercitiva en las medidas cautelares de la Ley española según queda señalado en el apartado anterior (art. 45.4 en relación con el art. 11 LDC).

3. REVISIÓN DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN

Ya en el propio Auto de 17 de enero de 1980, antes comentado, el TJCE expresamente señala que la potestad de la Comisión de dictar medidas provisionales debe ir acompañada de la facultad de los interesados de recurrirlas en vía jurisdiccional⁵¹.

Esta revisión jurisdiccional se ejercerá por los órganos comunitarios de una doble forma: provisional y definitiva.

En la primera se podrá revisar la ejecución de la decisión mientras se decide el fondo. Así el TJCE por Auto de 29 de septiembre de 1982 suspendió la ejecución de la decisión de la Comisión de 18 de agosto de 1982⁵². No se nos puede escapar la dificultad que se deriva de este control de suspender una decisión sobre la adopción de medidas cautelares por la Comisión para asegurar la eficacia de su decisión final⁵³.

La revisión de las decisiones de la Comisión corresponde indudablemente al Tribunal, quien podrá declarar que la Comisión se extralimitó al dictar medidas⁵⁴ cautelares y también anular la decisión de la misma de rechazar la petición de medidas cautelares⁵⁵.

Del análisis que aquí se realiza de las medidas cautelares en materia de competencia puede extraerse la conclusión de que las mismas resultan hoy imprescindibles para garantizar el correcto funcionamiento del mercado y cómo los órganos tanto nacionales como comunitarios encargados de su aplicación apuestan decididamente por este instituto que se ha convertido de uso habitual.

⁵¹ Fundamento Jurídico 19.

⁵² Asunto 229/82-Ford.

⁵³ En nuestro país, recientemente la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, mediante Auto de fecha 13 de junio de 1997, en la pieza referida sobre suspensión de una Resolución del TDC sobre medidas cautelares, ha señalado que «la Sala tiene vedado por la Ley dictar resolución sobre el fondo en la pieza de suspensión, y esta consecuencia es la que se obtendría de accederse a lo pretendido por la actora. Procede en consecuencia denegar la suspensión». Por Auto de 5 de septiembre de 1997, la misma Sección Sexta, estima un recurso de súplica y anula el anterior Auto decretando la suspensión del acto administrativo.

⁵⁴ STJCE de 28 de febrero de 1984, asuntos 228 y 229 de 1982.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 1992, asunto «La Cinq, S.A. contra la Comisión». Ver el comentario a dicha Sentencia que realiza Ll. Cases Pallarés en *Civitas Rev. Española de D.º Administrativo*, n.º 76, 1992, pp. 661 y ss.

