

REVISIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS

Francisco CANTOS BAQUEDANO

Salomé SANTOS LORENZO

Abogados en Freshfields Bruckhaus
Deringer, Madrid

1. INTRODUCCIÓN: LA NORMATIVA APLICABLE

El presente artículo tiene por objeto analizar el modo en que se articula en España la revisión judicial de las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el seno de procedimientos sancionadores cuyo objetivo es perseguir infracciones a las normas de defensa de la competencia¹.

El art. 45 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), permite al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para «asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte».

La LDC expresamente contempla la posibilidad de que el TDC adopte medidas cautelares positivas. Ello implica que no solamente puede orde-

¹ Se excluye del presente artículo el análisis de la revisión judicial de las medidas cautelares adoptadas por la Comisión Europea en procedimientos sancionadores abiertos en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

nar la suspensión provisional de un determinado comportamiento (obligación de no hacer), sino que también puede imponer otras condiciones que exijan un comportamiento activo de la empresa imputada (obligación de hacer) para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente sancionador se refiere [art. 45.1.a) LDC]. La propia Audiencia Nacional ha confirmado que las medidas cautelares no tienen por qué limitarse a mantener una situación jurídica preexistente, sino que pueden adoptarse todas las que sean necesarias para asegurar el efecto útil del acuerdo que se dicte por el TDC².

Los límites a la adopción de medidas cautelares los establece el art. 45.2 LDC, cuando señala que el TDC evitará «originar perjuicios irreparables a los interesados» y adoptar medidas que «impliquen violación de derechos fundamentales».

En cuanto al procedimiento y los plazos para la adopción de medidas cautelares, el art. 45 LDC prevé que sea el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) el que, una vez iniciado el expediente, en cualquier momento pueda proponer de oficio o a instancia de los interesados la adopción de medidas cautelares al TDC³. El TDC, por su parte, oirá a los interesados en el plazo de cinco días y resolverá sobre la procedencia de las medidas en el plazo de tres días.

Las medidas cautelares podrán adoptarse por un plazo máximo de seis meses y cesarán, en todo caso, cuando se ejecute la resolución del TDC. La práctica decisoria del TDC ha demostrado que el plazo máximo de seis meses es insuficiente para garantizar la eficacia de la resolución final que se dicte, ya que la duración de los expedientes sancionadores es considerablemente superior, lo que ha hecho necesario que el TDC deba adoptar nuevas resoluciones, una vez vencido el plazo originario de los seis meses, en las que, argumentando que las circunstancias sobrevenidas tras la expiración del plazo de seis meses exigen la adopción de nuevas medidas cautelares, de hecho prorrogue las anteriores.

Para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares, el TDC podrá imponer multas coercitivas cuyo importe podrá oscilar entre 60,10 y 3.005,06 euros al día.

Las resoluciones del TDC adoptando medidas cautelares pueden recurrirse ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia

² Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 1997 (ponente Ilma. Sra. D.ª Mercedes Pedraz Calvo).

³ Esta competencia exclusiva del SDC para proponer medidas cautelares ha quedado atemperada al haber admitido el TDC que cabe el recurso ante dicho organismo contra la negativa del SDC a solicitarle medidas cautelares.

Nacional, según se señala en el art. 49 LDC. En el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TDC que adopta las medidas cautelares, el recurrente puede a su vez solicitar cautelarmente la suspensión de la resolución del TDC. Es decir, puede solicitar la suspensión cautelar de la medida cautelar administrativa.

La nueva LDC, que previsiblemente saldrá a la luz a lo largo del próximo año 2007, introduce algunas modificaciones en cuanto al procedimiento y los plazos para la adopción de medidas cautelares. Según la Exposición de Motivos del Proyecto de LDC, se pretende flexibilizar y agilizar el procedimiento de adopción de medidas cautelares, permitiendo que éstas se adopten en cualquier momento del procedimiento y sin plazo máximo de duración. En efecto, el art. 54 del Proyecto de LDC elimina la duración máxima de seis meses prevista en la actual LDC.

El Proyecto de LDC no contempla, sin embargo, ninguna novedad en lo que respecta al régimen de recursos contra las medidas cautelares adoptadas por el TDC.

