

DÉFICIT DE JUSTICIA CAUTELAR EN DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO DE LA COMPETENCIA*

Vanessa MARTÍ MOYA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia
LLM Collège d'Europe, Brujas

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

Doctora en Derecho mercantil. Subdirectora Adjunta de Industria y Energía de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

La trascendencia y utilidad de la tutela cautelar resulta incuestionable en cualquier tipo de proceso civil o administrativo, tanto por estar incluida este tipo de intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva¹, como por los efectos que, como veremos, de su adopción se derivan para los involucrados en el procedimiento principal. La razón de ser de la misma no es otra que garantizar que el respeto al procedimiento legalmente establecido y, en muchas ocasiones, la excesiva duración del mismo, no frustre su finalidad principal y las pretensiones dilucidadas en el mismo.

Esta necesaria eficacia cobra absoluta relevancia en un procedimiento administrativo como el procedimiento sancionador de defensa de la competencia, en el que la autoridad de competencia, sea cual sea la jurisdicción territorial en la que actúe, tiene como función principal la defensa y garantía de un interés público, en particular, la existencia de una competencia efectiva entre las empresas que operan en el mercado. En tal sentido conviene recordar que las infracciones de competencia no solamente afectan al resto de competidores perjudicados por la práctica anticompetitiva, sino también, en último término, al bienestar general de los consumidores.

* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de sus autoras, y no representan las opiniones de la CNMC.

¹ En España, en este sentido, entre otros, véase J. MASSAGUER, «Las medidas cautelares en la Ley de competencia desleal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 206, 1992, p. 732; J. COSTAS COMESAÑA, «Medidas cautelares en la Ley de Defensa de la Competencia», *Revista Xurídica Galega*, núm. 3, 1993, p. 43; M. J. PÉREZ ESTRADA, «La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, 2014, pp. 2359-2363.

Por ello resulta sorprendente los escasos supuestos en los que la autoridad española de competencia ha adoptado medidas cautelares, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como la total inactividad de la Comisión Europea en este campo en los últimos años.

El presente artículo analizará la práctica decisoria tanto de la autoridad española, de la Comisión Europea como de los órganos judiciales en esta materia, abordando los presupuestos legales, tanto sustantivos como procedimentales, para su aplicación y examinará los supuestos específicos en los que las autoridades, nacional y comunitaria, han adoptado este tipo de medidas excepcionales. En último término este trabajo tratará de evidenciar la significación de la protección cautelar en los procedimientos sancionadores de competencia como instrumento disuasorio de comisión de infracciones de competencia, como medio sustantivo eficaz para poner fin de forma anticipada a las restricciones de competencia lesivas para el orden público económico, así como herramienta procesal que puede tener importantes consecuencias con respecto a la dinámica del proceso principal.

2. MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A. NATURALEZA, FUNCIONALIDAD Y CONTENIDO

El art. 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (LDC) declara que, una vez incoado el expediente sancionador, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)² «podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte».

Supone la concreción en el ámbito normativo de defensa de la competencia de lo dispuesto en el art. 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, una vez iniciado el procedimiento, «el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello»³.

Del texto literal de ambos artículos se desprende cuál es la finalidad esencial este tipo de medidas: asegurar la eficacia de la resolución que en

² Anteriormente, Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

³ Por su parte, el art. 56 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016, establece que «el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad».

su momento se dicte o, dicho de otro modo, eliminar el riesgo de que cuando recaiga dicha resolución, la misma haya devenido ineficaz, al haberse materializado, en toda su extensión, las consecuencias del acto ilícito investigado.

En efecto, conviene recordar, de una parte, que el tiempo que media entre la interposición de una determinada denuncia y la adopción de la resolución estimatoria y su correspondiente ejecución será, en los procedimientos de competencia, por regla general de 18 meses (sin contar las posibles suspensiones legales que, en virtud del art. 37 de la LDC, puedan acontecer durante el proceso). Si se tiene en cuenta que, en ocasiones, especialmente en supuestos en los que la lucha competitiva se desarrolla «por el mercado» o en situaciones de abuso de posición de dominio, con una sola actuación es posible afectar la estructura competitiva de un mercado, es fácilmente constatable que el transcurso natural de dicho plazo puede suponer que la situación concurrencial en el momento de adoptar la resolución tenga carácter irreversible⁴.

Adicionalmente, en este ámbito hay que tener en cuenta que la autoridad de competencia no tutela exclusivamente la situación jurídica del denunciante como normalmente sucede en la tutela cautelar dispensada en el ámbito jurisdiccional civil sino, más bien, el interés público establecido en la LDC de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados⁵. Ello significa que aquella también viene obligada a actuar de forma anticipada pero oportuna, cuando determinadas actuaciones estuvieran ocasionando un daño en el mercado de difícil reparación en un momento posterior. En esta línea hay que interpretar el mandato legal que dispone la adopción, por parte de la autoridad de competencia de las medidas cautelares «necesarias». Por lo que, al contrario de lo que pueda parecer como consecuencia de la expresión «podrá adoptar» del art. 54 citado, este mandato habrá de entenderse más como una obligación que como una facultad potestativa de la autoridad de competencia, siempre que se acrediten las condiciones exigidas legalmente.

Además de esta nota de instrumentalidad, su propia naturaleza determina que sean asimismo características esenciales de las medidas cautelares, en primer lugar, la temporalidad de las mismas, en el sentido de que nacen con una vocación limitada en el tiempo, ya que cesarán en el momento que se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador. En segundo término, la celeridad de su adopción, es decir, que deben decretarse en un plazo muy breve y con simplificación de trámites.

⁴ Siguiendo el principio *justice delayed is justice denied* o justicia retrasada es justicia denegada (J. COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 36).

⁵ En este sentido parecen pronunciarse también A. CREUS, «La importancia de la medida cautelar en el proceso civil en materia de Derecho de la competencia», en L. A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, C. HERRERO SUÁREZ y J. GUTIÉRREZ GILSANZ (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, 2011, p. 186; M. ORTELLS RAMOS y R. BELLIDO PENADÉS, *Las medidas cautelares en Derecho de la competencia*, Valencia, 1999, pp. 41-43.

Por último, su proporcionalidad y reversibilidad, lo que determina que si con la medida se pretende atajar una posible situación irreversible, tampoco mediante su uso se puede causar otra de la misma índole, lo que convertiría igualmente en inútil e ineficaz a la resolución final. Por ello, la medida cautelar no puede producir tampoco un daño irreparable o extraordinariamente gravoso a la empresa denunciada. En tal sentido, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, especifica que la adopción se hará «de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad». En definitiva, la característica de proporcionalidad se traduce en que la medida escogida no sea susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado⁶.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares en concreto que pueden ser adoptadas en el ámbito de la defensa de la competencia, no hay concreción legal más allá de la referencia del art. 40.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), a órdenes de cesación, imposición de condiciones determinadas y fianza de cualquier clase⁷. La expresión contenida en el primer párrafo de dicho apartado «entre otras, las siguientes medidas cautelares», respalda cualquier medida cautelar, ya sea órdenes o prohibiciones⁸, con el único límite de que, atendiendo a las circunstancias específicas del caso, sean aptas para asegurar la eficacia de la resolución futura⁹.

Hasta la fecha, en aplicación de la LDC de 2007, han sido adoptadas medidas cautelares que pueden ser clasificadas, básicamente, en tres categorías: las relativas a la suspensión de actos administrativos y disposiciones legales¹⁰; las que suponen el cese, por parte de la empresa denunciada, de determinadas conductas¹¹ o la prohibición genérica de desarrollar cualquier actuación que obstaculice la actividad de los competidores¹²; o aquellas otras que se traducen en la imposición a la denunciada de obligaciones de

⁶ Siguiendo la caracterización configurada, en el marco del proceso civil ordinario, en el art. 726 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

⁷ En el ámbito administrativo, la nueva Ley 39/2015 contempla expresamente medidas tales como la suspensión temporal de actividades; prestación de fianzas; retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios; el cierre temporal del establecimiento; embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles; depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita; consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen; retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.

⁸ Por lo que respecta a la fijación de fianza hay que señalar que, si bien es cierto que el art. 40.1.b) del RDC prevé la posibilidad de solicitar dicha medida cautelar, de acuerdo con el anterior art. 45.1.b) de la anterior Ley 16/1989, la autoridad de competencia ha interpretado esta disposición como una potestad para imponer fianza de cualquier clase al solicitante de medidas cautelares con la finalidad de responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida provisional pudiera irrogar al sujeto afectado. Véanse M. ORTELLS RAMOS y R. BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

⁹ M. P. CALDERÓN CUADRADO, «Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1992, p. 496.

¹⁰ Exptes. MC/0002/08, *Vinos de Jerez*, y MC/0007/12, *Criadores de caballos*.

¹¹ Exptes. MC/0001/08, MC/0003/09 y MC/0008/13.

¹² Exptes. MC/0001/08 y MC/0003/09.

hacer tales como insertar un anuncio con un determinado mensaje en su web, dar respuesta en 15 días a las solicitudes que reciba, o dar acceso a las instalaciones gestionadas por ella¹³.

B. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

Ni el art. 54 de la LDC ni los arts. 40 y 41 del RDC especifican, de forma expresa, los requisitos cuya concurrencia es necesario apreciar para proceder a la adopción de una medida cautelar en un procedimiento de competencia. También carecen de referencia al respecto el art. 72 de la Ley 30/1992 o su correlativo art. 56 en la Ley 39/2015, por lo que se refiere a las medidas provisionales que pueden ser adoptadas, con carácter general, por cualquier órgano administrativo. No obstante, a estos efectos, resulta de plena aplicación los presupuestos derivados de la teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil¹⁴: esto es, la verosimilitud de las conductas denunciadas (*fumus boni iuris*) y el peligro de demora (*periculum in mora*)¹⁵. A continuación, analizaremos cómo han sido interpretados estos requisitos por las autoridades españolas de competencia.

Por lo que se refiere al primero de estos requisitos, la apariencia de buen derecho exige una cierta seguridad respecto de la existencia *prima facie* de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de la LDC. Ahora bien, tal y como fue precisado por el anterior Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) «no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción, que este Consejo Nacional de Defensa de la Competencia en este momento del expediente nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente principal, en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud da paso a la apertura de un expediente sancionador, para su esclarecimiento y calificación jurídica y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la resolución finalizadora del expediente; y de otra, causar perjuicios a posibles interesados»¹⁶.

Por tanto, bastará con que exista, de acuerdo con el material probatorio recabado hasta ese momento, una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, sean ciertas y constituyan una infracción de la LDC¹⁷. Considerando que el art. 49.1 *in fine* de la LDC establece que se incoará expediente «cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas» parece legítimo pensar que, una vez incoado el expediente sancionador, este presupuesto referido a la apariencia de buen derecho estará, automáticamente, justificado.

¹³ Exptes. MC/0006/12, MC/0007/12 y MC/0008/13.

¹⁴ En línea con los requisitos clásicos establecidos en el art. 728 LEC.

¹⁵ J. MASSAGUER, *op. cit.*, p. 737.

¹⁶ Expte. MC/0003/09.

¹⁷ Exptes. MC/0006/12, MC/0007/12 y MC/0008/13.

Esta misma conclusión se deriva de las resoluciones que, sobre medidas cautelares, han sido adoptadas desde la entrada en vigor de la LDC de 2007. De su lectura no se puede deducir la apreciación de un estándar de prueba mayor, más allá del hecho de que las conductas, tal y como han sido denunciadas, puedan constituir una infracción de la LDC y, en consecuencia, se pueda estar produciendo un daño en el mercado¹⁸. Especialmente clara resulta, en este orden, la declaración del extinto Consejo de la CNC, en su Resolución de 30 de junio de 2008¹⁹, cuando al analizar la concurrencia de este primer requisito, expuso: «Pues bien, el expediente sancionador existe y ha sido incoado por la DI porque, de conformidad con el art. 49 LDC, ha observado que los hechos denunciados (sobre cuya existencia no existe controversia) presentan indicios racionales de constituir una infracción del art. 1 LDC, susceptible de estar causando los perjuicios o daños para el orden público económico».

Dada la ilimitada casuística existente en cuanto a las prácticas anticompetitivas que pueden ser englobadas en cualquiera de los tres artículos de la LDC que tipifican las infracciones de competencia, es evidente que no en todos los casos los indicios que motivarán la incoación del expediente sancionador serán ni cualitativamente ni cuantitativamente de la misma envergadura. Entendemos que solamente en aquellos casos en que el estándar, tanto en cuanto a la verosimilitud de los hechos como a la afectación al mercado, sea sólido y elevado, permitirá considerar que hay elementos de juicio suficientes para justificar, en su caso, la adopción de una medida anticipatoria sin un análisis sobre el fondo. Además, el estándar exigible sobre la apariencia de buen derecho deberá ser proporcional a la envergadura de la medida que se solicite y a sus efectos.

En este sentido merece ser destacado que la apariencia de buen derecho no solamente se referirá a la verosimilitud de los hechos denunciados sino también, para poder integrar el tipo infractor, a la afectación significativa que la conducta investigada ocasiona en el mercado. De acuerdo con lo dicho, las dos únicas resoluciones en las que no se ha apreciado la concurrencia de esta apariencia de buen derecho se refieren a casos en los que, o bien el Consejo no compartió la existencia de efectos anticompetitivos de la conducta incoada²⁰, o bien entendió que algunas medidas solicitadas excedían las conductas denunciadas y probadas en el expediente²¹.

De lo anterior se deduce que el verdadero presupuesto que inclinará la balanza hacia la adopción de la medida cautelar será la justificación del llamado *periculum in mora* o peligro de demora²², tanto en su aspecto de riesgo de infructuosidad de la resolución definitiva del expediente sancionador como en su aspecto de riesgo o peligro por la tardanza en producirse

¹⁸ En tal sentido, exptes. MC/0003/09 y MC/0008/13.

¹⁹ Expte. MC/0002/08.

²⁰ Expte. MC/0009/13.

²¹ Expte. MC/DC/0001/14.

²² En contra, sin embargo, J. COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 43.

esa resolución definitiva en la vía administrativa²³. Como se ha indicado, la finalidad de este tipo de tutela cautelar consiste en garantizar la efectividad del contenido de la resolución que en su momento se dicte y evitar los riesgos irreversibles que pueda acarrear la tardanza del procedimiento, no solamente respecto a la situación subjetiva del denunciante sino también a la estructura y funcionamiento del mercado. En definitiva, la acreditación de este requisito requiere que de la demora natural de la resolución final se derive un daño actual al funcionamiento competitivo del mercado de imposible o muy difícil reparación²⁴.

Es obvio que aunque en sede administrativa no rige la limitación explícitamente contenida en el ámbito cautelar civil, en el sentido de que no podrán acordarse medidas cautelares cuando pretendan alterar situaciones consentidas por el solicitante durante largo tiempo²⁵, tanto más difícil será justificar y amparar la existencia del peligro vinculado a la pendencia actual del proceso, cuando el daño al competidor o, en general, al funcionamiento competitivo del mercado, no se derive de una actuación relativamente reciente²⁶.

Sobre el presupuesto analizado merecen ser destacadas dos resoluciones del Consejo de la extinta CNC, por el especial esfuerzo de fundamentación al respecto contenidas en las mismas. En la primera de ellas (expte. MC/0001/08, *Residuos sanitarios 2*), que tuvo lugar como consecuencia de una solicitud de parte de medidas cautelares dirigida a dejar sin efecto el pacto de no competencia de cinco años impuesto a los vendedores de la sociedad ATHISA-2 a favor de CESPAS, impidiéndole a aquellos la entrada en el mercado español de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios, el Consejo defendió la concurrencia del presupuesto del *periculum in mora*, declarando: «La propia Dirección de Investigación señala que dada la complejidad del expediente (en especial, en lo relativo a los supuestos acuerdos de reparto del mercado) es probable que la resolución definitiva no se produzca mucho antes del plazo máximo para resolver (que expira el 13 de agosto de 2009), por lo que si la apariencia de antijuridicidad del pacto de no competencia se confirmase, la efectividad real de esta declaración sería de apenas tres meses, puesto que en diciembre de 2009 se extingue la vigencia del pacto. Pero, aun bastando la concurrencia de este riesgo de ineficacia para la adopción de la medida cautelar propuesta por la Dirección de Investigación, en este caso también concurre el riesgo o peligro nacido de la propia tardanza de la resolución definitiva, en la medida en que es un hecho cierto que durante el tiempo de la tramitación del expediente está prevista la adjudicación de varios concursos públicos a los que, de mantenerse vigente el pacto de no competencia (y las indemnizaciones pactadas por eventual

²³ En extenso, J. MASSAGUER, *op. cit.*, pp. 743 y ss.

²⁴ M. ORTELLS RAMOS y R. BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, p. 42.

²⁵ Art. 728.1, párrafo 2.º LEC.

²⁶ Aunque, evidentemente, también se podrán tener en cuenta circunstancias especiales que justifiquen, en estos casos, su adopción. En este sentido, véase el expte. MC/0004/09, *Mediaprol Sogecable*.

incumplimiento), el denunciante no se podrá presentar con el consiguiente perjuicio a la lucha competitiva (y, por ello, al interés público encomendado a las administraciones que convoca el concurso) como bien jurídico tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia».

