

LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: MEDIDAS CAUTELARES EN SU APLICACIÓN JUDICIAL DIRECTA

*Jaime Folguera Crespo
Borja Martínez Corral
Uría Menéndez*

1. Introducción

La aplicación por los jueces y tribunales civiles de las normas de defensa de la competencia no sólo afecta al desarrollo material del derecho de la competencia, sino que tiene importantes consecuencias procesales. En efecto, la diferente naturaleza del procedimiento administrativo sancionador y del proceso judicial civil puede determinar la aparición de diferencias sustanciales en cuanto a la resolución de un conflicto planteado por infracción de las normas de competencia.

Los plazos, los trámites, o el papel de las partes en cada uno de estos procedimientos son cuestiones importantes que un litigante potencial debe estar en condiciones de valorar a la hora de tratar de plantear sus alternativas ante un conflicto fundado en una infracción de defensa de la competencia. Por ello, el conocimiento de las diferencias entre un procedimiento y otro es muy importante para poder valorar la oportunidad de una estrategia procesal determinada en un momento dado.

En este sentido, dentro de las cuestiones que más incidencia práctica pueden tener a la hora de optar por una u otra vía, el tratamiento de la protección cautelar ocupa un lugar preeminente.

En efecto, con independencia del resultado final del caso, la protección cautelar puede suponer para el actor una herramienta muy útil para defender su derecho de una manera eficaz, sobre todo en aquellos casos en los que esta tutela cautelar pueda, de hecho, determinar (como muy frecuentemente ocurre) el resultado final del procedimiento. Esto sucede, por ejemplo, en procedimientos en los que la suspensión cautelar de un acuerdo o la orden de cesación provisional de una conducta, incluso por el plazo de unos meses, puede llegar a ser tan importante como la resolución final sobre el fondo del asunto.

En este artículo se abordará principalmente el tratamiento que, con carácter general, la protección cautelar recibe por parte de la legislación procesal civil, para tratar de poner de manifiesto las ventajas y desventajas que presenta respecto del tratamiento de esta materia en sede administrativa en procedimientos de aplicación de normas de defensa de la competencia. No es el objetivo de este artículo el realizar un examen exhaustivo de las diferentes posibilidades de aplicación de las normas de protección cautelar en los diferentes ámbitos (expedientes de control de concentraciones, prácticas abusivas, etc.), sino identificar los principales rasgos de la figura y las posibilidades que ofrece en la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia.

2. La protección cautelar en el procedimiento civil: Nociones Básicas

2.1. Concepto: Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La doctrina procesal civil ha definido tradicionalmente la protección cautelar como “*toda actuación cuya función es asegurar la efectividad de una eventual y futura sentencia estimatoria*”. Así pues, las medidas cautelares tienen una función principal de aseguramiento de la ejecución de potenciales resoluciones de condena.

Es obvio que, además del aseguramiento de las sentencias condenatorias, las medidas cautelares también pueden adoptarse en otros ámbitos, como aquellas meramente declarativas o las constitutivas. Las medidas cautelares en el ámbito del derecho de la competencia, precisamente, serán solicitadas con mayor frecuencia en estos casos, en el marco de un procedimiento cuyo objeto sea la declaración de nulidad de un contrato. En estas situaciones, la medida cautelar tratará de proteger los efectos de la declaración judicial de nulidad más que la ejecución de una condena.

Respecto de su función, tanto la doctrina como la propia Ley de Enjuiciamiento Civil¹ (“**LEC**”) coinciden en el hecho de que las medidas cautelares no sólo tienen esta función de aseguramiento, sino que también pueden constituir manifestaciones de tutela judicial sumaria. Esto sucede en los casos en los que el solicitante de la medida viene a obtener precisamente lo mismo que pretende en el proceso principal, pero de modo anticipado. Así, por ejemplo, parece desprenderse del tenor literal del artículo 726.2:

*“Con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretende en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.”*²

Desde un punto de vista ontológico, el principal objeto de las medidas cautelares en el procedimiento civil es mitigar el riesgo inherente al transcurso del (generalmente largo) período temporal que puede transcurrir mientras se sustancian las distintas fases del procedimiento declarativo. De este modo se pretende atajar la posibilidad de que, durante ese período, la parte demandada pueda frustrar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

¹ Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

² También se refleja esa concepción amplia en algunas de las medidas cautelares concretas que a modo ejemplificativo enuncia la LEC, tales como el embargo preventivo de bienes, la intervención o la administración judiciales de bienes productivos, el depósito de cosa mueble, la formación de inventarios de bienes, la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos, otras anotaciones registrales, órdenes de cesación, de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta, prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, o la suspensión de acuerdos sociales impugnados (Artículo 727 de la LEC).