2. ESTADÍSTICA: MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR EL TDC Y RECURSOS PLANTEADOS CONTRA LAS MISMAS

El TDC ha adoptado hasta la fecha medidas cautelares en numerosos expedientes sancionadores.

En particular, de acuerdo con la página web del TDC, se han adoptado 21 resoluciones en las que dicho organismo ha debido pronunciarse sobre la necesidad de adoptar medidas cautelares. De las 21 resoluciones adoptadas, ocho han sido recurridas ante la Audiencia Nacional. Son las siguientes:

- Resolución de 30 de mayo de 2006 (Expediente MC 35/06, *Excursiones Puerto de Sóller*).
- Resolución de 21 de marzo de 2002 (Expediente MC 34/02, *Fedifar*).
- Resolución de 15 de julio de 1998 (Expediente MC 28/98, *Egeda*).
- Resolución de 16 de octubre de 1998 (Expediente MC 29/98, *Glaxo*).
- Resolución de 26 de mayo de 1997 (Expediente MC 21/97, *Tabacalera*).
- Resolución de 22 de diciembre de 1997 (Expediente MC 25/97, *Tabacalera/McLane*).

- Resolución de 4 de febrero de 1997 (Expediente MC 18/96, *Servicom/Telefónica*).
- Resolución de 29 de enero de 1997 (Expediente MC 17/96, *Ford*).

3. LA PREEMINENCIA DEL CRITERIO DEL *PERICULUM IN MORA* A LA HORA DE PONDERAR LA NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Los criterios utilizados por el TDC para ponderar la necesidad de adoptar medidas cautelares son los mismos que utiliza la Audiencia Nacional para decidir si la medida cautelar adoptada por el TDC debe ser o no revocada.

En efecto, ambos —TDC y Audiencia Nacional— recogen los criterios que tradicionalmente han manejado nuestros Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo para resolver sobre la necesidad de adoptar medidas cautelares en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estos criterios son los de la existencia de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*).

Además, la Audiencia Nacional, cuando revisa el pronunciamiento del TDC, suele hacer referencia a un tercer criterio, cual es el de la ponderación de todos los intereses en juego (públicos y privados), recogido expresamente en el art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que señala que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».

En efecto, la Audiencia Nacional ha señalado en numerosas ocasiones que debe «sopesar las exigencias de no perturbación del interés público y los daños o perjuicios de reparación imposible o difícil que se seguirían para los actores de denegar la suspensión»⁴.

También el TDC debe realizar una ponderación de los intereses en conflicto. Podría suceder que la medida cautelar produjese un perjuicio irreparable al afectado por la misma, por ejemplo, al exigirle la cesación de una determinada actividad, pero por otro lado, la no adopción de la medida cautelar podría conllevar un grave perjuicio para el interés público, al consolidar de forma irreversible un ilícito concurrencial. Se impone, por tanto, una ponderación de los intereses confrontados.

⁴ Auto de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 1994.

De los criterios citados, el criterio del *periculum in mora* ha tenido y tiene una especial preponderancia en los expedientes de aplicación de las normas de competencia, ya sea en sede administrativa (ante el TDC) como en el ámbito jurisdiccional (ante la Audiencia Nacional). Ello sea quizás por las particularidades que presenta el Derecho de la competencia. Así, cuando se inicia un expediente sancionador por una posible infracción de las normas de competencia, el objetivo de las resoluciones del TDC es poner fin a acuerdos entre empresas o prácticas restrictivas de la competencia que podrían estar causando un daño irreversible al sujeto que las padece (interés privado) y, sobre todo, al interés público en la defensa de la libre competencia (si el ilícito concurrencial perturba y modifica de forma definitiva la estructura de competencia y la posición del denunciante en el mercado de que se trate). Ello hace que el criterio del peligro en la demora o la urgencia en la adopción de medidas cautelares devenga un criterio prioritario.

Lo mismo ocurre en la situación inversa, es decir, cuando la Audiencia Nacional revisa una resolución del TDC adoptando medidas cautelares, ya que la ejecución inmediata de las medidas cautelares podría comportar una grave perturbación de la actividad económica de los participantes en el acuerdo o la práctica perseguida por el TDC (interés privado), e incluso llevar a una modificación radical de la estructura del mercado preexistente (interés público).