En segundo lugar, las medidas cautelares adoptadas en el marco del expediente MC/0003/09, *Migración CUR*, fueron consecuencia de la denuncia, interpuesta contra cinco distribuidoras eléctricas, por la suspensión de los servicios telemáticos necesarios para gestionar las solicitudes de cambio de suministrador, llevada a cabo entre junio y julio de 2009, en plena liberalización del mercado de suministro eléctrico. En este caso, la extinta Dirección de Investigación propuso de oficio la adopción de las medidas cautelares y el Consejo tuvo en cuenta, por lo que se refiere al presupuesto del *periculum in mora*, el «riesgo de lesión al interés público tutelado por el Derecho de defensa de la competencia, dado que el momento temporal en el que las distribuidoras adoptan esta decisión de suspensión de la gestión telemática es clave a la hora de valorar el peligro de la demora. Sabiendo además que el TUR entra en vigor el 1 de julio, la suspensión por parte de las distribuidoras de la gestión telemática de las solicitudes de baja en el mes de junio, dificulta considerablemente esa posible captación de clientes por las comercializadoras, obstaculizando con ello la competencia en el mercado. La importancia del momento temporal hace necesario que las distribuidoras reanuden ese servicio de forma inmediata. Esta medida cautelar se hace más necesaria teniendo en cuenta que la Comisión Nacional de la Competencia tiene un plazo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador».

No obstante la trascendencia de este presupuesto, lo cierto es que en la práctica decisoria de la autoridad de competencia también encontramos otros pronunciamientos más recientes en los que la fundamentación sobre la concurrencia de este presupuesto en el caso analizado se ha realizado de forma más laxa. Así, por ejemplo, en el expte. MC/008/13, el único argumento que encontramos al respecto, dice: «Esta Sala comparte el criterio del SDC de que el contenido de la carta de 21 de julio de 2011, que el COFM remitió a sus colegiados podría perjudicar la imagen de la empresa denunciante al hacer alusión en la misma a una supuesta ilegalidad de la actividad que desarrolla, y ocasionar también daños y perjuicios en un sentido económico a la mercantil, ya que se han visto anulados diversos acuerdos que la empresa había iniciado con diferentes Ayuntamientos, según manifiesta la denunciante». Ninguna referencia se hace sobre la relevancia de los efectos de la conducta, más allá de la posibilidad apuntada de menoscabar la imagen y otros posibles perjuicios económicos para la denunciante, ni tampoco sobre el riesgo de ineficacia práctica de la resolución final del procedimiento, siendo precisamente este riesgo el presupuesto habilitante de la potestad cautelar.

En este ámbito sería deseable un mayor rigor de la autoridad a la hora de fundamentar los presupuestos de adopción de las medidas cautelares, y especialmente en lo referente al requisito de *periculum in mora*, en el senti-

do de los primeros pronunciamientos habidos tras la entrada en vigor de la LDC de 2007, por las importantes consecuencias que este proceso conlleva, como es la imposición de una medida de forma previa a la resolución definitiva, y por los evidentes beneficios anudados a una mayor transparencia y coherencia en cuanto a los criterios que motivan su adopción o su desestimación.

C. PROCEDIMIENTO

El proceso cautelar se caracteriza por la brevedad y simplificación de trámites, consecuencia de la propia naturaleza de este tipo de medidas instrumentales y, particularmente, de los riesgos inherentes a la demora en la corroboración y enjuiciamiento de los hechos denunciados en el procedimiento principal.

El procedimiento configurado por la LDC, sin embargo, no goza de la inmediatez presente en sede jurisdiccional, donde las medidas cautelares, que pueden ser formuladas con anterioridad a la presentación de la demanda principal, podrán ser adoptadas en las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud²⁷. En primer lugar, porque, de acuerdo con el principio de separación de funciones, independientemente de que sean solicitadas en fase de instrucción o de resolución, serán dos órganos los que tendrán que pronunciarse sobre la pertinencia de las mismas, la Dirección de Competencia y el Consejo. En segundo término, la tramitación tendente al pronunciamiento sobre su adopción solamente se pone en marcha una vez incoado el correspondiente expediente sancionador, aun cuando las mismas hayan sido solicitadas en el escrito de denuncia. Por otra parte, los plazos y trámites establecidos en el RDC modelan un proceso que puede extenderse hasta un máximo de tres meses, momento en el cual la petición habrá de entenderse desestimada por silencio negativo (art. 36.6 LDC), plazo máximo que, por lo demás, puede verse retrasado por la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier momento del procedimiento del expediente, desde la incoación hasta la resolución, tanto a instancia de los interesados como de oficio por la Dirección de Competencia (en la fase de instrucción) o por el Consejo (en fase de resolución). Lógicamente, será más sencillo convencer al órgano adoptante de la necesidad y efectividad de las mismas, si estas son solicitadas en un momento temprano de la fase de instrucción, puesto que, una vez que el expediente está en fase de resolución ante el Consejo, el plazo máximo para dictar la resolución definitiva estará mucho más próximo²⁸, por lo que la oportunidad de su adopción puede verse puesta en duda fácilmente²⁹.

²⁷ J. MASSAGUER, *op. cit.*, p. 760.

²⁸ Siendo, con carácter general, seis meses, según lo dispuesto en el art. 28.4 del RDC.

²⁹ Al respecto, la única resolución adoptada, con base en una solicitud presentada en fase de resolución, hasta la fecha por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha sido la contenida

La solicitud, ya sea formulada en el propio escrito de denuncia o con posterioridad, deberá especificar la medida o medidas solicitadas y razonar las circunstancias excepcionales presentes en el caso que permitan apreciar los presupuestos de adopción de las medidas cautelares y justifiquen la intervención anticipada del órgano administrativo.

Una vez solicitadas, o una vez incoado el expediente sancionador, la Dirección de Competencia deberá pronunciarse sobre la pertinencia de las mismas, en el plazo de dos meses, a través de una propuesta que será elevada al Consejo. De igual forma, si la solicitud se hubiera realizado ante el Consejo, el órgano instructor deberá elevar su propuesta sobre la misma en el plazo de dos meses desde que el Consejo solicite el correspondiente informe a la Dirección de Competencia.

En dicha propuesta, la Dirección de Competencia deberá valorar la concurrencia de una situación jurídica cautelable, esto es, la existencia de una apariencia de buen derecho y el peligro de demora, en los términos señalados anteriormente. Deberá, además, pronunciarse sobre la pertinencia de cada una de las medidas solicitadas para paliar el riesgo de infructuosidad de la futura resolución definitiva y confirmar que las mismas no son irreversibles ni causan perjuicios irreparables a los interesados. En definitiva, deberá realizar, a la vista de la petición de parte y de las informaciones obrantes en el expediente, una proposición motivada de adopción o no de las medidas cautelares y, en su caso, de fianza.

Una vez recibida la propuesta por el Consejo, este deberá oír a los interesados (art. 41.3 RDC). Por tanto, la autoridad de competencia, en ningún caso, puede adoptar medidas cautelares *inaudita parte*³⁰. Ello comportará que se dé traslado de la solicitud de medidas cautelares al denunciado, para que este presente las alegaciones que tenga por convenientes tanto en relación con las medidas, como con su fundamento, así como si considera necesario la imposición de fianza para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

A pesar de que en este extremo la letra del precepto es ciertamente vaga, hay que entender que el escrito de contestación a la solicitud de medidas cautelares deberá presentarse en el plazo de cinco días desde su notificación por el Consejo. Una vez presentado, el Consejo resolverá sobre la procedencia de las medidas (art. 41.3 RDC). Aunque expresamente no se establece plazo para que el Consejo dicte su resolución, se entiende que, una vez recibidas las alegaciones de la contraparte, deberá resolver en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de que sea de aplicación el silencio negativo. A estos efectos, sería recomendable establecer un plazo determinado en el que el Consejo deba dictar la resolución de concesión o denegación de tales medidas.

Si bien la regulación no lo exige explícitamente y a pesar de la previsión del silencio negativo, lo adecuado sería que, una vez solicitada la

en el expte. MC/DC/0001/14, *Criadores de Caballos 2*, en donde se denegaron todas las medidas solicitadas, considerando, entre otras razones, el breve plazo de tiempo que faltaba para dictar resolución.

³⁰ J. COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 37.

medida a instancia de parte, la Dirección de Competencia eleve ante el Consejo una propuesta tanto en los casos en que considere adecuada su concesión como su denegación³¹. En primer lugar, como hemos subrayado en diversas ocasiones, por la propia importancia del proceso cautelar y, en segundo término, porque solamente así es posible la creación de un acervo doctrinal que permita a futuros solicitantes pronosticar el resultado de una posible petición en este sentido y a los denunciados prever el resultado del proceso.

Una vez acordada la correspondiente medida cautelar, con vistas a la ejecución de la misma, la autoridad de competencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 67 de la LDC, podrá imponer multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día, sin perjuicio de que, asimismo, una vez acreditado el posible incumplimiento de las mismas por parte de la empresa interesada, pueda ser incoado el correspondiente expediente sancionador e impuesta la correspondiente sanción por la comisión de una infracción muy grave, en virtud de los arts. 62.4.c) y 63.1 de la LDC³².