Se pretende, por lo tanto, ofrecer al demandante una protección rápida y provisional de aquellos derechos, situaciones y expectativas jurídicas más ligadas a la actividad económica y productiva e impedir la perturbación de la paz social y la perduración en el tiempo de situaciones de hecho antijurídicas.

2.2. *Presupuestos de las medidas cautelares*

La adopción por un Juez o Tribunal de una medida cautelar se encuentra férreamente condicionada al cumplimiento de los tres requisitos clásicos establecidos en el artículo 728 LEC: (i) la existencia de un riesgo derivado del retraso en la adopción de la medida (*periculum in mora*), (ii) la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), y (iii) la prestación de fianza o caución.

- (i) *Periculum in mora*: El primero y más importante requisito para que una medida cautelar sea acordada es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, se puedan producir situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse³.

El *periculum in mora* ni se presume ni se sobreentiende, sino que debe quedar acreditado en el procedimiento. En este sentido, no obstante, el Juez goza de absoluta libertad para apreciar en el caso concreto la concurrencia de esta circunstancia y conceder o denegar la medida solicitada. En este sentido, la LEC no establece un catálogo predeterminado ni una limitación legal de las situaciones de peligro respecto a las que cabe presumir *ex lege* la existencia del peligro de la mora procesal. Por este motivo, el Juez o Tribunal debe atender en cada caso a las circunstancias concretas para resolver sobre la concurrencia del mismo⁴.

La LEC⁵ establece una presunción de improcedencia de medidas cautelares que vengán a alterar una situación consentida largo tiempo por el actor. Esta improcedencia puede ser de extrema importancia a la hora de cuestionar la validez de unas medidas cautelares que consistan, por ejemplo, en la suspensión de una cláusula contractual para la que se solicita la nulidad. Esta presunción puede revelarse tiene un particular interés en casos relacionados con el derecho de la competencia, en los que, por ejemplo, se podría cuestionar la suspensión cautelar de una cláusula presuntamente anticompetitiva de un contrato de distribución si se trata de un contrato cuyo texto ha venido siendo consentido y aplicado pacíficamente por las partes durante un período de tiempo relativamente largo.

- (ii) *Fumus boni iuris*: En segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución

³ Vid. Artículo 728.1 LEC.

⁴ La antigua LEC, en cambio, recogía algunas circunstancias específicas que podían constituir *periculum in mora*, tales como la carencia de domicilio conocido en España, de bienes raíces o la insolvencia del deudor

⁵ Artículo 728.1 LEC.

principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del *fumus boni iuris* “*hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza*”.

En la práctica, la apreciación de este requisito es extremadamente delicada. La apreciación de la medida cautelar puede adelantar el resultado del litigio y puede ser especialmente determinante en los casos en los que la medida cautelar equivalga a una tutela sumaria de los intereses planteados en el proceso. Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.

La acreditación inicial de la apariencia de buen derecho deberá ser más o menos intensa en función de la concreta medida cautelar que se solicite. Pero, en todo caso, es el elemento más delicado de las medidas cautelares porque juzgar sobre la probabilidad de que el actor tenga derecho a lo que pide para acordar o denegar una medida cautelar es humanamente imposible sin “prejuizar” en poco en mucho la decisión sobre el fondo.

A la hora de valorar la concurrencia de este requisito, no cabe duda de que la existencia de un pronunciamiento previo de una autoridad de competencia, no sólo española, sino también comunitaria o de cualquier autoridad nacional europea puede resultar extremadamente útil para presentar ante el juez la apariencia de buen derecho necesaria para la protección cautelar en procedimiento de competencia. En los casos en los que no exista este pronunciamiento previo, será necesario realizar un esfuerzo probatorio adicional.

- (iii) *Prestación de fianza o caución*: Como regla general, quien obtiene a su favor una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pueda causarle al demandado si se demuestra que la medida carecía de fundamento y es posteriormente revocada⁶. Su prestación previa y efectiva es requisito ineludible de cualquier acto de ejecución de las medidas cautelares ya acordadas.

La adecuada ponderación del importe de la fianza que debe prestar el actor es uno de los elementos que con mayor eficacia contribuye a equilibrar la posición de las partes.

Corresponde al Juez decidir la idoneidad y cuantía de la fianza valorando la concurrencia de los dos criterios mencionados en el Artículo 728.3.II LEC: (i) la naturaleza y contenido de la pretensión (cuanto mayor sea la similitud entre la medida cautelar que se pretende con la ejecución de la sentencia condenatoria que hipotéticamente se dictare, mayor será la caución), y (ii) la intensidad del *fumus boni iuris*.