Un ejemplo paradigmático de cómo el *periculum in mora* ha sido utilizado en ambos sentidos por el TDC y la Audiencia Nacional es la Resolución del TDC de 26 de mayo de 1997, adoptando medidas cautelares contra Tabacalera y a favor de McLane⁵, y el posterior auto de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 1998 en el que se suspende provisionalmente la ejecutividad de la medida cautelar adoptada por el TDC⁶.

Así, el TDC fundamentó la necesidad de adoptar medidas cautelares contra Tabacalera y a favor de McLane en el riesgo de que, como consecuencia de la negativa de Tabacalera a suministrar labores de tabaco de sus propias marcas a su competidora McLane, y dada la posición de monopolio que Tabacalera ostentaba, la estructura de competencia en el mercado de la distribución mayorista de labores de tabaco se viese perturbada irreversiblemente y la posición de McLane en dicho mercado irrevocablemente dañada. Por el contrario, la Audiencia Nacional fundamentó la suspensión provisional de la ejecución de la medida caute-

⁵ Expediente MC 21/97, *Tabacalera*.

⁶ Ponente, Ilma. Sra. D.^a Concepción Mónica Montero Elena.

lar adoptada por el TDC en que «la distribución de las labores de tabaco por McLane España, S. A., supondría la adquisición por ésta —con la correlativa pérdida por parte de Tabacalera— de una cuota de mercado más o menos extensa», que la Audiencia Nacional no podría eventualmente devolver a Tabacalera en caso de que prosperase su recurso sobre el fondo. Por tanto, en palabras de la Audiencia Nacional, «se observa claramente, frente a una situación irreversible para la actora, caso de ejecutar la resolución impugnada, una situación posiblemente reversible para la codemandada, y una escasa afectación del interés público en relación a los restantes intereses en conflicto». En definitiva, ambos, TDC y Audiencia Nacional, utilizaron el criterio de la urgencia o *periculum in mora* como elemento determinante para llegar a conclusiones opuestas⁷.

Tanto el TDC como la Audiencia Nacional han señalado expresamente la primacía del criterio del *periculum in mora* sobre el resto de los criterios en la adopción de medidas cautelares en el ámbito de los procedimientos de aplicación de las normas de defensa de la competencia. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 1997⁸ se señala, parafraseando un previo pronunciamiento del Tribunal Supremo [sentencia de 16 junio 1997 (RJ 199/4706)], que:

«la naturaleza jurídica que hoy por hoy es predicable de la institución cautelar en el recurso contencioso-administrativo, que no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, determina que sea aquél —el *periculum in mora*— el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar: ésta sólo deviene necesaria, atendida la naturaleza jurídica de la institución, cuando el citado derecho está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia de preservarlo».

De modo similar, en la Resolución del TDC de 9 de marzo de 1998⁹ se señala que:

«El peligro en la demora es el requisito, principal a juicio de la doctrina, y además razón de ser de las medidas cautelares. Éste es el motor que pone en marcha la adopción de medidas cautelares pues, si no existe peligro de infructuosidad de la Resolución principal, habrá que dejar para aquella fase final la del conflicto sin anticipar ni asegurar nada que no lo precise».

Cabe por tanto concluir que a la hora de resolver sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares o sobre la adecuación a Derecho

⁷ Finalmente, el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 7 de junio de 2000, revocó el auto de la Audiencia Nacional, dando la razón al TDC en el análisis que había realizado sobre la urgencia o *periculum in mora*.

⁸ Ponente, Ilma. Sra. D.^a Mercedes Pedraz Calvo.

⁹ Expediente 26/97, *Servicom/Telefónica*.

de una medida cautelar adoptada por el TDC, tanto este último organismo como la Audiencia Nacional utilizan de forma prioritaria el criterio de la urgencia o el *periculum in mora*, adoptando o confirmando las medidas cautelares cuando éstas sean necesarias y urgentes para evitar que el pronunciamiento sobre el fondo que se dicte devenga ineficaz. La ponderación de intereses en juego, probablemente porque el interés público en la preservación de la libre competencia en el mercado resulte prioritario sobre cualquier otro interés privado, se utiliza en menor medida en los procedimientos de defensa de la competencia. Lo mismo sucede con el criterio de la apariencia de buen derecho, de difícil aplicación por la complejidad de los asuntos que se ventilan en los procedimientos de defensa de la competencia.