Como indicamos, el apremio inherente a esta especial tramitación puede verse seriamente desdibujado por la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la resolución que acuerda la correspondiente medida cautelar, con la posibilidad de solicitar su suspensión. Aunque desde la entrada en vigor de la LDC de 2007 esta posibilidad no se ha materializado en ninguno de los expedientes relativos a medidas cautelares, falta de litigiosidad contenciosa que induce a pensar en la solidez de las escasas resoluciones de la autoridad nacional en este ámbito, no deja de sorprender que no se haya articulado una solución contenciosa coherente con la propia naturaleza y finalidad de la medida cautelar, de forma similar a lo que sucede en el ámbito procesal civil, donde no es posible la suspensión de la resolución que acuerda la tutela cautelar en caso de interposición de recurso (art. 735.2 LEC). Ello considerando que, como hemos defendido en reiteradas ocasiones, la tutela, también la cautelar, en los procedimientos de competencia ha de ir dirigida, predominantemente, a garantizar el interés público cuya defensa tiene encomendada la autoridad de competencia.

D. ESCASA APLICACIÓN POR PARTE DE LA CNC/CNCM

Desde la entrada en vigor de la LDC de 2007 hasta la fecha se han resuelto diez expedientes relativos a medidas cautelares. De ellos, solamente en seis ocasiones han sido adoptadas medidas cautelares por la autoridad española de competencia³³.

³¹ No obstante, según lo que consta en los antecedentes de la Resolución de 17 de julio de 2014, expte. S/0345/11, *Criadores de Caballos*, la práctica del órgano instructor de competencia parece ser la contraria.

³² Exptes. VMC/0007/12, *Criadores de Caballos*, y SNC/0030/13, *Criadores de Caballos*.

³³ Tampoco existió mucha actividad en este campo bajo la anterior legislación de competencia. Como señala A. CREUS, *op. cit.*, p. 187, bajo la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se dictaron 32 resoluciones relativas a la adopción de medidas cautelares. De estas

Los expedientes en los cuales dicho tipo de medidas han sido adoptadas están relacionados con sectores económicos muy diversos: gestión de residuos sanitarios (MC/0001/08); producción y comercialización de vinos de denominación de origen Jerez y Manzanilla (MC/0002/08); comercialización de electricidad (MC/0003/09); prestación de servicios funerarios (MC/0006/12); gestión y ordenación de actividades económicas relacionadas con los caballos de Pura Raza Española (MC/0007/12); y servicios de distribución minorista de medicamentos y productos farmacéuticos (MC/0008/13).

No obstante, todos los casos tienen algunas características comunes. Primeramente, la existencia de una práctica de diferente naturaleza que conlleva la exclusión de determinados competidores del mercado afectado. Ya sea a través de la imposición de determinadas cláusulas contractuales o requisitos legales, de la negativa a dar acceso a determinada instalación o información esencial para competir, o de la implementación de sofisticados requisitos técnicos, las conductas que han dado lugar a la adopción de medidas cautelares tienen como efecto obstaculizar la actividad de competidores que ya estaban operando en el mercado o boicotear el acceso a nuevos competidores en el mismo.

Además, en todas ellas, los ejecutores de la práctica, o bien era empresas con posición de dominio (exptes. MC/0006/12 y MC/0007/12), o bien empresas que sin gozar de dominancia, sí ostentaban una posición preeminente en el mercado afectado, al haber sido designadas como suministradoras TUR durante el proceso de liberalización del sector eléctrico, al tratarse de asociaciones oficiales de carácter profesional o corporaciones con facultades públicas, o al constituir las empresas principales del mercado, lo que, en todo caso, permitía dotar a sus actuaciones de efectos adversos más inmediatos e intensos.

Todo ello evidencia, a pesar de su escasa utilización, la efectividad de este instrumento legal para conjurar de forma prematura y tempestiva los daños relevantes que se pueden producir en el mercado, y que pueden llegar a ser irreversibles como consecuencia de la dilación en adoptarse la resolución definitiva. Igualmente, son constatables los beneficios que de su utilización se derivan, no solamente para la parte solicitante sino también para todos los participantes e, incluso, los consumidores y, en definitiva, para el interés público concurrencial.

En tal sentido es especialmente significativa la actuación cautelar acordada de oficio a raíz del ya mencionado expediente MC/0003/09, *Migración CUR*, mediante la cual se pretendió atajar los obstáculos interpuestos por cinco distribuidoras de electricidad y la asociación sectorial al impulso liberalizador desplegado en 2009 en el mercado de suministro minorista de electricidad. Caracterizado este mercado de comercialización eléctrica ya desde la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector

32 resoluciones, en 12 de ellas el resultado fue la imposición de las medidas, siendo las restantes rechazadas.

Eléctrico, por los principios de libre competencia, libertad de contratación y libre elección del suministrador por parte del consumidor, fueron necesarias sucesivas reformas legales para garantizar la liberalización material y efectiva de dicho suministro. Probablemente la más importante tuvo lugar el 1 de julio de 2009, cuando entró en vigor el llamado suministro de último recurso, se produjo la desaparición del sistema tarifario anterior y se escindió por completo la actividad de distribución de electricidad, en régimen de monopolio natural, a cargo de las distribuidoras y la de comercialización, en régimen de libre competencia, a cargo exclusivamente de las empresas comercializadoras. Desde ese momento todos los consumidores de energía eléctrica podían, por tanto, contratar la adquisición de energía eléctrica con cualquiera de las empresas comercializadoras que libremente eligieran.

En este marco constituía un activo crucial para el éxito de la liberalización real del suministro y para la propia capacidad de las empresas comercializadoras de competir eficientemente en el mercado de suministro minorista, el acceso de estas a la información relativa a los clientes y puntos de suministro en poder de las distribuidoras. Pues bien, en un ejemplo de extraordinaria agilidad y eficiencia administrativa, tras ser recibida denuncia el 17 de junio de 2009 relativa a los impedimentos que estaban poniendo las cinco distribuidoras para la gestión de solicitudes de cambio de suministrador instadas por las comercializadoras, la extinta Dirección de Investigación, con fecha 24 de junio, incoó expediente sancionador y ese mismo día elevó al Consejo una propuesta de medidas cautelares al objeto de que ordenara el cese de dichas prácticas de suspensión de la gestión telemática de las solicitudes de cambio de suministrador, lo que fue acordado por el anterior Consejo apenas unos días más tarde, el 1 de julio. Como fácilmente puede apreciarse, esta actuación cautelar propició que, en un momento de extraordinaria importancia para el proceso liberalizador del mercado eléctrico, no se obstaculizara la actividad de las comercializadoras, se hiciera efectivo el reconocimiento formal del derecho de los consumidores a elegir libremente al suministrador de electricidad y, en definitiva, se cumpliera el calendario legal establecido de liberalización del sector eléctrico, sin necesidad de esperar a la resolución final del expediente sancionador, que tuvo lugar el 13 de mayo de 2011³⁴.

Pero la eficacia de las medidas cautelares no solamente se limita a la adopción y cumplimiento de las mismas. Hay que tener en cuenta que simplemente el inicio del proceso actúa como medio de presión frente a la estrategia defensiva de la empresa denunciada, lo que, como se ha demos-

³⁴ Desgraciadamente, esta Resolución de 13 de mayo de 2011, expte. S/0159/09, *Unesa y Asociados*, que acreditaba la conducta colusoria desarrollada por Iberdrola, S. A.; Endesa, S. A.; E.ON España, S. L.; Gas Natural SDG, S. A., e Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A., y UNESA para la obstaculización del cambio de suministrador en el mercado de la comercialización de energía eléctrica a pequeños clientes desarrollada entre 2007 y 2009, ha sido recientemente anulada por el TS en sendas Sentencias de 20, 23, 24 y 25 de marzo de 2015, por cuestiones formales que no de fondo, en concreto al privar de validez a la Orden de investigación que dio lugar a las actuaciones inspectoras, de las cuales traía causa el mencionado expediente sancionador.

trado en los casos resueltos hasta ahora, puede tener importantes consecuencias procesales en relación con el proceso principal.

Como se ha visto, aunque la concesión de las medidas cautelares constituye un enjuiciamiento provisional, y circunstancias sobrevenidas y las pruebas aportadas con posterioridad pueden modificarlo, la propuesta del órgano instructor al Consejo mostrándose proclive a su adopción, da una señal clara al denunciado del posicionamiento sobre los hechos dilucidados en el proceso principal. Ello puede determinar la estrategia jurídica del denunciado en el procedimiento principal y la modificación de su propio comportamiento en el mercado desde la adopción de las medidas cautelares. Así, en dos de los casos resueltos hasta la fecha, la adopción de medidas cautelares ha motivado el inicio de la Terminación Convencional del expediente (exptes. MC/0005/10 y MC/0008/13), y en otros tres la empresa denunciada ha modificado su comportamiento voluntariamente, procediendo al cese de la práctica analizada, incluso con antelación a que se dictase la resolución definitiva de medidas cautelares (exptes. MC/0003/09, MC/0004/09 y MC/0005/10).

Adicionalmente, desde un punto de vista procesal, hay que señalar que el cumplimiento de las medidas cautelares, hasta el momento, no se ha tomado en consideración como atenuante³⁵, si bien evidentemente para calcular el importe de la sanción se tendrá en cuenta la duración de la misma, y por tanto, su duración más limitada por mor de la medida cautelar adoptada.