Frente a la fianza exigida al demandante, la LEC⁷ también prevé la posibilidad de que el demandado evite la adopción de medidas cautelares mediante la

⁶ Vid. Artículo 728.3 LEC

⁷ Vid. Artículos 746 y 747 LEC.

proposición de una caución sustitutoria que responda del perjuicio alegado por el demandante en la solicitud de las medidas cautelares.

Junto a estos tres requisitos “clásicos”, se encuentra la necesaria exigencia de proporcionalidad⁸. La medida cautelar ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado, de modo que la lesión que se produzca no sea inasumible para el afectado. Además, el objetivo perseguido no debe poder ser alcanzado a través de un medio distinto y menos gravoso y la carga impuesta a cada uno ha de estar en razonable relación con las ventajas obtenidas.

Por último, debe señalarse que, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento contencioso administrativo⁹, la LEC no prevé expresamente el requisito de la ponderación de los diferentes intereses en conflicto de un modo autónomo a la proporcionalidad. En cualquier caso, esta ponderación es necesaria para que la protección cautelar de un interés privado no destruya o lesione otro interés privado tutelable y amparado por un fundamento igual o superior que el que motiva la solicitud de protección cautelar.

2.3. Objeto

La LEC define el objeto de las medidas cautelares con enorme amplitud, al permitir al Juez adoptar como medida cautelar "*cualquier actuación directa o indirecta*" sobre los bienes y derechos del demandado¹⁰. Por su parte, el Artículo 727, Decimoprimer de la LEC prevé que, con carácter general, podrán acordarse "*aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio*".

En este sentido, es importante tener presente que no sólo pueden ser objeto de tutela cautelar las obligaciones de dar, sino también las obligaciones de hacer o de no hacer. Además, las medidas cautelares pueden acordarse tanto respecto de bienes materiales como inmateriales. En resumen, la jurisdicción civil admitirá toda intervención razonable que sea apta para garantizar la protección cautelar de los intereses en litigio, lo que incluye desde las más medidas más tradicionales hasta las más innovadoras.

En aplicación de derecho de la competencia, el desarrollo judicial privado de las normas de defensa de la competencia tiene su campo de expansión natural en procedimientos relacionados con acuerdos pretendidamente anticompetitivos o conductas pretendidamente abusivas. La protección cautelar en sede jurisdiccional civil en casos de concentraciones económicas, por el contrario, sólo se dará en casos excepcionales, en los que la suspensión de la concentración económica por infracción

⁸ Vid. Artículo 726.1.2ª.

⁹ A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento contencioso administrativo (Artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 julio, Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

¹⁰ Vid. Artículo 726.1 LEC

de normas de defensa de la competencia se plantee como consecuencia de otros acuerdos o contratos¹¹.

En los casos en los que la medida cautelar se fundamente en una infracción de normas de defensa de la competencia, el objeto de la protección cautelar será, más comúnmente, la suspensión del acuerdo cuya nulidad se solicite, o la cesación de la conducta que se presume abusiva. Sin embargo, la amplitud del objeto de la protección cautelar permitiría solicitar un amplísimo elenco de opciones, que irían desde la imposición a la empresa denunciada de unas condiciones comerciales competitivas, hasta la garantía de suministro de un producto o el acceso a una instalación esencial. En los casos más complejos, la capacidad del demandante de proponer una medida adecuada puede suponer una gran ventaja a la hora de que el juez valore la idoneidad de la medida.

2.4. Tramitación

Las medidas cautelares en la jurisdicción civil se deben solicitar, como regla básica, junto con la demanda principal, aunque en determinados casos se admiten excepciones. Así, es posible solicitar medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda, cuando se acrediten razones de urgencia o necesidad que así lo justifiquen¹². Del mismo modo, se pueden pedir medidas cautelares con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso, en los casos en los que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

Como regla general, el tribunal decidirá sobre la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, materializada en una vista que se tramita como un juicio verbal.

No obstante, la LEC contempla también la posibilidad de que el solicitante pida y el Juez decrete la adopción de medidas *inaudita altera parte*, es decir, sin que se notifique la petición de medidas cautelares al demandado, debiendo acreditar que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar.

No existe ningún límite temporal para la vigencia de las medidas cautelares adoptadas por un juez. El presupuesto básico para el alzamiento de las medidas cautelares es, obviamente, la terminación del procedimiento, especialmente ante el pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante. Junto a este supuesto, la LEC dispone que, una vez adoptadas, las medidas cautelares deberán alzarse en cuatro supuestos:

¹¹ En efecto, la autorización de las concentraciones económicas corresponde a los órganos de defensa de la competencia, por lo que, una vez autorizada una concentración en sede administrativa, la vía para plantear directamente su suspensión cautelar se presenta en el seno del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución que autoriza la operación.