4. ALGUNAS DEFICIENCIAS DEL SISTEMA: LA DURACIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO CONTRA LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS POR EL TDC Y LA EJECUTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES PODRÍA PONER EN PELIGRO LA EFICACIA DE LAS MISMAS

Algunos pronunciamientos relativamente recientes de la Audiencia Nacional, combinados con la excesiva demora del SDC en ejecutar la medida cautelar adoptada por el TDC y la duración de la tramitación ante los órganos jurisdiccionales de los incidentes de suspensión de la ejecución de las medidas cautelares, podrían poner en cuestión la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por el TDC.

Así, en la sentencia de 10 de junio de 1999¹⁰, la Audiencia Nacional debió pronunciarse sobre la adecuación a Derecho de la Resolución del TDC de 23 de diciembre de 1996, adoptando medidas cautelares en el expediente sancionador abierto contra Tabacalera como consecuencia de la denuncia interpuesta por la Asociación de Fabricantes de Cigarillos y Cigarros de Canarias¹¹. La medida cautelar impuesta por el TDC consistió esencialmente en ordenar a Tabacalera que se abstudiese de ofrecer ningún obsequio o incentivo a los expendedores, en tanto mantuviese la condición de distribuidor mayorista dominante, y ordenar a Tabacalera que dispusiese las medidas necesarias tendentes a asegurar el suministro a los expendedores, salvo fuerza mayor, de los productos de la competencia.

La Audiencia Nacional revocó las medidas cautelares impuestas por el TDC, por considerar que no se daban los requisitos del *periculum in*

¹⁰ Ponente, Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

¹¹ Resolución de 11 de julio de 1997 (Expediente MC 15/96, *Tabacos Canarias*).

mora, ni tampoco el de apariencia de buen derecho (de hecho, mientras que se tramitaba el recurso contra la resolución del TDC adoptando medidas cautelares, el propio TDC dictó resolución resolviendo el fondo del asunto y concluyendo que no se había producido una conducta restrictiva de la competencia).

Pero posiblemente lo más destacable del pronunciamiento de la Audiencia Nacional sea que admite que Tabacalera había incumplido la primera de las dos medidas cautelares impuestas, y de hecho así lo había reconocido la propia Tabacalera, señalando que «estamos ante un incumplimiento parcial de la Resolución del TDC del 23 de diciembre de 1996, al no haberse cumplido una de las medidas allí ordenadas».

Sin embargo, la Audiencia Nacional acepta la alegación de Tabacalera, según la cual «el motivo de su incumplimiento es haber impugnado dicha resolución ante la Audiencia Nacional», y señala que «dicha disculpa es aceptable por la Sala porque la Ley establece que los actos administrativos son ejecutivos cuando sean definitivos en vía administrativa, salvo que sean suspendidos por un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo». Dado que la Audiencia Nacional había dictado ya auto, de 5 de septiembre de 1997, en el que acordó la suspensión provisional de la medida cautelar dictada por el TDC, a juicio de la Audiencia Nacional no hubo en realidad un incumplimiento reprochable por parte de Tabacalera.

Más reveladora aún es la sentencia de 5 de julio de 2000¹², en la que la Audiencia Nacional debió pronunciarse sobre la adecuación a Derecho de una Resolución del TDC de 30 de julio de 1997¹³, en la que se imponía a Telefónica una multa coercitiva por incumplimiento de las medidas cautelares impuestas por el TDC en una previa Resolución de 4 de febrero de 1997¹⁴. La Audiencia Nacional señala que:

«Resulta acreditada en autos que la hoy recurrente solicitó la suspensión de la medida cautelar que dio origen a la multa coercitiva, y si bien fue denegada por esta Sala, durante el tiempo en que se tramitó la pieza de suspensión, el acto administrativo no podía ser ejecutado. Así lo hemos declarado reiteradas veces, en aplicación del art. 24 de la Constitución, pues de otra manera la tutela judicial cautelar no sería plena, ya que durante el tiempo necesario para la formación de la voluntad del órgano judicial, la ejecución del acto administrativo alteraría el *status quo* jurídico, limitando la eficacia de la ulterior decisión judicial. Ahora bien, una vez notificado el auto de 7 de noviembre 1997, por el que se desestimaba la súplica frente al que denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, la situación cambia. Ciertamente

¹² Ponente, Ilma. Sra. D.^a Concepción Mónica Montero Elena.