En definitiva, del análisis de las resoluciones de medidas cautelares adoptadas por la autoridad española de competencia bajo la videncia de la LDC de 2007, se puede concluir que, a pesar de su excepcionalidad y su limitada, e incluso decreciente, utilización, se trata de un instrumento de extraordinaria utilidad y alcance. Primeramente, desde el punto de vista del interés público concurrencial, ya que permite poner fin de forma anticipada a lesiones o alteraciones graves producidas a la dinámica competitiva del mercado. En particular, la práctica decisoria de la autoridad española de competencia en los últimos años ha demostrado su efectividad para evitar a tiempo la exclusión inminente y anticompetitiva de operadores del mismo.

Por lo demás, también posibilita al denunciado por una infracción de competencia prever con suficiente antelación la valoración del órgano de competencia de las conductas denunciadas y, en su caso, modificar su estrategia defensiva y agilizar la terminación del procedimiento, con el consiguiente ahorro de recursos públicos en la investigación de infracciones de competencia y de perjuicios económicos para la empresa.

³⁵ Véase, p. ej., la Resolución del extinto Consejo de la CNMC de 4 de junio de 2009, expte. 2779.07, *Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar*.

3. BREVES NOTAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como es sabido, el art. 86.ter 2.f), LOPJ otorga a los jueces de lo Mercantil la competencia para conocer, en primera instancia, de los procedimientos de aplicación privada, tanto del Derecho comunitario como nacional, sobre Derecho de defensa de la competencia. En consecuencia, son estos concretos órganos judiciales los que están llamados a sustanciar, en su caso, las demandas cautelares que pudiesen ejercitarse en esta materia.

Pues bien, en la materia que nos ocupa, a saber los procedimientos civiles sustanciados en aplicación del Derecho de la competencia los Juzgados de lo Mercantil tampoco han ofrecido numerosos ejemplos de adopción de medidas cautelares³⁶. Como ha puesto de relieve algún autor, ello puede deberse, en parte, a que la invocación del Derecho de la competencia ante los jueces civiles se ha canalizado tradicionalmente por vía de excepción, frecuentemente como argumento defensivo para desvirtuar la apariencia de buen derecho en demandas de incumplimiento en que se solicitaban medidas cautelares³⁷.

Dado que la LDC no contiene normas específicas sobre esta cuestión, habrá que estarse, desde el punto de vista procesal, a lo establecido de forma general para el proceso civil por la LEC. En este sentido, las medidas cautelares pueden dictarse solo a instancia de parte, tanto por quien sostiene la acción principal como por el demandante reconvenicional, planteando este último supuesto, a priori, mayores dificultades, por el juego del art. 728.1.2 LEC, según el cual no puede pretender justicia cautelar aquel que ha consentido durante largo tiempo (salvo que se justifiquen cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces). Parece que será en todo caso más difícil de probar la urgencia

³⁶ Con notables excepciones, como los Autos del Juzgado de lo mercantil de Madrid núm. 2, de 20 de julio de 2005, del Juzgado mercantil de Madrid núm. 3, de 29 de marzo de 2006, sobre el mantenimiento del suministro de contenidos deportivos a determinadas empresas de televisión por cable, o sobre la validez de ciertos acuerdos relacionados con una Oferta Pública de Adquisición, respectivamente, o el reciente Auto del Juzgado de lo mercantil núm. 1, de 30 de julio de 2015, sobre el descenso del Elche C. F. En este último supuesto, se solicitaban medidas cautelares previas a la demanda, fundamentando su futura pretensión en los siguientes términos «al futbolista actor se le está impidiendo desarrollar su trabajo en base a unas normas que no gozan de rango legal y que atentan contra la libre competencia en el sector económico del fútbol, produciendo irreparables perjuicios económicos y profesionales en el ámbito de su carrera deportiva en caso de no adoptarse la medida interesada de forma urgente». Precisamente la imprecisión de estos términos, y la falta de argumentos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, lleva a la juez a alertar de los riesgos de que las medidas cautelares «puedan utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, y sean utilizadas como simple medio de presión a las personas frente a las que se solicita, o como medio de anticiparse y situarse en mejor posición, de modo injustificado, que otros perjudicados que se encuentran en la misma situación que los recurrentes».

³⁷ S. VILATA MENADAS, «Medidas cautelares en procedimientos por infracción de las normas de defensa de la competencia ante los Juzgados de lo Mercantil», en J. I. RUIZ PERIS (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 150.

de las medidas preventivas por aquel que no ha ejercitado *motu proprio* las acciones judiciales que le pudiesen corresponder.

Los presupuestos que operan para la adopción de medidas cautelares en el ámbito privado son los ya conocidos apariencia de buen derecho (*fumus boni iuri*) y peligro por la mora procesal (*periculum in mora*), de los que ya se ha tratado con amplitud *supra*. Simplemente añadiremos que, en esta sede, serán de gran utilidad, a efectos probatorios del buen derecho, la existencia de un pronunciamiento condenatorio al respecto proveniente de la respectiva Autoridad de la competencia, sea nacional o europea³⁸. A las conocidas características de instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, y proporcionalidad, hay que añadir la variabilidad. Por virtud de este último matiz las medidas acordadas en un primer momento son susceptibles de ser modificadas según el principio *rebus sic stantibus*³⁹.

Por otro lado, la situación jurídica cautelable queda ligada al proceso principal, y dado que la LEC no establece excepciones, esta tutela es extensible a la tutela declarativa, la ejecutiva y la de condena. En efecto, puede aventurarse que serán las cautelares ligadas a la tutela declarativa las más frecuentes por ser este el ámbito en que se ubican, entre otras, las demandas de nulidad contractual derivadas de ilícito *antitrust*.

Respecto de la legitimación, hay que hacer expresa mención a la posibilidad de que asociaciones de consumidores y usuarios soliciten, en el seno de un procedimiento principal de reparación de daños, medidas cautelares en defensa de intereses colectivos. En estos casos, simplemente ha de apuntarse la dificultad que en los casos de infracciones del Derecho *antitrust* suele conllevar la determinación de los sujetos afectados, pues de ello dependerá el mayor o menor abanico de sujetos legitimados para litigar. En efecto, cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación solo podrán litigar las asociaciones que sean representativas (art. 11 LEC). Lejos de ser cuestión baladí, fue la razón esgrimida para desestimar definitivamente la acción colectiva que Ausbanc interpuso contra Telefónica, en representación de los titulares de líneas ADSL en España, en reclamación de los daños y perjuicios causados por el abuso de dominio, que había sido sancionado previamente por la Comisión Europea. Esta restrictiva opción del legislador, junto con otras razones de orden operativo internas a estas asociaciones y también de orden económico, hacen que sean escasas, todavía, este tipo de acciones colectivas⁴⁰.

Es importante destacar que el juez decidirá sobre las medidas cautelares previa audiencia del demandado, a través de una vista tramitada como juicio verbal, aunque cabe excluir esta audiencia y, por tanto, es posible la

³⁸ Así lo pone de manifiesto S. VILATA MENADAS, *op. cit.*, p. 144.

³⁹ MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional. Proceso civil*, 23.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 708.

⁴⁰ F. MARCOS FERNÁNDEZ, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los Tribunales españoles», *ICE*, núm. 876, 2014, p. 102. Disponible en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876__14DBFFFAE58B6382B1E536DD792E39C0.pdf.

adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, cuando así se solicite por motivos de urgencia o cuando la audiencia pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar (arts. 733 y 734 LEC).

No cabe olvidar que, por virtud del art. 728 LEC, el solicitante de la medida cautelar habrá de prestar caución, *salvo que expresamente se disponga otra cosa*, para responder de los daños y perjuicios que la medida pudiera causar al demandado. De esta obligación puede quedar dispensado el solicitante cuando la acción se ejercite en defensa de intereses colectivos de los consumidores. Para ejecutar la caución, habrá de determinarse que la medida carecía de fundamento, por lo que cabe plantearse que será solo tras la finalización del proceso principal cuando pueda determinarse dicho presupuesto. Por otro lado, esta previsión del Derecho procesal civil suscita una cuestión de relevancia. A saber, si los eventuales daños causados por una medida cautelar que se revela excesiva o innecesaria pueden ser reclamados cuando es la Autoridad pública, sea europea o nacional, quien impone la medida de oficio.

De entre las múltiples medidas tutelares que pueden acordarse, en la materia que nos ocupa se revelan especialmente adecuadas la cesación o prohibición temporal de actividades o conductas o suspensión cautelar de acuerdos, que puede ser tan importante como la resolución final, con lo que en cierta medida, la justicia cautelar en ocasiones presenta manifestaciones de justicia plenaria. En efecto, en ocasiones, el demandante vendría a obtener en el proceso cautelar lo que solicita en el proceso principal, anticipando, con ello, los efectos de la eventual sentencia⁴¹. Se deja, no obstante, con carácter general al demandando la posibilidad de solicitar la sustitución de la medida cautelar por una caución, que el juez concederá si se dan los presupuestos previstos en el art. 746 LEC, entre los que se cuenta que la medida cautelar pudiese restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandando de modo grave y desproporcionado. En este sentido, cabe plantearse si toda medida cautelar es sustituible por fianza, sin olvidar la conflictiva cuestión de la cuantificación de la caución.