¹² Artículo 730.2 LEC. Téngase en cuenta que en este caso la LEC concede al demandante de la protección cautelar un plazo de 20 días para presentar la demanda. De no hacerse así, el tribunal, de oficio, revocará los actos realizados, condenará al solicitante a las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto afectado por las medidas.

- (i) Existencia de una sentencia condenatoria (o auto equivalente), una vez transcurrido el plazo de veinte días establecido por la LEC sin haber solicitado ejecución;
- (ii) Suspensión del proceso por más de seis meses;
- (iii) Concesión de la ejecución provisional;
- (iv) Renuncia o desistimiento del actor.

3. Principales diferencias con la protección cautelar administrativa

En los apartados anteriores se ha realizado una exposición sumaria de las características que la protección cautelar presenta en el proceso civil. A la hora de valorar las diferencias con la protección cautelar en los procedimientos administrativos de defensa de la competencia es importante partir del presupuesto de que la LDC exige, en principio, que la medida cautelar se sustente en la acreditación de los mismos requisitos sustantivos que los contemplados en la LEC, es decir, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Sin embargo, a pesar de partir de este presupuesto, la adopción de medidas cautelares en uno y otro ámbito presenta algunas diferencias que pueden ser muy relevantes incluso para la resolución del litigio.

3.1. Inexistencia de fianza obligatoria

Respecto de la caución, la Ley de Defensa de la Competencia¹³ (“LDC”) actualmente dispone que en los casos en los que la medida cautelar sea solicitada a instancia de parte, el TDC “*podrá exigir*” la prestación de fianza al solicitante¹⁴. Esta mención desaparece por completo en el proyecto de reforma de la LDC actualmente en tramitación, que simplifica enormemente la regulación de la protección cautelar con el propósito declarado de facilitar su aplicación.

Como puede suponerse, la obtención de una medida cautelar, que es adoptada por el juzgador con apoyo casi exclusivo en la apariencia, supone una nada despreciable ventaja psicológica y económica a favor del solicitante y en perjuicio del afectado por la medida. En este contexto, la exigencia de prestación de fianza, además de asegurar al perjudicado por la medida el daño que ésta pueda ocasionarle, tiene como función alcanzar un equilibrio entre las pretensiones de las partes y permitir una mayor justicia en la ponderación de los intereses de las partes.

La desaparición del requisito de la prestación de caución en la LDC, orientado a la flexibilización del proceso de adopción de medidas cautelares, tiene importantes consecuencias prácticas, al facilitar la adopción de la medida por el órgano administrativo sin que el denunciado pueda obtener ninguna garantía de que, si sus pretensiones son estimadas, pueda resarcirse de los perjuicios que la protección cautelar pueda haberle infligido.

¹³ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁴ *Vid.* Artículo 45 LDC

Tampoco se contempla en el marco de los procedimientos administrativos la posibilidad que tiene el demandado civilmente de oponer a la medida cautelar solicitada por su contraparte una caución sustitutoria que le permita evitar la medida. Esta posibilidad puede resultar muy interesante para el demandado en los casos en los que la ejecución de la medida cautelar resulta de vital importancia para los intereses de las partes.

3.2. Diferencias en cuanto al plazo de adopción

En el ámbito de la LDC (y del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia actualmente en tramitación¹⁵) las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas una vez el procedimiento sancionador ha sido incoado formalmente. En la práctica, esta prescripción supone el transcurso de un lapso de tiempo indefinido (y, en ocasiones, de varios meses) que media entre la entrada de la denuncia en el registro del SDC hasta la incoación formal del procedimiento. Esta posibilidad puede, en algunos casos frustrar el fin de la medida cautelar, que, por su propia naturaleza, tiene un marcado carácter de urgencia.

Como hemos indicado, en el ámbito de la LEC, la protección cautelar puede solicitarse junto con la demanda, lo que adelanta considerablemente los plazos de tramitación. Por ello, en los supuestos en los que la protección cautelar es esencial o determinante del resultado final, el recurso a la jurisdicción civil aparece como una alternativa más eficaz.

Esta eficacia se ve igualmente incentivada por el hecho de que, como ya se ha indicado, en circunstancias de urgencia, un juez civil puede decretar medidas cautelares sin audiencia del demandado. Esta posibilidad, inexistente en el ámbito administrativo, amplía considerablemente las posibilidades del solicitante de las medidas cautelares.

La adopción en la nueva LDC de un plazo máximo de tres meses para la resolución acerca de las medidas cautelares es muy positiva, y acerca este procedimiento a los plazos medios de resolución ante la jurisdicción civil. Si bien es cierto que el juez civil tiene un plazo de cinco días para pronunciarse acerca de las medidas cautelares¹⁶, este plazo, en la práctica, no siempre se cumple, pudiendo demorarse el pronunciamiento judicial hasta varios meses¹⁷.

En la práctica, el período de adopción de medidas cautelares es muy similar, si bien la tramitación administrativa puede demorarse en función del tiempo que el SDC invierta en tramitar la fase de información reservada y en incoar formalmente el expediente.

3.3. Efectos suspensivos de un posible recurso

Desde un punto de vista formal, la adopción de medidas cautelares por parte del TDC puede verse retrasada si el afectado por la resolución recurre dichas medidas ante

¹⁵ Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, BOCG de 8 de septiembre de 2006.

¹⁶ Vid. Artículos 733.2 y 735 LEC.

¹⁷ La tardanza en obtener medidas cautelares depende esencialmente de la carga de trabajo del juzgado encargado de su tramitación.

la Audiencia Nacional. En este recurso, el recurrente puede solicitar (y eventualmente obtener) la suspensión de la resolución del TDC relativa a las medidas cautelares en tanto no se determina la validez de las mismas (lo que puede alargar la efectividad de la protección cautelar varios meses).

Esta “doble instancia” adquiere una proporción más dramática en el caso de que la resolución del TDC recurrida sea, precisamente, una resolución denegatoria de medidas cautelares, en cuyo caso cabría plantearse la posibilidad de que la Audiencia Nacional adoptase medidas cautelares en tanto no se pronuncia sobre la validez de la denegación de las medidas cautelares rechazadas por el TDC.

Este problema no existe en el ámbito procesal civil. El que el auto del Juez por el que se acuerden medidas cautelares sólo puede ser objeto de recurso de apelación, respecto del que la LEC expresamente elimina los efectos suspensivos¹⁸. Por este motivo, el recurso contra la protección cautelar no frena su eficacia.

3.4. Diferencias en cuanto al análisis material

Aunque el análisis de los requisitos materiales propios de la protección cautelar por parte del TDC es similar a la realizada por parte de los órganos jurisdiccionales, la enorme experiencia acumulada por los jueces y tribunales civiles en la valoración de medidas cautelares es un factor que debe tenerse presente. En efecto, mientras que las medidas cautelares constituyen una fase común en los procedimientos civiles, en el caso de expedientes administrativos resulta llamativo el relativamente bajo número de resoluciones de medidas cautelares adoptadas por el TDC¹⁹.

Como ya se ha mencionado anteriormente²⁰, también es relevante el hecho de que en la jurisdicción civil es probable que se desestime una petición de protección cautelar sobre la base de que el demandante consintió durante largo tiempo la situación jurídica frente a la que se solicitan las medidas. Una parte interesada en la obtención de una medida cautelar en esta situación debe valorar la conveniencia de dirigir sus pretensiones hacia la vía administrativa, en la que las autoridades no se encuentran vinculadas por esta limitación legal.

Sin duda alguna, la experiencia judicial en este campo puede hacer más sensibles a los jueces a la hora de aceptar la adopción de una medida cautelar concreta, especialmente si la medida cautelar es especialmente innovadora.

¹⁸ Vid. Artículo 735.2 LEC.

¹⁹ De conformidad con la información publicada en la página *web* el TDC, sólo se han instruido 35 expedientes administrativos de medidas cautelares frente a un total de cerca de 600 expedientes sancionadores tramitados por el TDC (es decir, sólo se han adoptado resoluciones relativas a medidas cautelares en menos del 6% de los expedientes).

²⁰ Vid. *supra* apartado 2.2.i).

4. Ejemplo de adopción de medidas cautelares por infracción de normas de competencia por la jurisdicción civil

A pesar de que los jueces y tribunales civiles tienen competencia para aplicar el derecho de la competencia comunitario desde el 1 de mayo de 2004²¹, lo cierto es que hasta la fecha prácticamente no se han hecho públicos demasiados casos de adopción de medidas cautelares en este ámbito.

Debe tenerse en cuenta que la invocación de las normas de defensa de la competencia ante los jueces civiles, incluso con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, se ha canalizado tradicionalmente por vía de excepción, y no de acción, lo que ha limitado bastante el ámbito de la jurisprudencia en este sentido. Esta “inercia” sobre el fondo se ha extendido a las medidas cautelares, y ha contribuido a que, normalmente, las normas de defensa de la competencia hayan sido invocadas ante la jurisdicción civil para desvirtuar la apariencia de buen derecho formuladas pretensiones de demandas de incumplimiento en las que se solicitaban medidas cautelares, más que fundamento de la medida cautelar en sí misma.

A modo de ejemplo del tipo de medida que puede obtenerse en el marco de un proceso civil en el que se ventilen pretensiones relacionadas con la aplicación de las normas de defensa de la competencia pueden citarse dos Autos dictados respectivamente por los Juzgados de lo Mercantil Núm. 2 y Núm. 3 de los de Madrid respecto del mantenimiento del suministro de contenidos deportivos a determinadas empresas de televisión por cable cuya relación contractual con el proveedor de estos contenidos se cuestionaba en el litigio principal²².

En ambos casos, la empresa propietaria de los contenidos deportivos (en particular, derechos de emisión de partidos de fútbol) trataba de obtener de los tribunales la anulación del contrato por el que se había obligado a suministrar estos contenidos a varias sociedades operadoras de redes de televisión por cable, alegando presuntos incumplimientos por parte éstas.

El objeto de la protección cautelar solicitada (y finalmente concedida) en los dos casos, es idéntico: la prohibición de que el proveedor interrumpa el suministro de los contenidos deportivos en tanto no se resuelva el litigio principal. A la hora de valorar la existencia del peligro de la mora procesal, la inminencia del inicio de la temporada de la Liga de Fútbol Profesional fue una circunstancia tenida muy en cuenta por ambos jueces. Respecto a la apariencia de buen derecho, en los dos Autos se menciona (si bien de modo muy somero) el hecho de que el proveedor ostentaría una posición de dominio, entendiendo que la interrupción en el suministro puede constituir una

²¹ El Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE 2003 L 1/1), autorizó a todos los jueces y tribunales de los Estados miembros a aplicar directamente las normas de defensa de la competencia del Tratado CE, sin necesidad de obtener previamente ningún pronunciamiento por parte de las autoridades administrativas nacionales o comunitarias.

²² Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Núm. 2) de 20 de julio de 2005, autos 250/05 [no publicado]; y Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Núm. 3) de 29 de marzo de 2006, autos 53/06 [no publicado].

conducta prohibida por el artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²³.

Además, en cuanto a la apariencia de buen derecho, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de los de Madrid se valora positivamente un pronunciamiento previo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, lo que da la medida de la importancia que puede tener en estos casos un pronunciamiento de las autoridades de defensa de la competencia.

Por último, debido entre otras cosas a la repercusión mediática del asunto, no puede dejar de mencionarse el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de los de Madrid el pasado 29 de marzo de 2006, por el que se concedieron las medidas cautelares solicitadas por el demandante en el marco de un procedimiento civil en el que se examinaba la validez de determinados acuerdos relacionados con una Oferta Pública de Adquisición (“OPA”) formulada ante la CNMV en septiembre de 2005²⁴.

Sin entrar a valorar el contexto o el fondo de este Auto, lo cierto es que constituye un ejemplo paradigmático del papel protagonista que la protección cautelar puede alcanzar en procedimientos de aplicación privada del derecho de la competencia.

La demandante había instado un procedimiento solicitando la nulidad de un acuerdo concertado por las demandadas, la sociedad oferente y una sociedad tercera, así como de los instrumentos utilizados para la ejecución de dicho acuerdo. En particular, se solicitaba la nulidad del acuerdo suscrito entre las demandadas y de la mencionada OPA. La razón alegada por la demandante era el carácter anticompetitivo de los acuerdos en litigio, considerados por la demanda como una presunta infracción del artículo 81 del Tratado CE.

En particular, la demandante solicitó al Juzgado la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- (i) la suspensión de la tramitación de la OPA y, por consiguiente, suspensión de la ejecución de de todos los actos relativos a o relacionados con la citada OPA, en especial, la adquisición de acciones; y
- (ii) la suspensión de la ejecución del acuerdo suscrito entre las demandadas.

El Juzgado estimó la petición estas medidas, basándose en los siguientes argumentos, que ilustran cada uno de los requisitos legales:

- (i) Respecto de la apariencia de buen derecho, la Juez considera que, en este caso, la magnitud económica y financiera de la operación, su complejidad y las especificidades de los mercados del afectados, parecen apoyar la idea de que existió una concertación previa entre las demandadas para el reparto de los activos de la demandante. La Juez considera que no parece razonable que el oferente se lanzase a acometer una operación de tamaña envergadura sin tener

²³ El examen de la posición de dominio del proveedor, así como de los mercados en los que pueda existir esta posición de dominio es, sin embargo, muy superficial.

²⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Núm. 3) de 29 de marzo de 2006 [AC 2006/352].

asegurado el destino, funcional y financiero, de esas plantas o unidades de negocio menos afines a sus principales negocios; es decir, sin tener anticipadamente prevista y asegurada la venta de estos activos con un tercero²⁵.

- (ii) Del mismo modo, la Juez aprecia la existencia de un riesgo de mora procesal dada la presumible dilatación en la tramitación del procedimiento principal. Además, el Juzgado entiende que una posible sentencia estimatoria de las pretensiones de la demandante carecería de cualquier eficacia si la OPA hubiese ya culminado, pues las transmisiones de acciones que pudiesen, en su caso, producirse por consecuencia de dicha operación son irrevindicables, tanto jurídica como materialmente; jurídicamente, por consecuencia de la normativa propia de los mercados organizados de valores, y materialmente por el enorme número y dispersión de personas afectadas.
- (iii) En cuanto a la proporcionalidad, en el auto se indica que la medida adoptada es la única medida idónea en este caso para evitar el perjuicio a la demandada.
- (iv) Fianza: El Juzgado rechaza la fianza de un millón de euros en forma de aval bancario propuesta por la demandante, porque no comparte que las medidas cautelares solicitadas sean inocuas. A la luz de las dimensiones de la operación, el Juzgado fijó la fianza en mil millones de euros, atendiendo a que esta cifra supondría un 5% del importe de la OPA, por considerarlo proporcionado, teniendo en cuenta el trasfondo económico de la operación, que se estima en unos veinte mil millones de euros.

Las apreciaciones del Juez en este caso demuestran la posibilidad de suspender la aplicación de un acuerdo presuntamente anticompetitivo con carácter cautelar y de manera mucho más expeditiva que en sede administrativa. Ello pone de manifiesto las posibilidades procesales de esta figura en relación con la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Sin ánimo de examinar el fondo de la cuestión planteada en este procedimiento, por carecer de todos los elementos de hecho considerados por el Juzgador, resulta llamativo el hecho de que el Auto del Juzgado no contemple otras posibles opciones alternativas que habrían permitido una protección cautelar menos agresiva. Así, por ejemplo, el Auto podría haber admitido la posibilidad de prestación por las demandadas de una caución sustitutoria que permitiese, en el caso de que finalmente se apreciaran los argumentos de la demandante, el resarcimiento de los posibles daños²⁶. También podría haberse suspendido el acuerdo impugnado sin afectar la tramitación de la OPA, de modo pudiesen adquirirse las acciones objeto de la misma.

²⁵ No compartimos esta conclusión alcanzada por la Juez, ya que, a nuestro juicio, el acuerdo entre dos empresas para la venta futura de ciertos activos que pretenden ser adquiridos a través de una OPA no puede considerarse como una conducta restrictiva de la competencia. De hecho, en el ámbito administrativo, las autoridades de control de concentraciones suelen valorar positivamente la presentación por el comprador de un tercero dispuesto a comprar activos de la adquirida en el supuesto en el que se planteen compromisos de desinversión (*upfront buyer*)

²⁶ Téngase en cuenta que la demandada había ofrecido al Juzgado prestar una caución sustitutoria por valor de un millón de euros considerada en el Auto como insuficiente.

En cualquier caso, la suspensión cautelar decretada por la Juez en este caso resulta, sin duda, determinante para el desarrollo futuro de la estrategia procesal de las partes. La suspensión de la OPA ha supuesto un importante obstáculo para que pueda culminar la adquisición. Cabe preguntarse si el TDC habría adoptado una medida cautelar de esta envergadura.

5. Otras cuestiones de interés

5.1. Las medidas cautelares en apoyo de un proceso extranjero

El procedimiento civil ofrece al demandante la posibilidad de solicitar (y obtener) protección cautelar en cualquier Estado miembro de la UE, con independencia de los tribunales que tengan competencia objetiva sobre el pleito principal. Así se desprende del Artículo 31 del Reglamento 44/2001 de Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil²⁷:

“Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo”.

Es decir, que un litigante español puede obtener protección cautelar (tal como un embargo preventivo de bienes, la cesación de una conducta presuntamente abusiva o la suspensión de un sistema de distribución) en cualquier Estado miembro de la UE con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento en España. Del mismo modo, los jueces españoles están obligados a considerar cualquier petición de medidas cautelares aunque el proceso principal no pende ni penderá ante los Tribunales españoles.

Este artículo, sin equivalencia en el ámbito administrativo, pone a disposición de los justiciables todas las medidas cautelares que existan en el Estado donde van a pedirse, aunque el litigio principal se sustancie en otro país, y aunque la concreta medida cautelar que se pide no exista en el país en que se sustancia o se sustanciará el litigio.

Sin lugar a dudas, esta posibilidad legal confiere a la protección cautelar en el ámbito civil un ámbito objetivo mucho más amplio, especialmente útil en el caso de empresas extranjeras. La protección de un auto de medidas cautelares dictado por un juez civil es, sin duda, mucho más intensa que los mecanismos de cooperación que puedan existir en sede administrativa entre los diferentes Estados miembros y, sin duda, más fácil de ejecutar.

Esta disposición amplía considerablemente la eficacia de la protección cautelar civil en los casos de aplicación judicial del derecho de defensa de la competencia. En efecto, el afectado por una conducta presuntamente restrictiva que tenga efectos en varios Estados miembros de la UE no necesita iniciar un procedimiento separado en cada uno de los Estados, ni tratar de involucrar a las autoridades administrativas en un

²⁷ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE 2001 L 12/1).

procedimiento de infracción. El afectado simplemente podría instar un procedimiento judicial en España (o en el país en que corresponda de conformidad con las normas de competencia territorial internacionales) y, en tanto se sustancia el procedimiento, instar las medidas que estime oportunas ante los tribunales de los Estados en que se busque la protección.

5.2. La protección cautelar en la Ley de Arbitraje

Por último, respecto a la protección cautelar en procedimientos de aplicación directa del derecho de la competencia es preciso recordar que también podrían obtenerse medidas cautelares de ámbito similar al civil en el marco de procedimientos de arbitraje. Así lo recoge en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 2003²⁸:

“1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

Este artículo, que en su momento supuso una de las grandes novedades de la Ley de Arbitraje, permite, pues, al árbitro encargado de dirimir una controversia, adoptar cualesquiera medidas cautelares, sin limitación objetiva alguna.

Así pues, en supuestos en los que la infracción de normas de defensa de la competencia pueda haberse producido en el seno de una relación sometida a arbitraje, las partes también pueden optar por esta vía para obtener una protección cautelar de sus intereses en tanto se resuelve sobre el fondo del asunto. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la aplicación de normas de defensa de la competencia por parte del árbitro o tribunal arbitral puede ser discutida, en la medida en que la Ley de Arbitraje limita el poder de los árbitros al ámbito de las materias de libre disposición, y no al derecho imperativo (como es el caso de las normas de defensa de la competencia).

Aceptando la jurisdicción de los árbitros, aunque sea a título incidental, sobre materias relacionadas con la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la mayor diferencia práctica respecto de lo que sucede en el ámbito jurisdiccional es que las medidas cautelares adoptadas por un árbitro carecen de ejecutividad, por lo que para su ejecución será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. En cualquier caso, la parte de un arbitraje debe tener presente que la potestad cautelar del árbitro no deroga ni en modo alguno restringe la potestad de un juez para pronunciarse sobre la medida cautelar. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Debe tenerse presente, por último, que la potestad del árbitro puede ser excluida por las partes, ya sea expresamente, ya sea a través de la remisión a un reglamento

²⁸ Ley 60/2003, de 23 diciembre, de arbitraje.

arbitral. En cualquier caso, salvo exclusión expresa, se entiende que las partes han aceptado que el árbitro pueda pronunciarse sobre la protección cautelar.

6. Valoración final

Los recientes cambios en la aplicación judicial del derecho de defensa de la competencia han convertido la figura de la protección cautelar ante la jurisdicción civil en un instrumento procesal de gran importancia estratégica a la hora de decidir entre las diversas opciones que se plantean a un potencial litigante ante un conflicto relacionado con la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Sin lugar a dudas, en este momento la aplicación judicial del derecho de defensa de la competencia se encuentra en un estado embrionario, pero esencial. Las decisiones judiciales que se están adoptando y que se adoptarán en los próximos meses pueden marcar decisivamente la evolución futura de esta rama del derecho. Por todo ello, la importancia de la protección cautelar en sede jurisdiccional civil adquiere un perfil si cabe más importante.

En los párrafos anteriores hemos pretendido exponer sumariamente las principales características de las medidas cautelares ante los tribunales de justicia y sus diferencias respecto a la protección cautelar en sede administrativa. Las diferencias en la regulación, la diferente sensibilidad de la administración y los tribunales, el carácter ejecutivo de las resoluciones judiciales son cuestiones, entre otras, que deben tenerse muy en cuenta a la hora de definir unas pautas de actuación de un afectado por una conducta presuntamente restrictiva.

*

*

*