¹³ Expediente MC 18/96, *Telefónica*.

¹⁴ *Idem*.

que frente al citado auto se interpuso recurso de casación, pero no lo es menos que el art. 98.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anterior a la actual —entonces aplicable—, señala que la preparación de la casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida. Y no consta en autos, solicitud o decisión de esta Sala o de la Tercera del Tribunal Supremo, por la que se acuerde, ya sea como medida cautelar, la suspensión de un acto administrativo cuya ejecutividad fue afirmada por el auto recurrido, durante el tiempo necesario para resolver la casación.

Desde que se notifica el auto desestimatorio de la súplica, la recurrente tenía —al no solicitar nada en contrario—, obligación de ejecutar el acto administrativo impugnado».

En virtud de dicha jurisprudencia, las medidas cautelares, por tanto, desde el momento en que son recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa dejan de ser ejecutivas, y el SDC no podrá exigir su cumplimiento hasta que se confirme que no han sido suspendidas por la Audiencia Nacional.

Los pronunciamientos de la Audiencia Nacional anteriormente citados son coherentes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que viene afirmando que la ejecución de un acto administrativo recurrido ante los tribunales de justicia antes de que éstos hayan resuelto la pieza separada de suspensión (en el caso de que se haya solicitado) violaría el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la Constitución (véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996, o el auto de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 1990).

Así, en sentencia de 20 de mayo de 1996, el Tribunal Constitucional señala:

«La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos...».

Más adelante vuelve a afirmar:

«Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda seguirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez».

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional también lo tiene así reconocido en su auto de 19 de enero de 1990 al afirmar:

«Como los Tribunales de Justicia sólo pueden decidir sobre la suspensión después de la necesaria tramitación de un incidente (art. 123 LJCA), lo que exige

el transcurso de un cierto tiempo, es evidente que si la Administración ejecuta su acto en el íterin, está violando (y este Tribunal también si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva».

Finalmente, mediante auto de 26 de enero de 1999, la Audiencia Nacional señala que basta la notificación a la Administración de la solicitud de suspensión para que aquella deba abstenerse de ejecutar el acto administrativo. En efecto, en dicho auto se afirma:

«Aún vigente la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, esta Sala venía entendiendo que, una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo, solicitada la suspensión del acto impugnado y notificada a la Administración este extremo (al notificarse al abogado del Estado la Providencia acordando la formación de pieza separada de suspensión), no era posible ejecutar el acto administrativo recurrido hasta que el Tribunal resolviese en contra de la solicitud de suspensión».

De hecho, apoyándose en esta jurisprudencia, la Audiencia Nacional ha desarrollado una nueva práctica procesal consistente en, una vez solicitada la suspensión cautelar del acto administrativo, en aquellos supuestos en que exista riesgo de que se vaya a ejecutar la Resolución del TDC antes del pronunciamiento cautelar de la Audiencia Nacional, remitir inmediatamente un telegrama al propio TDC instándole para que se «abstenga del acto de ejecución respecto de la Resolución mencionada hasta que esta Sala se haya pronunciado sobre la suspensión solicitada que se comunicará».

A nuestro juicio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los autos de la Audiencia Nacional anteriormente citados tienen todo el sentido en el caso de la solicitud de suspensión de una resolución del TDC que resuelva el fondo del asunto, pero no tiene en cuenta sin embargo la especialidad del acto administrativo que se está recurriendo cuando estamos ante una medida cautelar adoptada por el TDC. En efecto, al tratarse de una medida cautelar, ha de presuponerse que ésta se ha adoptado porque existe urgencia o *periculum in mora*, de manera que de no ejecutarse la medida cautelar, podría verse comprometida la eficacia de la resolución que en su momento se dicte sobre el fondo. Por tanto, al ser el acto administrativo cuestionado una medida cautelar, preservar su ejecutividad inmediata deviene especialmente importante y el art. 94 de la Ley 30/1992, que consagra la ejecutividad de los actos administrativos, reviste en estos casos una especial relevancia.