No puede ser pasado por alto la dificultad que entraña la sustitución por caución de la obligación de mantener el abastecimiento a un *input* esencial para el reclamante, o la de dejar en suspenso un contrato que obliga al demandante a renunciar a cualquier licitación pública. Es previsible que en el tema que nos ocupa el demandado esté rara vez interesado en la sustitución de la medida cautelar.

4. *INTERIM MEASURES* EN LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

Del análisis de la práctica de la Comisión Europea en los últimos años se desprende que esta institución, pese a estar expresamente facultada para

⁴¹ S. VILATA MENADAS, *op. cit.*, p. 141; J. MONTERO AROCAS, *op. cit.*, p. 714.

ello, no ha sido especialmente prolija en la adopción de medidas cautelares en su aplicación del Derecho de la competencia. Si analizamos el Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, observamos, en primer lugar, una habilitación expresa a las Autoridades de la Competencia nacionales para adoptar medidas cautelares que se manifiesta en los siguientes términos. El art. 5 del Reglamento 1/2003 faculta a las autoridades de competencia nacionales a aplicar directamente los arts. 81 y 82 TCE (hoy arts. 101 y 102 TFUE) a los supuestos particulares de infracción, pudiendo, a estos efectos, *actuando por iniciativa propia o a instancia de parte*, tanto requerir a las partes para que pongan fin a la infracción, como ordenar medidas cautelares, y aceptar compromisos y/o imponer multas sancionadoras, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista en el Derecho nacional.

Por otro lado, el art. 8 del mismo Reglamento, establece que en casos de urgencia y existencia de un riesgo de daño grave e irreparable a la competencia, la Comisión puede, *de oficio*, ordenar medidas cautelares sobre la base de la existencia de indicios de incumplimiento (*prima facie finding of infringement*). A renglón seguido el art. 8.2 especifica que la decisión que las imponga será temporal, pudiendo ser prorrogada su fuese necesario. Aunque el Reglamento no lo prevé expresamente⁴², la jurisprudencia del TJUE ha afirmado que, como cualquier Decisión de la Comisión, también aquellas que impongan medidas cautelares estará sujeta a revisión judicial⁴³. Y en esa labor de revisión, «el juez deberá tener en cuenta si existe el riesgo grave de que los efectos perjudiciales de una orden de tal naturaleza, caso de que deba ser ejecutada inmediatamente, sobrepasen los de una medida cautelar y, mientras tanto, irroguen daños y perjuicios que excedan sensible mente de los inconvenientes inevitables, pero pasajeros, que derivan de una medida de tal naturaleza»⁴⁴.

Aunque la decisión de la Comisión, adoptando o rechazando, las medidas cautelares, es objeto de revisión, el Tribunal de Justicia ha manifestado en reiteradas ocasiones que no puede sino anular o validar la decisión de la Comisión. Esto es, no puede actuar como sustituto de la misma y decidir sobre la concreta imposición de medidas. Ello iría en contra de la separación funcional de las instituciones europeas⁴⁵. Por ello, la utilidad del recurso judicial es de reducidas dimensiones, pues la posición frente a los

⁴² Adviértase que el art. 31, que prevé el Control por parte del Tribunal de Justicia, establece que este órgano judicial gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión *haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva*. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta.

⁴³ Véase, entre otros, el Auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 21 de mayo de 1990, recaído en el caso *Peugeot*, T-23/90, que conoce de «la petición de suspensión de una orden adoptada por la Comisión con carácter provisional en relación con una empresa, a la espera de una Decisión definitiva a efectos del art. 3 del Reglamento 17 del Consejo».

⁴⁴ Auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 21 de mayo de 1990, cit.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, asunto *La Cinq.*

hechos probablemente no cambiará. Bastante previsiblemente, justificará de forma más exhaustiva la misma decisión.

Es sorprendente que la literalidad de los dos preceptos diverja en cuanto a la forma de actuar puesto que, a diferencia de las Autoridades Nacionales, formalmente, la Comisión no parece poder actuar a instancia de parte sino únicamente *ex officio*. Así lo confirma la «Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE»⁴⁶, en su párrafo 80, donde establece que «de conformidad con el art. 8 del Reglamento 1/2003, la Comisión podrá ordenar a iniciativa propia la adopción de medidas cautelares cuando exista el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia». El art. 8 del Reglamento 1/2003 establece con claridad que los denunciantes con arreglo al apartado 2 del art. 7 del Reglamento 1/2003 no podrán solicitar la adopción de medidas cautelares. Esta diferenciación se justifica, en que las empresas pueden solicitar la adopción de medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales nacionales, que están mejor situados para decidir sobre tales medidas.

Las consecuencias de esta divergencia han sido puestas de manifiesto por la doctrina⁴⁷, quien entiende que a los denunciantes no se les otorga el derecho específico de solicitarlas y, por tanto, la Comisión no tiene la obligación de rechazarlas formalmente⁴⁸. Sin embargo, esta opinión ha de ser matizada. En efecto, el hecho de que la decisión de la Comisión está sujeta a revisión judicial, implica necesariamente que la Comisión debe exponer las razones, adecuadas y relevantes, de forma tal que permitan al Tribunal de Justicia ejercer su poder de revisión⁴⁹.

En consecuencia, y aunque no haya de manifestarse sobre todos y cada uno de los argumentos alegados por las partes, la Comisión no podrá despachar la solicitud de medidas cautelares sin una, siquiera breve, justificación. Por otro lado, hay que señalar que las consecuencias para el denunciante de la falta de atribución del derecho a solicitar las medidas cautelares no parecen ser de envergadura, ya que la práctica de la Comisión demuestra que la mayoría de las medidas impuestas han sido sugeridas, o solicitadas de manera informal, por la parte perjudicada por los hechos denunciados o investigados.

En cuanto a la regulación de las medidas cautelares, se constata que el art. 8 del Reglamento 1/2003 no hace sino codificar, fundamentalmente, el *case law* existente anteriormente y que fue desarrollado bajo la vigencia del

⁴⁶ (2004/C 101/05).

⁴⁷ J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Competition Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2007, p. 123.

⁴⁸ Tal y como ya venía haciendo la Comisión. Es ilustrativa al efecto, la Orden del presidente del Tribunal de primera instancia de 6 de diciembre de 1989, caso *Cosimex* T-131/89 R, de la que se desprende que la decisión de no ordenar medidas cautelares estaba contenida en una carta enviada al solicitante, «without being necessary to rule on whether or not the Commission's letter of 7 June 1989 constitutes a decision against which proceedings may be brought—inasmuch as it contains a refusal on the Commission's part to adopt the interim measures—».

⁴⁹ *La Cinq*, par. 35.

Reglamento 17/62, que no contenía mención expresa a la facultad de ordenar medidas cautelares. Pionera, en este sentido, fue la sentencia del TJCE en el caso *Camera Care*⁵⁰, que estableció que la Comisión tenía la facultad de adoptar medidas cautelares «en la medida en que estas puedan considerarse indispensables para evitar que el derecho de decisión previsto por el art. 3 termine resultando ineficaz o, incluso, ilusorio», a pesar de la falta de previsión expresa. Estas medidas, en opinión del Tribunal, habían de ser aplicadas en supuestos de urgencia, con objeto de remediar una situación que podría causar un perjuicio grave e irreparable a la parte que solicita su adopción, o intolerable para el interés general. Por último, debían de ser proporcionadas, esto es, no ir más allá de lo estrictamente necesario para permitirle ejercitar sus funciones de manera eficaz y, en particular, para garantizar el efecto útil de las posibles decisiones, temporales y sujetas a revisión⁵¹.

Por otro lado, si bien es cierto que el art. 8 del Reglamento 1/2003 plasma, fundamentalmente, la doctrina del Tribunal de Justicia, no lo es menos que también introduce algunos matices *ex novo*. En concreto, y en relación con el riesgo de daño, el art. 8 del Reglamento 1/2003 añade una ligera corrección al pronunciamiento del Tribunal en *Camera Care* para alinear-lo con los objetivos generales de la Política de competencia. En efecto, este precepto especifica que las medidas cautelares pueden ser adoptadas únicamente en caso de urgencia debido a un daño grave e irreparable a la competencia, no siendo suficiente que se ocasione un daño a una empresa particular.

Este es un matiz que ajusta la doctrina del Tribunal a la finalidad perseguida en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, que es la protección del juego no falseado de la competencia, y es que la Comisión, en su actuación como Autoridad de competencia, debe ejercer sus facultades únicamente en aras del interés general⁵². En efecto, la defensa de los intereses particulares de los operadores está mejor garantizada a través de la protección que otorgan las autoridades judiciales nacionales.

A. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

a) Prima facie

Para poder imponer medidas cautelares, la Comisión debe establecer la «probable existencia» de una infracción (*Peugeot Case*, T-23/90), sobre la base de la información que posee, bien porque ha sido incautada por los propios funcionarios de la Comisión, por ejemplo, o porque ha sido faci-

⁵⁰ Sentencia de 17 de enero de 1980, caso 729/79 R.