En definitiva, parece que no debiera tratarse del mismo modo la solicitud de suspensión de una Resolución del TDC que resuelve el fondo de un asunto, que la solicitud de suspensión de una Resolución del TDC que adopta medidas cautelares ante el riesgo de que la tardanza en adop-

tar un pronunciamiento sobre el fondo pueda producir daños irreparables para el interés público en la defensa de la libre competencia y el interés privado del denunciante.

Dicho de otro modo, aplicar esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional sin ningún matiz a los supuestos de solicitud de suspensión de medidas cautelares administrativas podría implicar que, con la simple interposición de un recurso contra la resolución del TDC adoptando medidas cautelares, en el que se solicitase la suspensión cautelar de la medida cautelar adoptada por el TDC, bastaría para evitar la ejecutividad de dicha medida cautelar. Además, la paralización de la ejecutividad de la medida cautelar se podría demorar, como mínimo, hasta que la Audiencia Nacional resolviese sobre un eventual recurso de súplica contra el auto denegatorio de la suspensión, o incluso, según parece desprenderse de algún pronunciamiento de la Audiencia Nacional, hasta que el Tribunal Supremo se pronunciase cautelarmente en casación sobre el recurso planteado contra el auto denegatorio del recurso de súplica¹⁵.

Este escenario podría provocar, de hecho, la pérdida de efectividad de la potestad de adoptar medidas cautelares administrativas atribuida por la LDC al TDC, ya que la excesiva duración de la tramitación de los incidentes de suspensión ante la Audiencia Nacional podría implicar que, cuando sea confirmada la ejecutividad de la medida cautelar adoptada por el TDC mediante un auto denegatorio de la solicitud de suspensión, sea ya demasiado tarde, y los daños irreparables que la medida cautelar trató de impedir, se hayan ya producido de forma irreversible.

Así, por ejemplo, en el caso del expediente contra Telefónica mencionado anteriormente, la resolución del TDC adoptando medidas cautelares se produjo el 4 de febrero de 1997¹⁶, mientras que el auto en el

¹⁵ Contra el auto resolviendo el recurso de súplica cabe recurso de casación, según establece el art. 87.1.b) en relación con el art. 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, es bastante probable, por la duración de la tramitación de los procedimientos, que el pronunciamiento en casación sobre la adecuación a Derecho de la medida cautelar se dicte con posterioridad a que se dicte un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo que implicará de hecho que la medida cautelar nunca se pueda ejecutar. En estos casos, tal y como viene afirmando el Tribunal Supremo, «en los supuestos de haberse pronunciado sentencia por la Sala de Instancia, en el asunto principal, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, por cuanto no puede discutirse ya en vía cautelar la procedencia o improcedencia de la suspensión, toda vez que las cuestiones referentes a la ejecución del acto deben resolverse acudiendo a lo ordenado». En definitiva, «el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, en los autos principales» (véase, entre otras, la sentencia de 30 de junio de 2003).

¹⁶ Expediente 18/96, *Servicom/Telefónica*.

que se resolvió el recurso de súplica contra la medida cautelar, y que, por tanto, devolvió la ejecutividad a las medidas cautelares impuestas por el TDC, se dictó el 7 de noviembre de 1997, es decir, nueve meses más tarde de que el TDC hubiese concluido que era urgente adoptar medidas cautelares para evitar daños irreversibles.

En el caso del expediente de Tabacos de Canarias contra Tabacalera anteriormente citado, el auto que acordó la suspensión provisional de la ejecutividad de la medida cautelar se adoptó el 5 de septiembre de 1997, mientras que la resolución del TDC que acordó la adopción de medidas cautelares se dictó el 23 de diciembre de 1996. Es decir, a pesar de que el TDC había observado urgencia en la adopción de medidas cautelares para garantizar la eficacia del pronunciamiento sobre el fondo del asunto, dichas medidas no podrían en ningún caso haber sido ejecutadas hasta un año y casi cuatro meses más tarde de haber sido inicialmente adoptadas.

En el asunto de McLane contra Tabacalera, la resolución del TDC adoptando medidas cautelares se dictó el 26 de mayo de 1997¹⁷, mientras que el auto resolviendo sobre la suspensión de la ejecución de la medida cautelar se dictó el 21 de enero de 1998¹⁸, es decir, nueve meses más tarde de haberse adoptado la medida cautelar y haberse observado la existencia de un peligro en la demora.