⁵¹ Sobre ello, J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Competition Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2007, p. 123, entre otros.

⁵² Como acertadamente señala J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Competition Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2007, p. 123.

litada por el solicitante/denunciante⁵³. Sin embargo, no es necesario que de dicha información se desprenda que ha habido una clara y manifiesta infracción, sino únicamente que hay motivos fundados para creer que ha sido así, aunque aún no haya quedado probado.

En asuntos como *La Cinq*, la Comisión llevó demasiado lejos la exigencia de este requisito y fue reprobada por el Tribunal, que le cuestionó que aplicara los mismos estándares de certeza exigibles para la Decisión final al procedimiento de adopción de medidas cautelares⁵⁴. En su fundamentación para no imponer medidas cautelares, la Comisión había alegado que «el examen inicial y sumario de los hechos no revelaba *prima facie* la existencia de una *clara y flagrante infracción* del Tratado». En todo caso, la práctica de la Comisión revela que la exigencia de la *prima facie* no puede desprenderse, sin más, de la mera apertura de la investigación, presentando, así una quizás excesiva severidad respecto de los estándares de la CNMC⁵⁵.

b) Urgencia

A la hora de categorizar los requisitos de las medidas cautelares, en ocasiones se ha diferenciado la urgencia del riesgo de daño irreparable. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, ya en 1980⁵⁶, estableció que la condición de urgencia no es en realidad sino uno de los aspectos de la condición relativa al riesgo de daño grave e irreparable. A pesar de ello, en aras de una mejor exégesis, suelen venir diferenciados.

Y, en efecto, la urgencia ha de venir determinada por la existencia de un riesgo de causar un daño grave e irremediable al interés general, esto es, un daño que no podrá ser evitado en caso de esperar a la finalización del procedimiento. En palabras del Tribunal de Justicia, es un daño que no puede ser adecuadamente reparado mediante indemnización, aunque la parte obtuviera una Decisión final favorable⁵⁷. Por ello, en ocasiones se han considerado razones basadas en la desventaja competitiva que sufriría el solicitante y el efecto que esta puede tener en su posición a largo plazo⁵⁸. Sin embargo, en estos casos, ha de justificarse detalladamente que las medidas cautelares están dirigidas a proteger el interés general y no el particular del operador que se ve perjudicado y que, por tanto, estos efectos son negativos para el sistema competitivo y no solo para la parte⁵⁹.

⁵³ Un claro ejemplo de esta conjunción se da en *British Sugar*, la Decisión de imponer medidas cautelares se basa, tanto en la información facilitada por el denunciante como en los documentos incautados en las inspecciones llevadas a cabo por oficiales de la Comisión, que fueron mucho más reveladores.

⁵⁴ Resolución del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1992, T-44/90. Entre otros, al respecto, I. VAN BAEL y J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, pp. 1098 y ss.

⁵⁵ Véase *supra*, p. 6.

⁵⁶ *La Cinq*, par. 29.

⁵⁷ *Camera Care*, par. III.

⁵⁸ Caso *Mars*, par. 36.

⁵⁹ La Comisión actúa en defensa del interés general y no en interés de los particulares, quienes pueden acudir a los Tribunales nacionales a tal efecto. Véase G. L. TOSANO y L. BELLODI, *EU Competition Law*, vol. 1, Procedure, Claeys & Casteels, 2006, pp. 39 y 167.

La propia indeterminación del término presenta una de las mayores dificultades a las que se enfrenta la Comisión a la hora de aplicar medidas cautelares en el caso concreto. Aunque existen supuestos en que la urgencia es fácilmente constatable, tales como el riesgo de cese de actividad de un operador⁶⁰, la urgencia no puede ser reconducida unívocamente a este supuesto de desaparición de operadores.

En ocasiones, este requisito ha sido interpretado de forma demasiado estricta, al considerar merecedor de tutela cautelar solo el daño que no pueda ser reparado por una Decisión ulterior. En realidad, el Tribunal ha introducido una relativa mayor laxitud al entender como irreparable también aquel daño que no pueda ser «adecuadamente reparado» mediante una Decisión posterior.

c) *Procedimiento*

El Reglamento 773/2004 desarrolla los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE (hoy arts. 101 y 102 TFUE). Paradójicamente, este texto solo hace una mención, de escasa entidad, a las medidas cautelares en el art. 17 para reducir a una semana los plazos previstos en aplicación de los arts. 6.1, 7.1 y 10.2 del mismo texto legal. Estos preceptos se refieren al envío de la copia de la versión no confidencial del pliego de cargos al denunciante para que formule sus observaciones por escrito, a la desestimación de la denuncia, y a la notificación del pliego de cargos definitivo.

Prácticamente, ningún documento de la Comisión hace alusión a las medidas cautelares⁶¹. Y cuando se hace, como en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia⁶², la mención carece de sustantividad relevante.

La orfandad legislativa hace que el procedimiento, más de veinte años después de la primera sentencia, esté rodeado de inseguridad y oscurantismo⁶³. Y es que este procedimiento se ha ido perfilando, progresivamente, gracias, por una parte, a las intervenciones del Tribunal de Justicia a través de la escasa jurisprudencia y, por otra, a la praxis de la Comisión. Sin em-

⁶⁰ *British Sugar Case* o *Akzo*, entre otros.

⁶¹ Tradicionalmente, solo el Reglamento 1284/91 sobre el transporte aéreo contenía un precepto dedicado a la adopción de medidas cautelares, y era este texto el que se tomaba como modelo general. C. S. KERSE, *EC Antitrust Procedure*, 4.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 233, entre otros.

⁶² (2004/C 101/03). En este texto simplemente se apunta la posibilidad de que las Autoridades de la competencia nacionales puedan informarse mutuamente de las decisiones relativas a medidas cautelares (par. 48), y que en la adopción de estas medidas por parte de la Comisión el Comité consultivo sea consultado (par. 60) en un plazo más corto que el ordinario de 14 días (par. 67).

⁶³ Algunos comentaristas predecían, con anterioridad a los Reglamentos 1/2003 y 773/2004, que en la aplicación de medidas cautelares, la Comisión seguiría el Reglamento 2842/98. En virtud de esta norma, a la parte contra la que irían dirigidas las medidas cautelares se le concedería un plazo mínimo de 14 días para responder al Pliego de cargos y se le oíría en audiencia pública, véase C. BELLAMY y G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 923.

bargo, todo ello no ha sido compilado, de forma exhaustiva, en un texto normativo.

En efecto, la labor del TJUE ha sido muy relevante en la configuración del procedimiento. Así, ya en *Camera Care* apuntó la necesidad de que las partes afectadas gozasen del derecho a ser oído⁶⁴ y, por otro lado se establecía la necesidad de que dichas decisiones estuvieran sometidas a revisión judicial⁶⁵. Tempranamente incluso se sugirió que el Comité consultivo tuviese la ocasión de manifestar su opinión, lo que se vino haciendo desde los primeros pronunciamientos⁶⁶.

Las medidas cautelares han de adoptarse a través de una Decisión formal del art. 288 TFUE⁶⁷, sin embargo hasta 1999 parecía no quedar claro, pues el Tribunal de Primera Instancia tuvo que manifestarse sobre el particular, en un caso en que la Comisión no había dado ninguna respuesta formal a la solicitud de medidas cautelares. En realidad, podría matizarse esta afirmación, en el sentido que únicamente la imposición de medidas cautelares puede considerarse una «medida que produzca efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de la parte demandante, modificando de forma caracterizada la situación jurídica de esta y, por ello, ha de constituirse en un acto o decisión que pueda ser objeto de un recurso de anulación, en el sentido del art. 173 del Tratado CE» (actualmente art. 230 CE, tras su modificación)⁶⁸.

Por el contrario, estrictamente hablando, la denegación de las mismas no produce efecto jurídico alguno sobre las partes ni modifica la situación jurídica de estas, por lo que, estrictamente, podría no ser objeto de una Decisión del art. 288 TFUE.

5. DÉFICIT REGULATORIO E INACTIVIDAD DE LA COMISIÓN

Desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, la Comisión no ha adoptado ninguna medida cautelar⁶⁹. El último Informe sobre Política de Competencia de la Comisión que contiene una mención sobre *interim measures* data de 2005. Posteriormente no existe mención alguna, lo que cons-

⁶⁴ *Camera Care*, par. 19: «En la adopción de las medidas cautelares la Comisión debe de mantener las garantías esenciales concedidas a las partes por el Reglamento 17/62, en especial por el art. 19».

⁶⁵ *Camera Care*, par. 19.

⁶⁶ C. BELLAMY y G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 923, citando al abogado general en el caso *Ford Werke*. Véanse, asimismo, los casos *British Sugar* o *Akzo*, entre otros.

⁶⁷ Así H. SCHRÖTER, T. JAKOB, R. KLOTZ y W. MEDERER (Hrsg), *Europäisches Wettbewerbsrecht. Grosskommentar*, 2 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 1049.

⁶⁸ Véase la sentencia del asunto *GVA*, que cita a la del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, *IBM/Comisión*, 60/81, rec. p. 2639, apartado 9.

⁶⁹ Así lo afirma SCHRÖTER *et al.*, *op. cit.*, p. 1052, para quien la Comisión, en su papel de garante del interés general, está queriendo ceder protagonismo en esta materia a los Tribunales nacionales, que están mejor posicionados para defender intereses particulares.

tata una clara inactividad de la Comisión en los últimos años en relación con esta materia⁷⁰.

Las razones pueden hallarse, por un lado, en la progresiva mayor sofisticación de las prácticas, que hacen cada vez más difícil determinar la existencia de una *prima facie* en estadios tempranos de la investigación. Las prácticas claramente predatorias, que han suscitado tradicionalmente gran parte de las medidas cautelares ordenadas por la Comisión, han dejado paso a otras formas, siquiera más sibilinas, de abuso.

Por otro lado, debe asimismo señalarse el riesgo que podría suponer la imposición de medidas cautelares que se revelan, *a posteriori*, innecesarias o excesivas, cuando la parte ha sufrido unos daños que desea ver indemnizados.

Por una parte, la innecesariedad de las medidas que fueron impuestas puede venir determinada, bien porque la Autoridad Judicial (en este caso el TJUE) falle en contra de su imposición, cuando estas sean recurridas, o bien, porque sea la propia Comisión en su decisión final quien declare la inexistencia de infracción o archive el caso por falta de pruebas.

Y el riesgo consiste en la posibilidad de que la Comisión haya de hacer frente a una demanda de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. El estado actual del Derecho de la competencia no permite dirimir con total certeza si este es un riesgo real o irreal, dado que ni existen precedentes ni existe una previsión legal europea correlativa al art. 728 de nuestra LEC, ya mencionado, que establece la obligación para el solicitante de las medidas cautelares de prestar caución que habrá de cubrir los eventuales daños causados por dicha medida cautelar. La complicación se agrava al no existir, formalmente, un solicitante sino meramente una actuación de oficio de la Comisión.

Sin embargo, no puede descartarse que, en la ya conocida auto-arrogación de un papel de cuasi-legislador, el TJUE derive esta posibilidad de los artículos del Tratado para paliar los daños eventualmente sufridos por un operador, derivados directamente de una decisión de la Comisión⁷¹. Sin embargo, no podemos focalizar el daño, únicamente, en la parte a la que se le imponen las medidas cautelares cuando estas se revelan excesivas, sino, y aunque de manera siquiera más forzada, también cabría apreciar un daño causado a quien las solicita infructuosamente, si tras ver negada la protección subyace finalmente a la práctica predatoria, por ejemplo⁷². Decimos

⁷⁰ «*The Commission has only rarely adopted a decision ordering interim relief*», I. VAN BAELE Y J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, p. 1099.

⁷¹ Aunque ha habido intentos de exigir de la Comisión la reparación del daño causado por no acceder a la solicitud de medidas cautelares, no existe resolución condenatoria del Tribunal de Justicia. Véase, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1999, asunto *SGA v. Comisión*, en la que se solicita, tras varias negativas de la Comisión, que se declare la omisión de la Comisión, obtener la anulación de una eventual decisión denegatoria de adoptar medidas provisionales y que se condene a la Comisión a reparar un perjuicio por su responsabilidad extracontractual calculado en 200.000 euros.

⁷² Véanse las alegaciones de la Comisión en el caso *Azko* [Decisión de 29 de julio de 1983, (83/462/EEC)], donde se señala el riesgo de que la empresa objeto de la práctica predatoria pueda ver-

que este último caso es de más difícil apreciación por no ser la finalidad de la Comisión la protección de intereses particulares. La propia Comisión, en 1980, señalaba que era posible exigir de la parte solicitante de las medidas cautelares, avales o garantías suficientes para cubrir una eventual indemnización del denunciado cuando finalmente no se haya producido una infracción⁷³.

6. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido plasmar el manifiesto déficit en justicia cautelar que presenta la aplicación del Derecho de la competencia, tanto en el ámbito nacional como europeo. Y si bien este déficit es apreciable en las dos esferas, tanto privada como pública, es en esta última donde se evidencia con mayor intensidad, sobre todo si se tiene en cuenta la relativamente reciente intervención de los órganos judiciales en esta sede.

Y aunque de las causas de este escaso activismo han sido ya apuntadas, y son en parte comprensibles, ello no puede llevar a la perpetuación de la situación, en aras de la mejora de la tutela judicial efectiva que incluye, en efecto, la justicia cautelar. Sobre todo, si se tienen en consideración las bondades intrínsecas a este modo tempestivo de actuación.

Así, la justicia cautelar, además de asegurar la eficacia de una futura decisión sancionadora, finalidad principal de las medidas cautelares ya tratada con anterioridad, puede tener importantes efectos secundarios, dado que la imposición de tales medidas es un elemento que permite *vislumbrar* la posición inicial de la autoridad de competencia. Y en este contexto, en el que las estrategias procesales son en ocasiones de extrema relevancia, no puede descartarse que estas medidas puedan revelarse como un sutil acicate que induzca al operador a una mayor predisposición para una terminación convencional de la investigación⁷⁴. Ello solo será posible, no obstante, cuando no se hayan producido efectos negativos irreversibles sobre la competencia efectiva, causando daños irrecuperables, que no pueden ser compensados por los compromisos, en cuyo caso la terminación convencional quedará descartada⁷⁵.

se obligada a cesar su actividad, desapareciendo así del mercado, par. 33. O la Decisión de 18 de julio de 1988, *British Sugar*, par. 84, en que se afirma que en el supuesto de que la Comisión no hubiese ordenado las medidas cautelares, el competidor hubiera sido expulsado del mercado irreversiblemente.

⁷³ *Interim measures-Statement of the Commission given to Camera Care and Hasselblad before the hearing on 20 February 1980 in Case IV/29.895.*

⁷⁴ En la Decisión de 21 de diciembre de 1993, caso *Sea Containers v. Stena Sealink*, en la que se enjuiciaba el abuso de dominio del operador de puertos, al negar acceso a un competidor en el tráfico de ferris, las medidas cautelares solicitadas por la parte quedaron sustituidas, *de facto*, por la oferta realizada por el operador de otorgar acceso en las mismas condiciones que a sus propios ferris, y que eran las que habían sido reiteradamente solicitadas por el demandante. En estas circunstancias, la Comisión entendió que no era necesario la imposición de medidas cautelares al haber desaparecido el riesgo de daño irreparable.

⁷⁵ Véase Comunicación sobre Terminación Convencional, par. 23 y art. 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual los acuerdos han de resolver adecuadamente los efectos

Es evidente que la imposición de medidas cautelares no puede, ni debe, prejuzgar el resultado final de la investigación, y que, por otro lado, la empresa investigada acepte cumplir y lleve a cabo dichas medidas tampoco puede ser considerado como una asunción de responsabilidad⁷⁶. No obstante, que la autoridad decida imponerlas sí muestra un posicionamiento inicial frente a las conductas investigadas, que puede inducir a la proposición de acuerdos convencionales.

A ello ha de añadirse que, paradójicamente, la imposición de estas medidas puede incluso resultar beneficioso para el investigado, si, a la hora de imponer la sanción definitiva, se tiene en consideración el cumplimiento de las mismas para rebajarla. Este fue el caso, por ejemplo, en *British Sugar*, donde «el cumplimiento ejemplar del investigado desde la recepción de la orden cautelar» fue tenido en consideración a la hora de determinar la cuantía de la sanción, lo que pone al infractor en una situación manifiestamente más favorable que si no hubiese recibido dicha orden⁷⁷.

Es muy posible que con un cuerpo legislativo más exhaustivo, que ofreciese más garantías procesales y seguridad jurídica, la Comisión fuese más proclive a otorgar tutela cautelar. Asimismo, en España, donde existe una base legal más desarrollada, sería deseable impulsar y promover, especialmente de oficio, una mayor cultura cautelar que permitiera reducir los daños que, sobre el mercado y sobre el bienestar general, tienen las prácticas restrictivas de la competencia extendidas en el tiempo. Se abrirían, con ello, nuevas vías de actuación que es recomendable explorar en aras de una mejor y más efectiva aplicación del Derecho de la competencia.

sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantizar suficientemente el interés público.

Como reitera la Comunicación sobre Terminación Convencional, el objetivo que se persigue con esta figura es, en primer lugar, restituir las condiciones de competencia en el mercado puestas en peligro por las conductas restrictivas detectadas, con unos compromisos que además deben salvaguardar el bienestar de los consumidores y el interés público. Véase, al respecto, C. GUZMÁN ZAPATER y J. FORNELLS DE FRUTOS, «La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC sobre la materia», *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2011-2012, pp. 13-53.

⁷⁶ Tal y como señala la Comisión en la Decisión de 18 de julio de 1988 (88/518/ECC), *British Sugar*, par. 10.

⁷⁷ Decisión *British Sugar*, par. 85.