Por otro lado, otra prueba más de los riesgos de que la medida cautelar devenga ineficaz es que, normalmente, el auto de la Audiencia Nacional resolviendo la pieza separada de suspensión de la medida cautelar recaerá varios meses después de que haya expirado el plazo de seis meses de vigencia de la medida, lo que implica que la medida cautelar nunca podrá ser ejecutada. Los afectados por la medida cautelar sólo tendrían que recurrir y solicitar la suspensión de todas las sucesivas resoluciones del TDC prorrogando la vigencia de las medidas cautelares (que formalmente constituirían nuevas medidas cautelares) para evitar que ninguna de ellas pudiera ser ejecutada.

No cabe duda de que la actual jurisprudencia, combinada con la excesiva tardanza del SDC en ejecutar las medidas cautelares adoptadas por el TDC, y la duración habitual de la tramitación de los incidentes de suspensión ante la Audiencia Nacional, podría conducir a la ineficacia de la institución de las medidas cautelares adoptadas en sede administrativa y, por ende, a provocar situaciones en las que, debido a la duración de la tramitación del incidente cautelar ante la Audiencia Nacional, el

¹⁷ Expediente MC 21/97, *Tabacalera*.

¹⁸ Ponente Ilma. Sra. D.^a Concepción Mónica Montero Elena.

pronunciamiento sobre el fondo adoptado finalmente por el TDC en un expediente sancionador devenga ineficaz.

No debe olvidarse que la propia Audiencia Nacional ha reconocido que es fundamental compeler al cumplimiento de las medidas cautelares, ya que de demorarse la ejecución de la medida cautelar, ésta «quedaría desvirtuada en uno de los elementos que constituye su razón de ser: la urgencia» (sentencia de 15 de marzo de 1999).

Además, cabe también destacar que esta circunstancia sitúa al procedimiento administrativo de persecución de prácticas restrictivas de la competencia en una situación de desventaja frente al procedimiento judicial de persecución de prácticas restrictivas de la competencia ante los juzgados de lo mercantil. Así, en virtud del art. 735 LEC, el recurso de apelación contra un auto de adopción de medidas cautelares adoptado por los Juzgados de lo mercantil no tiene efectos suspensivos. Esta circunstancia supone sin duda una importante ventaja para aquellos denunciantes que acudan a los juzgados de lo mercantil para denunciar prácticas anticompetitivas, ya que si se adoptan medidas cautelares, éstas deberán ser ejecutadas inmediatamente aunque se recurran en apelación.

Pues bien, para evitar el riesgo de que las medidas cautelares adoptadas en sede administrativa devengan ineficaces, no parece que sea una solución, como en algún momento se barajó, que se impida revisar jurisdiccionalmente y suspender provisionalmente una resolución de medidas cautelares adoptada por el TDC, ya que esto atentaría contra el principio del control jurisdiccional de la actuación administrativa, consagrado en el art. 106 de la Constitución¹⁹.

Algunos autores han abogado por mantener la ejecutividad de las medidas cautelares del TDC hasta que se resuelva el auto de suspensión, de modo análogo a como ocurre en la vía civil, en la que, como se ha señalado anteriormente, en virtud del art. 735 LEC, el recurso de apelación contra el auto de adopción de medidas cautelares no tiene efectos suspensivos²⁰. Sin embargo, el art. 735 LEC se refiere a la revisión

¹⁹ Un ejemplo paradigmático que demuestra que es esencial que exista un mecanismo de revisión jurisdiccional y suspensión cautelar de las medidas cautelares adoptadas por el TDC es el anteriormente citado expediente de Tabacos de Canarias contra Tabacalera. En este expediente, pese a que el TDC adoptó medidas cautelares contra Tabacalera, finalmente adoptó una resolución sobre el fondo del asunto declarando que no se había producido ninguna infracción a las normas de defensa de la competencia. En este caso, la decisión de suspender la ejecución de las medidas cautelares administrativas fue, pues, especialmente acertada.

²⁰ Véase, J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, «La revisión judicial de las decisiones administrativas», en *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2005.

en apelación de medidas cautelares adoptadas en sede jurisdiccional y no a la revisión de medidas cautelares adoptadas en sede administrativa. No parece que deba tratarse del mismo modo la actuación cautelar de los órganos jurisdiccionales que la de los órganos administrativos, en virtud del principio constitucional de control jurisdiccional de la actuación administrativa.

Otra opción sería que se acortasen los plazos de revisión jurisdiccional de las medidas cautelares del TDC por la Audiencia Nacional. Una posibilidad sería que en un futuro se estableciera un turno especial, más rápido, para resolver sobre las medidas cautelares dada su naturaleza de provisionalidad²¹. Así, de resultar confirmada su ejecutividad mediante el auto que resuelva el incidente de suspensión ante la Audiencia Nacional, podrían inmediatamente hacerse efectivas, sin que transcurriese un período de tiempo excesivo que hiciese que la confirmación de su ejecutividad deviniese inútil y, por ende, inútil también el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Otra posibilidad sería utilizar el procedimiento de las medidas cautelarísimas previsto en el art. 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, dicho artículo prevé que «el juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales».

La utilización de este procedimiento expeditivo permitiría tener un pronunciamiento rápido de la Audiencia Nacional sobre si debe suspenderse o no la ejecución de la medida cautelar adoptada por el TDC²².

En este sentido, y a efectos de garantizar la eficacia de la potestad de adoptar medidas cautelares administrativas otorgada por la LDC al TDC, pudiera resultar conveniente aprovechar la reforma de la LDC para

²¹ Véase, en este sentido, la propuesta realizada por el magistrado J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ en «Competencia en España. Medidas cautelares», en *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2005.

²² Hasta la fecha, este procedimiento se ha tratado de utilizar para solicitar la suspensión cautelar de la publicación de la resolución del TDC, aunque la Audiencia Nacional viene entendiendo que, en estos supuestos, no existe justificación suficiente para adoptar una medida provisionálf-sima.

introducir una disposición que expresamente señale que, en los recursos contra resoluciones del TDC adoptando medidas cautelares, la solicitud de la suspensión de la ejecución de dichas resoluciones deberá tramitarse siguiendo el procedimiento previsto en el art. 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En todo caso, parece claro que la suspensión de la ejecutividad de la medida cautelar debiera extenderse únicamente hasta el momento en que la Audiencia Nacional se pronuncie mediante auto sobre la solicitud de suspensión de la medida cautelar adoptada por el TDC, y no más allá de este hito procedimental. No parece admisible que la medida cautelar continúe suspendida mientras que se tramita un eventual recurso de súplica ante la Audiencia Nacional contra el auto denegatorio de la suspensión, ni mucho menos mientras que se tramita un eventual recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Finalmente, para que la medida cautelar sea efectiva, no sólo resulta necesario acelerar la tramitación del incidente de suspensión ante los órganos jurisdiccionales, sino también que el SDC ejecute la medida cautelar adoptada por el TDC con prontitud una vez confirmada su ejecutividad, ya que su excesiva tardanza supone también una demora innecesaria en la ejecutividad de la medida.

5. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo que exige paralizar la ejecutividad de un acto administrativo hasta que el órgano jurisdiccional no resuelva cautelarmente sobre su suspensión, combinada con la excesiva tardanza del SDC en ejecutar la medida cautelar adoptada por el TDC y con la duración de la tramitación del incidente de suspensión ante los órganos jurisdiccionales, está poniendo en peligro a día de hoy la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por el TDC, y por añadidura, la eficacia de las resoluciones del TDC sobre el fondo del asunto. Parece necesario que se acometan los cambios necesarios en la legislación para neutralizar este riesgo.

En este sentido, una buena solución podría ser introducir un turno especial, más rápido, en la Audiencia Nacional, o aprovechar la reforma de la LDC para introducir una disposición que determinase que la tramitación de los incidentes de suspensión contra las medidas cautelares adoptadas por el TDC deberá realizarse siguiendo el procedimiento de las medidas cautelares previstas en el art. 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Además, la suspensión de la ejecutividad de la medida cautelar adoptada debiera extenderse únicamente hasta el momento en que la Audiencia Nacional se pronuncie mediante auto sobre la suspensión solicitada, de manera que si el auto denegase la solicitud de suspensión, la medida cautelar debiera ejecutarse inmediatamente, sin esperar a que se resuelva un eventual recurso de súplica ante la Audiencia Nacional o un posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo.