

# **MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES EN EXPEDIENTES SANCIONADORES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

David ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado de lo contencioso-administrativo  
y doctor en Derecho

## **1. INTRODUCCIÓN**

El poder de las autoridades públicas de imponer sanciones a las empresas que infringen la libre competencia ofrece una de las dimensiones más importantes del Derecho contemporáneo de la competencia. Esta actuación administrativa sancionadora está, asimismo y en todo Estado de Derecho, sometida a revisión o control de carácter generalmente jurisdiccional donde adquiere relevancia la adopción de medidas cautelares o provisionales. En efecto, para llevar a cabo una revisión judicial y debido a la propia naturaleza del procedimiento jurisdiccional se requiere un tiempo que es más bien prolongado y que tiene distintas consecuencias para las partes según sea la decisión judicial: en el caso de que las sanciones se apliquen antes de que concluya la revisión judicial el demandante podría ver frustrados al menos parcialmente sus intereses legítimos aun cuando finalmente se le dé la razón y el juez anule las sanciones impuestas; pero también las autoridades que ejercen la potestad sancionadora podrían ver afectado en gran medida el interés público si las decisiones administrativas no se aplican inmediatamente y se demora su ejecución hasta que los tribunales confirmen su plena legalidad.

Estos problemas se plantean obviamente en el Derecho comunitario de la competencia y ofrecen nuevas perspectivas desde la adopción del nuevo régimen aplicable a la competencia en la Unión Europea al introducir un modelo descentralizado de aplicación administrativa y jurisdiccional. En efecto, el necesario reposo con que debe llevarse a cabo el control judicial de las sanciones administrativas no impide poner de manifiesto la importancia que este tiempo puede tener en el devenir vertiginoso de la vida económica y la trascendencia que tiene para la tutela judicial efectiva la adopción de medidas cautelares o provisionales. De modo que, a diferencia de lo que ocurría antes del 1 de mayo de 2004, el análisis de los procedimientos en defensa de la competencia en aplicación del Derecho comunitario europeo debe tener en cuenta no sólo la dimensión europea sino también la específica dimensión nacional del Derecho de la competencia. De manera más precisa, las medidas cautelares judiciales en los expedientes sancionadores relativos a la aplicación del Derecho comunitario europeo de la libre competencia plantean, básicamente, dos tipos de problemas íntimamente vinculados, por una parte, al Derecho aplicable en el que se inscribe la actuación sea de los tribunales comunitarios sea de los tribunales nacionales; y, por otra parte, a los presupuestos y al tipo de medidas provisionales que puede adoptar el juez comunitario o los jueces nacionales.

En primer lugar, cuando nos referimos a expedientes sancionadores de la competencia, su revisión judicial puede encomendarse en exclusiva a los jueces comunitarios —Tribunal de Primera Instancia y Tribunal de Justicia—, siempre y cuando la decisión sancionadora sea adoptada por la Comisión Europea, de modo que en su control jurisdiccional aplicarán de manera exclusiva el Derecho de la Unión Europea tal como ha ocurrido en las últimas cuatro décadas; pero también, desde la entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del nuevo Derecho comunitario de la competencia, además de las competencias atribuidas a la Comisión Europea, las autoridades nacionales pueden instruir y sancionar en virtud del régimen comunitario de defensa de la competencia, en cuyo caso el control jurisdiccional corresponderá a los jueces nacionales, sin perjuicio de que puedan solicitar la cooperación prejudicial del Tribunal de Justicia.

Este nuevo régimen de competencias paralelas de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales determina, en segundo lugar, que las medidas provisionales del juez comunitario o nacional que revisa la legalidad de la resolución administrativa sancionadora estén sometidas al Derecho comunitario y que, en el caso de la aplicación por los jueces nacionales, éstos deben tener en cuenta también y en la medida de lo posible el Derecho nacional; cabe, en fin, que el juez nacional sea requerido por las autoridades de la competencia —sea la Comisión Europea, sean las auto-

ridades nacionales— para ser auxiliadas en la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador y, en particular, para obtener la autorización judicial de entrada en el domicilio de empresas o particulares.

En ambas perspectivas es preciso referirse a la regulación española del Derecho sancionador de la competencia y a la jurisprudencia elaborada por los tribunales españoles, principalmente por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo, en su labor de controlar la potestad administrativa sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia, proyectándola, en la medida de lo posible, en función del nuevo régimen comunitario europeo aplicable desde el 1 de mayo de 2004<sup>1</sup> y de acuerdo con la futura Ley española de Defensa de la Competencia<sup>2</sup>.

## 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS EN LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia se funda en la atribución de una amplia potestad sancionadora que inicialmente se otorgó en exclusiva a la Comisión Europea y que desde 2004 ésta comparte con las autoridades nacionales de la competencia. Correlativamente la potestad «administrativa» sancionadora está sometida al control judicial, sea de los tribunales comunitarios cuando la autoridad administrativa es la Comisión Europea, sea de los tribunales nacionales cuando la administración habilitada para imponer sanciones por violación del Derecho comunitario de la competencia es una autoridad nacional. La Comisión Europea ha intentado explicar este complejo sistema dual en el ejercicio de la potestad sancionadora en la *Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* dado que ya no es asumida en exclusiva por la Comisión, sino que también y en su caso la potestad de sancionar es compartida por las autoridades nacionales de la competencia que, a su vez, están sometidas en la medida que lo permita el Derecho de la Unión Europea, a sus propios ordenamientos internos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DOCE núm. L 1, de 4 de enero de 2003, p. 1).

<sup>2</sup> Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, adoptado por el Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2006 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 8 de septiembre de 2006, Serie A: Proyectos de Ley núm. 100-1); sobre el Anteproyecto remitimos a los comentarios contenidos en monográfico de la *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* núm. 241, enero-abril de 2006, pp. 1-116.

<sup>3</sup> Comisión Europea, *Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (DOUE núm. C 101, de 27 de abril 2004, p. 43, apartado 28.c).

Como antes del 1 de mayo de 2004 la potestad sancionadora en defensa de la competencia se atribuía de manera exclusiva a la Comisión Europea, no se planteaba problema alguno respecto de la aplicación del Derecho comunitario a la revisión judicial de los procedimientos sancionadores de las autoridades nacionales. El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia desarrollaron una jurisprudencia relativa a las medidas cautelares frente a sanciones en defensa de la competencia comunitaria europea muy similar a las medidas provisionales en otros ámbitos y que, prácticamente en los mismos términos, se sigue aplicando en el vigente régimen comunitario de defensa de la competencia. En virtud del régimen comunitario contenido en el Reglamento 17, la Comisión Europea gozaba de un poder administrativo sancionador de modo que, como subrayaba en el preámbulo, «el respeto a los arts. 85 y 86, así como el cumplimiento de las obligaciones impuestas a empresas y asociaciones de empresas en aplicación del presente Reglamento, debe poder garantizarse por medio de multas y de multas coercitivas»<sup>4</sup>.

Prácticamente en los mismos términos, el Reglamento 1/2003 le ha atribuido a la Comisión Europea un poder administrativo sancionador por infringir la libre competencia y por la violación de las obligaciones derivadas del procedimiento de inspección<sup>5</sup>. En el art. 23 del Reglamento 1/2003 se establece el cuadro de infracciones de las empresas y sanciones que puede imponer la Comisión Europea. Las infracciones son de dos tipos: unas, como es obvio, consisten en la vulneración de los arts. 81 y 82 del Tratado; y las otras infracciones protegen la efectividad de los poderes de inspección y supervisión de la propia Comisión Europea; se trata en ambos casos, como señala el art. 23.5 del Reglamento 1/2003, de multas de carácter no penal<sup>6</sup>. Las sanciones que puede imponer la Comisión Europea consisten en multas sancionadoras y en multas coercitivas. Las multas sancionadoras, tal como se regulan en el art. 23 del Reglamento 1/2003, son simplemente sanciones económicas. En cuanto a las multas coercitivas, en los términos del art. 24 del Reglamento 1/2003, no son, propiamente hablando, sanciones, sino medidas específicas de ejecución de actos de la Comisión Europea.

---

<sup>4</sup> Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (*DOCE* P 13 de 21 de febrero de 1962, p. 204; *EE* 08/01, p. 22).

<sup>5</sup> El apartado 29 del preámbulo del Reglamento 1/2003 indica: «La observancia de los arts. 81 y 82 del Tratado y la ejecución de las obligaciones impuestas a las empresas y a las asociaciones de empresas en aplicación del presente Reglamento debe poder garantizarse mediante la imposición de multas sancionadoras y de multas coercitivas. A tal efecto, procede prever asimismo para las infracciones de las normas de procedimiento importes de multas apropiados».

<sup>6</sup> Comisión Europea, *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003* (*DOUE* núm. C 210, de 1 de septiembre de 2006, p. 2).

Las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea en defensa de la competencia son inmediatamente ejecutivas, tal como se desprende del art. 256 del Tratado CE conforme a cuyo primer párrafo: «Las decisiones del Consejo o de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados serán títulos ejecutivos». Asimismo y de acuerdo con este mismo art. 256 del Tratado CE, «la ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia»<sup>7</sup>. Por lo que se refiere al ámbito del Derecho de la competencia, el art. 26 del Reglamento 1/2003 establece un plazo de cinco años para la prescripción de la ejecución de las sanciones; no obstante, el art. 26.5 del Reglamento 1/2003 prevé la suspensión automática de la prescripción en materia de ejecución de «sanciones mientras dure el plazo concedido para efectuar el pago y mientras dure la suspensión del cobro por vía ejecutiva en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia».

La Comisión Europea goza de una amplia potestad en cuanto se refiere a la ejecución forzosa de sus decisiones sancionadoras pues, según reiterada jurisprudencia desarrollada al amparo del Reglamento 17, se trata de una facultad que «comprende la de fijar la fecha en que las multas serán exigibles y aquella en que empezarán a devengar intereses de demora, fijar el tipo de esos intereses y establecer cómo deberá ejecutarse su decisión, exigiendo, en su caso, la prestación de un aval bancario en garantía del capital y de los intereses de las multas impuestas. Si la Comisión no tuviera dicha facultad, la ventaja que podría reportar a las empresas el pago fuera de plazo de las multas produciría el efecto de atenuar las sanciones impuestas por la Comisión en el ejercicio de su función de velar por la aplicación de las normas sobre competencia. Por tanto, el hecho de que las multas devenguen intereses de demora se justifica para evitar que el efecto útil del Tratado quede comprometido por prácticas unilaterales de las empresas que demoren el pago de las multas a que han sido condenadas y para excluir que estas empresas se beneficien en comparación con las que pagaran las suyas dentro del plazo señalado»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> El art. 85 bis.1 del Reglamento (CE, Euratom) núm. 2342/2002 sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto comunitario, modificado por el Reglamento (CE, Euratom) núm. 1248/2006 de la Comisión de 7 de agosto de 2006 (*DOUE* núm. L 227, de 19 de agosto de 2006, p. 3) establece en relación con la «recaudación de multas, multas coercitivas y otras sanciones»: «En los casos en que se interponga una acción ante un órgano jurisdiccional comunitario contra una decisión de la Comisión por la que se impongan una multa, una multa coercitiva u otra sanción conforme al Tratado CE o al Tratado Euratom, y hasta que se hayan agotado todas las vías de recursos jurisdiccionales, el contable recaudará provisionalmente del deudor los importes en cuestión o le pedirá que deposite una garantía financiera. Esta garantía será independiente de la obligación de pagar la multa, la multa coercitiva u otra sanción, y será ejecutable en cuanto así se solicite. La garantía cubrirá el principal y los intereses de la deuda según lo dispuesto en el art. 86, apartado 5».

<sup>8</sup> TPICE, sentencia de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon Co. (T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181, apartado 475). Este criterio fue con-

Pero también a partir del 1 de mayo de 2004 la potestad sancionadora de la Comisión Europea sólo puede ser controlada jurisdiccionalmente por los tribunales comunitarios de modo que el Reglamento 1/2003, y por cuanto se refiere al alcance de este control judicial, explica en el apartado 33 de su preámbulo «que todas las decisiones adoptadas por la Comisión en aplicación del presente Reglamento están sometidas al control del Tribunal de Justicia en las condiciones definidas por el Tratado [por lo que] conviene, en aplicación de su art. 229, prever la atribución al Tribunal de Justicia de la *competencia jurisdiccional plena* por lo que se refiere a las decisiones por las que la Comisión impone multas sancionadoras o multas coercitivas»; y, en consecuencia, en el art. 31 del Reglamento 1/2003 se establece el alcance del control jurisdiccional que comprende la facultad judicial de «suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta»<sup>9</sup>. Esta competencia jurisdiccional plena atribuida a los tribunales comunitarios significa, como ha recordado la abogada general Juliane KOKOTT, que «no constituye un mero control de la legalidad de la decisión de la Comisión. Antes bien, también pueden tomarse en consideración aspectos relativos a la adecuación y a la equidad. A mayor abundamiento, deben considerarse también irregularidades de procedimiento tales como una vulneración del principio del plazo razonable, que —como ya se ha señalado— constituyen también una violación de derechos fundamentales aunque no repercutan en el fondo de la decisión de la Comisión y, por tanto, no den lugar a su anulación. Así lo ha reconocido acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el presente asunto, al declarar que sólo a él le era posible proceder a una reducción adicional de la multa impuesta como consecuencia de la duración excesiva del procedimiento administrativo, de la que es responsable la Comisión»<sup>10</sup>.

---

firmado en casación por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 29 de junio de 2006, SGL Carbon AG/Comisión (C-308/04 P, *Rec. p. I*, apartados 113-116): «Es preciso recordar que el Tribunal de Primera Instancia, al responder al motivo invocado, hizo referencia, en los apartados 475 y 478 de la sentencia recurrida, a una reiterada jurisprudencia según la cual las facultades concedidas a la Comisión en virtud del art. 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 comprenden las de fijar la fecha en la que las multas serán exigibles y aquella en que empezarán a devengar intereses (de demora), así como las de fijar el tipo de tales intereses y establecer detalladamente cómo deberá ejecutarse su decisión. En efecto, si la Comisión no tuviera tal facultad, las empresas podrían beneficiarse pagando con retraso, lo que atenuaría el efecto de las sanciones. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia consideró acertadamente que la Comisión podía adoptar como punto de referencia un nivel superior al del tipo de mercado aplicable, como el ofrecido a un prestatario medio, en la medida necesaria para desalentar conductas dilatorias por lo que respecta al pago de la multa. Por último, el Tribunal de Primera Instancia concluyó que la Comisión no había sobrepasado el margen discrecional del que disponía al fijar el tipo de interés impugnado».

<sup>9</sup> Desde un punto de vista práctico, véase el estudio de D. HENRY, «Les amendes de la Commission en Droit de la concurrence face à la censure du juge européen», *Cahiers de Droit européen*, núm. 1-2, 2006, pp. 35-66.

<sup>10</sup> TJCE, Conclusiones de la abogada general, Juliane KOKOTT, de 8 de diciembre de 2005, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (C-105/04 P, *Rec. p. I*, apartados 138 y 139).

La adopción de medidas provisionales por los tribunales comunitarios respecto de impugnación de sanciones adoptadas en defensa de la competencia exige un examen general de este tipo de medidas cautelares judiciales y una exposición de la jurisprudencia relativa al régimen «administrativo» sancionador de la competencia.

### **A) Los presupuestos de la adopción por los tribunales comunitarios de medidas cautelares en el Derecho de la competencia**

Las medidas cautelares judiciales integran, como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria, el derecho fundamental a la defensa que, sin embargo, no tiene carácter absoluto sino que está sujeto a límites<sup>11</sup> y su ejercicio debe tener en cuenta la interpretación evolutiva de los tribunales comunitarios y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>.

La jurisprudencia comunitaria ha deducido una serie de presupuestos cumulativos para la adopción de las medidas cautelares que son, en primer lugar, el *fumus boni iuris*; en segundo lugar, la urgencia o *periculum in mora*; y, por último, es precisa una ponderación de los intereses en juego<sup>13</sup>. A estos tres requisitos se refieren, a modo de principio, los presidentes de los tribunales comunitarios al decidir en los distintos procedimientos de medidas cautelares en un modo similar al siguiente:

«Según jurisprudencia reiterada, el juez que conoce de las medidas provisionales únicamente puede adoptar tales medidas si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal. El juez que conoce de las medidas provisionales procederá asimismo, en su caso, a la ponderación de los intereses en juego (véase, en

<sup>11</sup> En la sentencia de 15 de junio de 2006, *Dokter* (C-28/05, *Rec. p. I*, apartado 75) el Tribunal de Justicia argumenta: «los derechos fundamentales, a los que pertenece el respeto del derecho de defensa, no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados».

<sup>12</sup> TJCE, sentencia de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon AG y otros/Comisión* (C-301/04 P, *Rec. p. I*, apartado 43); véase, por ejemplo, el estudio de V. OKECHUKWU BENJAMIN, «The Application of EC Competition Law and European Convention on Human Rights», *European Competition Law Review*, vol. 27, núm. 12, diciembre de 2006, pp. 693-699.

<sup>13</sup> B. PASTOR BORGONÓN y E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993; B. VIDAL FERNÁNDEZ, «El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el “référé” comunitario», *Revista del Poder Judicial*, núm. 45, primer trimestre de 1997, pp. 305-338; y G. SCHOHE, «La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier», *Cahiers de Droit européen*, núm. 1-2, 2006, pp. 661-682.

particular, el auto de 23 de febrero de 2001, Austria/Consejo, C-445/00 R, Rec. p. I-1461, apartado 73).

Los requisitos exigidos son cumulativos, de forma que deberán denegarse las medidas provisionales cuando no concurra alguno de ellos [véase, particularmente, el auto de 27 de septiembre de 2004, Comisión/Akzo y Akros, C-7/04 P(R), Rec. p. I-8739, apartado 28]<sup>14</sup>.

No obstante, también resulta reiterada la doctrina jurisprudencial conforme a la cual «en el marco de su examen de conjunto, el juez de medidas provisionales dispone de una amplia facultad de apreciación y puede determinar libremente, a la vista de las particularidades del asunto, de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos y el orden que debe seguirse en ese examen, puesto que ninguna norma de Derecho comunitario le impone un esquema de análisis preestablecido para apreciar si es necesario pronunciarse con carácter provisional»<sup>15</sup>.

Asimismo, se ha señalado que se trata de una materia dominada por la casuística y no existe acuerdo sobre el peso que tiene cada uno de estos presupuestos. Así, por ejemplo, tal como ha expuesto RODRÍGUEZ IGLESIAS, existen dos concepciones del *fumus*: conforme a la primera se interpreta que concurre la apariencia de buen derecho si la pretensión principal tiene perspectivas de éxito; en cambio, de acuerdo con la segunda es suficiente con que la pretensión principal, después de un examen somero, no esté desprovista de fundamento<sup>16</sup>.

Ahora bien, no hay duda alguna sobre el carácter esencial del requisito relativo a la urgencia pues, como ha puntualizado el Tribunal de Justicia, «la finalidad del procedimiento de medidas provisionales es garantizar la plena eficacia de la futura decisión definitiva, con objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que ofrece el Tribunal de Justicia. Para alcanzar este objetivo, la urgencia debe apreciarse en relación con la necesidad de decidir provisionalmente a fin de evitar que los intereses de la parte que solicita la protección provisional sufran un perjuicio grave e irreparable»<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> TJCE, auto de 29 de abril de 2005, Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Comisión (C-404/04 P-R, Rec. p. I-3539, apartados 10 y 11).

<sup>15</sup> TPICE, auto de 30 de octubre de 2003, Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión (T-125/03R y T-253/03 R, Rec. p. II-4771, apartado 38).

<sup>16</sup> G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela cautelar en el Derecho comunitario» en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 641; en el mismo sentido, G. SCHOHE, «La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier», *ob. cit.*, p. 671, señala gráficamente que la relación entre el *fumus* y la urgencia responde al principio de vasos comunicantes.

<sup>17</sup> TJCE, auto de 27 de septiembre de 2004, Comisión/Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd. [C-7/04 P(R), Rec. p. I-8739, apartados 36 y 37].

Por último, es preciso subrayar que en la práctica los demandantes de medidas provisionales suelen olvidar ante los tribunales comunitarios, como por lo demás ante todos los tribunales, la necesidad de alegar y de probar cada uno de los presupuestos que permitan al Tribunal comunitario adoptar las medidas cautelares. En este sentido es muy frecuente que «[las] alegaci[ones] de la parte demandante t[engan] un carácter manifiestamente vago e hipotético y que no la[s] acompañ[e] ningún elemento probatorio del carácter grave e irreparable del perjuicio alegado», lo que conduce a menudo y de manera inexorable a la desestimación de las medidas cautelares solicitadas<sup>18</sup>.

### **B) Las medidas cautelares de los tribunales comunitarios respecto de decisiones sancionadoras de la Comisión Europea en defensa de la competencia**

Las medidas cautelares judiciales contra decisiones adoptadas en un procedimiento sancionador en defensa de la competencia no ofrecen especialidad alguna; no obstante, los desarrollos jurisprudenciales precisamente en este ámbito han sido particularmente relevantes. A tal efecto el punto de partida debe ser, como subraya el Tribunal de Justicia, que, por una parte, «los actos de las Instituciones comunitarias disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados o revocados»; pero, por otra parte, debe insistirse en que «la resolución por la que el juez de medidas provisionales suspende la ejecución del acto impugnado en virtud del art. 185 del Tratado sólo tiene carácter provisional. Dicha resolución no prejuzga las cuestiones de hecho y de Derecho objeto del litigio ni neutraliza de antemano las consecuencias de la resolución que posteriormente se dicte en el procedimiento principal»<sup>19</sup>.

Conviene, por tanto, a la luz de la práctica judicial comunitaria, examinar la argumentación que utilizan los tribunales comunitarios sobre los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares frente a decisiones de la Comisión Europea recaídas en procedimientos sancionadores.

La jurisprudencia comunitaria ha reiterado la necesidad de que concurran *todos* los presupuestos para adoptar judicialmente las medidas provisionales por lo que «el juez de medidas provisionales puede con-

<sup>18</sup> TPICE, auto de 16 de febrero de 1995, *Amicale des Résidents du Square d’Auvergne/Comisión* (T-5/95 R, *Rec.* p. II-255, apartado 17).

<sup>19</sup> TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods y HB* (C-344/98, *Rec.* p. I-11369, apartado 53).

ceder la suspensión de la ejecución y las otras medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada, a primera vista, desde el punto de vista fáctico y jurídico (*fumus boni iuris*), así como su urgencia, es decir, la necesidad de que se adopten y surtan sus efectos antes de que recaiga resolución en el procedimiento principal a fin de evitar un perjuicio grave e irreparable a los intereses del demandante. Estos requisitos son acumulativos, de manera que las medidas provisionales deben ser desestimadas cuando no se dé alguno de ellos»<sup>20</sup>.

También el Tribunal de Justicia ha exigido una motivación adecuada y suficiente del juez comunitario de medidas cautelares. Conviene, por tanto, recordar la libertad en la estructura y en el alcance de la motivación del juez comunitario<sup>21</sup>. Sobre la motivación, la jurisprudencia sostiene que «el juez de medidas provisionales no ha de responder expresamente a todas las cuestiones de hecho o de Derecho abordadas durante el procedimiento de medidas provisionales. En particular, basta con que, en vista de las circunstancias del asunto, los fundamentos de Derecho sobre los que se basa el juez de medidas provisionales que conozca en primera instancia justifiquen válidamente su auto y permitan al Tribunal de Justicia ejercer su control jurisdiccional»<sup>22</sup>.

Así pues y en primer lugar, el examen judicial de las medidas provisionales sólo puede hacerse *prima facie* de modo que no prejuzgue el fondo del asunto ni determine sus efectos. Sobre este particular el Tribunal de Justicia recurre a razonamientos del siguiente tenor:

«Por consiguiente, el juez de medidas provisionales podrá ordenar la suspensión de la ejecución y las medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de Derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal. Deben, además, ser provisionales, en el sentido de que no prejuzguen las cuestiones de hecho y de Derecho objeto del litigio ni neutralicen de antemano las consecuencias de la resolución que posteriormente se dicte en el procedimiento principal»<sup>23</sup>.

Sin embargo, esta exigencia de examen *prima facie* y sin prejuzgar el fondo del asunto resulta comprometida, por ejemplo, cuando se plan-

<sup>20</sup> TJCE, auto de 14 de octubre de 1996, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf/Comisión [C-268/96 P(R), *Rec.* p. I-4971, apartado 30].

<sup>21</sup> TJCE, auto de 24 de julio de 2003, Linea GIG Srl/Comisión [C-233/03 P(R), *Rec.* p. I-7911, apartado 27].

<sup>22</sup> TJCE, auto de 14 de octubre de 1996, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf/Comisión [C-268/96 P(R), ya citado, apartado 52] y TPICE, auto de 22 de diciembre de 2004, Microsoft/Comisión (T-201/04 R, *Rec.* p. II-2977, apartado 73).

<sup>23</sup> TJCE, auto de 19 de junio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line AB [C-149/95 P(R), *Rec.* p. I-2165, apartado 22].

tea ante el juez de medidas cautelares la inadmisibilidad del recurso principal; y, prácticamente en todos los casos, existe una cierta incompatibilidad entre el examen a primera vista y que como primer presupuesto para la concesión de la medida provisional los jueces exijan que concurre un *fumus boni iuris*.

En cuanto el juez comunitario de medidas cautelares pueda observar una inadmisibilidad manifiesta del recurso principal ésta determinaría únicamente la desestimación de la adopción de las medidas cautelares, dado que, como señala el presidente del Tribunal de Primera Instancia, «según reiterada jurisprudencia la cuestión de la admisibilidad del recurso principal no debe examinarse, en principio, en el marco de un procedimiento sobre medidas provisionales, so pena de prejuzgar el fondo del asunto. Sin embargo, cuando se plantea la inadmisibilidad manifiesta del recurso principal al que se une la demanda de medidas provisionales, como en el presente asunto, puede resultar necesario determinar si existen elementos que permitan, a primera vista, declarar la admisibilidad de dicho recurso»<sup>24</sup>.

Por tanto, el examen por el juez comunitario del *fumus* exige del demandante de la medida cautelar adelantar algunos de sus argumentos sobre el fondo y requiere de los tribunales comunitarios guardar un difícil equilibrio entre la presunción de legalidad de las decisiones de la Comisión Europea y los visos de que el recurso de anulación tenga algún fundamento. De modo que el presupuesto del *fumus* obliga al juez comunitario a enjuiciar de soslayo el recurso principal, lo que, más bien, resulta incompatible con la naturaleza del procedimiento judicial cautelar; no obstante, también puede considerarse que se cumple rituariamente este presupuesto sin que, en realidad, sea decisivo a la hora de acceder o denegar las medidas cautelares solicitadas<sup>25</sup>. En cualquier caso, es habitual que el juez comunitario de medidas cautelares, después de una serie de consideraciones sobre la apariencia de buen derecho del recurso de anulación, termine concluyendo su análisis en estos términos: «al menos, una parte de los motivos de impugnación adelantados por la parte recurrente es, a primer vista, pertinente y, en todo caso, no está desprovista totalmente de fundamento. En estas condiciones, procede reconocer en el caso concreto la existencia de un *fumus boni iuris*»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> TPICE, auto de 21 de enero de 2004, FNICGV/Comisión (T-252/03 R, *Rec.* p. II-315, apartado 19).

<sup>25</sup> S. ORTIZ HERRERA, «Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo», *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, segundo trimestre 1999, pp. 27-89.

<sup>26</sup> TPICE, auto de 13 de julio de 2006, Romana Tabacchi/Comisión (T-11/06 R, *Rec.* p. II, apartado 68).

En cambio y de manera indiscutible, en segundo lugar, la urgencia, el *periculum in mora* o la irreparabilidad del perjuicio se erigen en el presupuesto esencial para la adopción de medidas cautelares judiciales. Así se deduce de la jurisprudencia reiterada de los tribunales comunitarios conforme a la cual el carácter urgente de una demanda de medidas cautelares debe apreciarse en relación con la necesidad de decidir provisionalmente para evitar un perjuicio grave e irreparable al solicitante de la medida, debiendo éste aportar la prueba de los eventuales perjuicios y sin que la inminencia del perjuicio deba establecerse con una certeza absoluta sino con un grado de probabilidad suficiente<sup>27</sup>.

No obstante, en el examen de los perjuicios irreparables a las empresas los tribunales comunitarios actúan de un modo particularmente restrictivo. En este sentido es frecuente que frente a la invocación de efectos catastróficos o incluso mortales para las empresas sancionadas, el Tribunal de Primera Instancia recuerde que «el Derecho comunitario, como tal, no prohíbe que una medida adoptada por una autoridad comunitaria provoque la quiebra o la liquidación de una determinada empresa [...] La liquidación de una empresa en su forma jurídica en cuestión, aunque puede perjudicar a los intereses financieros de los propietarios, accionistas o titulares de acciones, no significa sin embargo que los elementos personales, materiales e inmateriales representados por las empresas pierdan, ellos también, su valor»<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> TPICE, auto de 7 de noviembre de 2003, Bank Austria Creditanstalt AG/Comisión (T-198/03 R, *Rec. p. II-4879*, apartados 50 y 51): «De una jurisprudencia reiterada se desprende que el carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de resolver provisionalmente a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable [véase el auto del presidente del Tribunal de Justicia de 31 de julio de 2003, Le Pen/Parlamento, C-208/03 P(R), *Rec. p. I-7939*, apartado 77]. Corresponde a esta última aportar la prueba de que no puede esperar a que se resuelva el procedimiento principal sin sufrir un perjuicio de esa naturaleza (véanse el auto del presidente del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2000, Grecia/Comisión, C-278/00 R, *Rec. p. I-8787*, apartado 14; los autos del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 20 de julio de 2000, Esedra/Comisión, T-169/00 R, *Rec. p. II-2951*, apartado 43, y Österreichische Postsparkasse/Comisión, antes citado, apartado 66). La inminencia del perjuicio no debe demostrarse con una certeza absoluta, sino que basta, especialmente cuando la materialización del perjuicio dependa de la concurrencia de un conjunto de factores, con que pueda preverse con un grado de probabilidad suficiente (auto Comisión/Atlantic Container Line y otros, antes citado, apartado 38, y auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 19 de diciembre de 2001, Government of Gibraltar/Comisión, asuntos acumulados T-195/01 R y T-207/01 R, *Rec. p. II-3915*, apartado 96). Si bien es cierto que, a fin de demostrar que existe daño grave e irreparable, no es necesario exigir que se pruebe con una certeza absoluta que se producirá el perjuicio y basta con que este último sea previsible con un grado suficiente de probabilidad, no es menos cierto que el demandante sigue estando obligado a probar los hechos que supuestamente sirven de base a la creencia de que se producirá el mencionado daño grave e irreparable [autos del presidente del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1999, HFB y otros/Comisión, C-335/99 P(R), *Rec. p. I-8705*, apartado 67, y Grecia/Comisión, antes citado, apartado 15]».

<sup>28</sup> TPICE, sentencia de 29 de noviembre de 2005, Union Pigments/Comisión (T-62/02, *Rec. p. II*, apartado 177).

La apreciación de la urgencia es excepcional y, por tanto, requiere un especial esfuerzo probatorio cuando, por ejemplo, se pretende que el juez comunitario exima de constituir cualquier tipo de fianza para obtener la suspensión de la multa impuesta por la Comisión de modo que los presidentes de los Tribunales comunitarios muy frecuentemente recuerdan, por emplear los razonamientos del Tribunal de Primera Instancia en el asunto Buchmann, que «sólo puede acogerse una demanda de dicha naturaleza si concurren circunstancias excepcionales [...] Ahora bien, la demandante no ha proporcionado elementos que permitan comprobar, a primera vista, que dicho requisito se ha cumplido en el presente caso. Ello es aplicable tanto respecto a su afirmación, destinada a probar la urgencia de la suspensión solicitada, según la cual la constitución del aval bancario pondría en peligro su existencia, como respecto al *fumus boni juris* de su recurso principal»<sup>29</sup>.

En otros casos, sin embargo, el Tribunal comunitario ha admitido que, si bien la constitución de una garantía bancaria no pondría en peligro la existencia de la empresa recurrente, en cambio, la empresa puede probar que le resulta objetivamente imposible constituir esa garantía porque ninguna entidad bancaria está dispuesta a avalarla y tampoco a los accionistas de la empresa les es posible garantizar el pago de una multa que es superior al capital social; lo que permite concluir que en ese caso se ha demostrado la existencia de circunstancias excepcionales para la empresa que corre el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable en el caso de que tenga que constituir en ese momento la garantía bancaria que le requiere la Comisión Europea<sup>30</sup>.

Y, por último y en tercer lugar, debe el juez comunitario de medidas cautelares ponderar los intereses en juego, lo que en la práctica de las medidas cautelares contra decisiones sancionadoras de la Comisión Europea en defensa de la competencia se reduce a la exención de constituir una garantía bancaria para el pago de la sanción, obligando al juez comunitario a «ponderar tanto el interés de la demandante en evitar, en caso de que no pueda constituir una garantía bancaria, que se proceda al cobro inmediato de la multa, como el interés financiero de la Comunidad en recuperar el importe y, de forma más general, el interés público en preservar la eficacia de las normas comunitarias sobre la competencia y el alcance disuasorio de las multas impuestas por la Comisión»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> TPICE, auto de 21 de diciembre de 1994, Buchmann GmbH/Comisión (T-295/94 R, *Rec.* p. II-1265, apartado 23).

<sup>30</sup> TPICE, auto de 13 de julio de 2006, Romana Tabacchi/Comisión, T-11/06 R, ya citado, apartado 124.

<sup>31</sup> TPICE, auto de 21 de enero de 2004, FNCBV/Comisión (T-217/03 R, *Rec.* p. II-239, apartado 92).

No obstante y en otros casos, el juez comunitario de medidas cautelares adopta él mismo, en sustitución de la decisión de la propia Comisión Europea, las condiciones de las medidas cautelares escalonándolas en el tiempo y exigiendo, por ejemplo y respecto de una multa impuesta por la Comisión Europea por importe de 2,05 millones de euros, que en el plazo de dos semanas desde la notificación del auto de medidas cautelares la empresa sancionada constituya una garantía bancaria de 400.000 euros y pague a la Comisión 200.000 euros; que en un plazo de tres meses, le pague a la Comisión 330.000 euros; y que a partir del 1 de enero de 2007 pague a la Comisión y trimestralmente 100.000 euros más los intereses impuestos por la Comisión, bien hasta el pago total de la multa bien hasta que se resuelva el recurso principal<sup>32</sup>.

Ahora bien, determinados los presupuestos y comprobado su peso, es importante subrayar, a la vista de la práctica judicial, que la clave en la obtención de las medidas cautelares solicitadas ante el Tribunal comunitario radica en la aportación de una prueba adecuada de las alegaciones. Así, por ejemplo, es muy habitual que el juez comunitario desestime la adopción de medidas cautelares por falta de prueba, especialmente cuando la empresa recurrente no logra «acreditar de una forma suficientemente fehaciente que sufriría un perjuicio grave e irreparable de no suspenderse la obligación de constituir la citada garantía bancaria»<sup>33</sup>.

### **C) El objeto de las medidas cautelares judiciales: las multas (exención excepcional de la garantía bancaria), las medidas correctivas y la publicidad**

En la revisión judicial de los procedimientos sancionadores en defensa de la competencia el objeto principal de las medidas cautelares es la suspensión de la ejecución de las sanciones económicas. Sin embargo, en su práctica administrativa la Comisión Europea suele comprometerse a no reclamar ejecutivamente la sanción siempre que se constituya una garantía bancaria. Asimismo, plantea alguna particularidad la adopción de medidas cautelares frente a las decisiones sancionadoras de la Comisión que, por una parte, contienen medidas correctivas y órdenes de cesación de la infracción; y que, por otra parte, exigen dar publicidad a la propia sanción administrativa.

En primer lugar y por lo que se refiere a la suspensión de la recaudación de la multa económica, la jurisprudencia comunitaria excluye las

<sup>32</sup> TPICE, auto de 13 de julio de 2006, Romana Tabacchi/Comisión, T-11/06 R, ya citado, apartado 146.

<sup>33</sup> TPICE, auto de 20 de octubre de 2003, Leali SpA/Comisión (T-46/03 R, *Rec.* p. II-4473, apartado 55).

demandas de medidas provisionales que sean prematuras, es decir, en aquellos supuestos en que la Comisión no haya procedido al cobro de la multa impuesta ni a la ejecución forzosa de su decisión<sup>34</sup>.

Asimismo, la solicitud y la adopción de medidas judiciales cautelares no pueden obstaculizar los poderes de investigación y de control de la propia Comisión Europea de modo que «el juez que conoce de las medidas provisionales no puede, en principio, acoger una demanda de medidas provisionales que tiene por objeto impedir que la Comisión ejerza sus facultades de investigación y de sanción inmediatamente después de la incoación de un procedimiento administrativo e incluso antes de que haya adoptado los actos de trámite o definitivos cuya ejecución se quiere evitar. En efecto, al adoptar tales medidas, el juez que conoce de las medidas provisionales no actuaría en el marco del control de la actividad de la Institución demandada, sino que, más bien, sustituiría a esta última en el ejercicio de competencias de carácter puramente administrativo. De ello resulta que, en el caso de autos, la demandante no puede solicitar, conforme a los arts. 185 y 186 del Tratado, que se obligue a la Institución demandada a suspender la ejecución de la decisión por la que se incoa un procedimiento administrativo y que se le prohíba, aunque sea con carácter provisional, el ejercicio de sus competencias en el marco de dicho procedimiento»; aunque, no obstante, deja el Tribunal comunitario una puerta abierta, al señalar, a continuación: «Dicho derecho podría reconocérsele únicamente en caso de que la demanda aporte elementos que puedan permitir al juez que conoce de las medidas provisionales comprobar la existencia de circunstancias excepcionales que justificaran la adopción de las medidas solicitadas»<sup>35</sup>.

De los anteriores razonamientos se deduce una autorrestricción judicial en el alcance del enjuiciamiento de las propias medidas cautelares adoptadas por la Comisión Europea durante la instrucción del procedimiento administrativo sancionador; lo que también puede extenderse, *mutatis mutandis*, a las multas coercitivas en la medida en que son mecanismos para el cumplimiento de lo ya acordado. De modo que el examen judicial tanto de las medidas cautelares judiciales como del procedimiento de ejecución forzosa mediante multas coercitivas será de contenido esencialmente procedimental.

En segundo lugar, tanto la Comisión Europea como los tribunales comunitarios tienen la potestad de exigir en garantía del pago de las san-

<sup>34</sup> TPICE, sentencia de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon Co. (T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01, ya citada, apartado 472).

<sup>35</sup> TPICE, auto de 12 de julio de 1996, Sogecable SA/Comisión (T-52/96 R, *Rec.* p. II-797, apartados 40 y 41).

ciones una garantía bancaria. En los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia es muy frecuente que en el escrito de notificación de las decisiones sancionadoras la Comisión manifieste que en caso de que la empresa impugne jurisdiccionalmente la sanción no adoptaría medida alguna para el cobro de la multa mientras el asunto estuviera pendiente ante el Tribunal comunitario, siempre que el crédito devengara intereses a partir de la fecha de expiración del plazo para el pago de la multa y que, a más tardar en esa fecha, se constituyera una garantía bancaria aceptable que cubriera el importe de la deuda principal así como de los intereses; de este modo en la práctica seguida entre los tribunales comunitarios «la solicitud de la demandante tiene, en realidad, como único objeto lograr una dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria, como requisito para que no se proceda al cobro inmediato del importe de la multa impuesta por la Decisión»<sup>36</sup>.

Esta práctica administrativa de la Comisión Europea ha sido bendecida por los tribunales comunitarios de modo que no se ejecuta la sanción siempre que se haya constituido la fianza, argumentándolo el Tribunal de Justicia de este modo: «el hecho de que a raíz de la presentación del recurso de anulación la Comisión haya aceptado no adoptar ninguna medida para el cobro de la multa mientras el asunto estuviera pendiente, siempre que se hubiera constituido una garantía bancaria aceptable, no es constitutivo de un comportamiento abusivo»<sup>37</sup>. A tal efecto, los tribunales comunitarios han recordado su potestad de exigir una garantía pecuniaria y así lo subrayan rituariamente: «la posibilidad de exigir la constitución de una garantía pecuniaria está expresamente prevista para los procedimientos sobre medidas provisionales por los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, y corresponde a una línea de actuación general y razonable de la Comisión»; pero, en todo caso, nuevamente advierte el Tribunal de Primera Instancia: «la existencia de esas circunstancias excepcionales puede considerarse, en principio, demostrada cuando la parte que solicita la dispensa de constituir la garantía bancaria exigida aporta la prueba de la imposibilidad objetiva de constituir dicha garantía»<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> TPICE, auto de 20 de octubre de 2003, Leali SpA/Comisión (T-46/03 R, *Rec.* p. II-4473, apartado 31).

<sup>37</sup> TJCE, auto de 23 de marzo de 2001, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión [C-7/01 P(R), *Rec.* p. I-2559]; y en el mismo sentido el Tribunal de Primera Instancia lo precisó en su auto de 11 de agosto de 1995, Tsimenta Halkidos AW/Comisión (T-104/95 R, *Rec.* p. II-2235, apartados 13 y 18).

<sup>38</sup> TPICE, auto de 21 de enero de 2004, FNSEA/Comisión (T-245/03 R, *Rec.* p. II-271, apartados 77 y 78); y prácticamente en los mismos términos el auto de 21 de enero de 2004, FNCBV/Comisión (T-217/03 R, *Rec.* p. II-239, apartados 69 y 70); y el auto de 21 de enero de 2004, FNICGV/Comisión, ya citado, apartado 30.

En efecto, la jurisprudencia considera que la exención también de la garantía bancaria exige la concurrencia de circunstancias excepcionales, por lo que, por emplear los razonamientos de la jurisprudencia, «el juez de medidas provisionales debe apreciar la urgencia de las medidas provisionales solicitadas examinando si la ejecución del acto controvertido, antes de que se decida sobre el fondo, puede causar a la parte que solicita dichas medidas perjuicios graves e irreversibles, que no podrían ser reparados aun cuando la decisión impugnada llegase a ser anulada por el Tribunal de Primera Instancia»; la prueba corresponde a la parte demandante que no puede esperar a la resolución del recurso principal sin tener que sufrir tales perjuicios; y es preciso que «la ponderación de los intereses en conflicto se incline en favor de la concesión de dicha medida»<sup>39</sup>. La prueba de las circunstancias excepcionales consiste en que «le resulta imposible prestar la garantía exigida sin poner en peligro su existencia»<sup>40</sup>.

En tercer lugar y por lo que se refiere a las medidas correctoras, incluida la orden de cesación de la infracción, se había resumido la jurisprudencia anterior considerando que el Tribunal de Justicia era particularmente proclive a acceder a la suspensión en las decisiones sancionadoras cuando su ejecución podía implicar una modificación en las condiciones del mercado<sup>41</sup>. Sin embargo, esta evolución debe matizarse a la luz de la jurisprudencia más reciente observada en el asunto Microsoft: la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 había impuesto a la empresa norteamericana una multa de 497.196.304 euros obligándole a poner fin a los abusos declarados y exigiéndole que se abstuviese de adoptar un comportamiento idéntico al sancionado. La solicitud de medidas cautelares fue desestimada por el presidente del Tribunal de Primera Instancia en su auto de 22 de diciembre de 2004<sup>42</sup>. Las medidas correctoras consistían, básicamente, en que Microsoft, por una parte, divulgase a todas las empresas interesadas en desarrollar y distribuir sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo la información

<sup>39</sup> TPICE, auto de 11 de agosto de 1995, Tsimenta Halkidos AW/Comisión (T-104/95 R, *Rec.* p. II-2235, apartado 19); en el mismo sentido los autos de 14 de diciembre de 2000, Elektrotechnisch Gebied/Comisión (T-5/00 R, *Rec.* p. II-4121, apartado 52); de 21 de enero de 2004, FNICGV/Comisión (ya citado, apartado 30); doctrina confirmada por el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en el auto de 6 de mayo de 1982, AEG/Comisión (107/82 R, *Rec.* p. 1549, apartado 6); y en los autos de 14 de diciembre de 1999, HFB y otros/Comisión [C-335/99 P(R), *Rec.* p. I-8705, apartado 55]; y DSR-Senator Lines/Comisión [C-364/99 P(R), *Rec.* p. I-8733, apartado 48].

<sup>40</sup> TPICE, auto de 14 de diciembre de 2000, Elektrotechnisch Gebied/Comisión (T-5/00 R, ya citado, apartado 53).

<sup>41</sup> S. MARTÍNEZ LAGE y R. ALLENDESALAZAR CORCHO, «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho público (III): Derecho de la competencia e intervención administrativa en la actividad económica», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 289-290.

<sup>42</sup> TPICE, auto de 22 de diciembre de 2004, Microsoft/Comisión (T-201/04 R, ya citado).

relativa a la interoperabilidad y les autorizase su utilización en condiciones razonables y no discriminatorias; y que, por otra parte, Microsoft ofreciese una versión totalmente funcional de su sistema operativo Windows para ordenadores clientes que no llevase integrado Windows Media Player. En el referido auto, de una extensión inusitadamente desproporcionada para un examen *prima facie* y sin prejuzgar el fondo del asunto, el enjuiciamiento cautelar giró en torno al *fumus* y al *periculum* de las dos medidas correctoras impuestas en la decisión sancionadora.

En relación con la interoperabilidad, el juez comunitario llega a la conclusión de que existe apariencia de buen derecho una vez examinadas las alegaciones de Microsoft aunque la conclusión precisa se enunció en estos términos: «el juez de medidas provisionales estima que no cabe considerar, en el marco del procedimiento de medidas provisionales, que las alegaciones que Microsoft formula sobre las cuestiones planteadas en el presente asunto carecen, a primera vista, de fundamento, de modo que concurre el requisito relativo al *fumus boni iuris*» (apartado 225); y, aunque en principio sólo en algunos de los supuestos de las alegaciones relativas a la segunda medida correctora de las ventas asociadas ofrecen una apariencia de prosperabilidad del recurso principal, lo cierto es que el juez de medidas cautelares también reconoce en los mismos términos que concurre el *fumus* (apartado 409).

En cambio, en ninguna de las dos medidas correctivas se apreció la existencia del *periculum* o irreversibilidad de los daños por su ejecución inmediata; en cuanto a la interoperabilidad se examinaron los perjuicios vinculados a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial, a la restricción de la libertad comercial y a la evolución de las condiciones del mercado; mientras que en el caso de la medida correctora sobre las ventas asociadas el juez de medidas provisionales hizo girar su argumentación en torno al libre ejercicio de actividades profesionales. En ambos casos también el juez comunitario consideró que el perjuicio irreparable que había sido invocado por Microsoft no había sido probado. De sus razonamientos, el juez comunitario parece inferir implícitamente que cada uno de estos perjuicios alegados podrían por sí solos justificar la adopción de las medidas cautelares; sin embargo, el juez comunitario y respecto del libre ejercicio de actividades profesionales ofreció la siguiente puntualización:

«A este respecto, el juez de medidas provisionales recuerda que, a la luz del principio del libre ejercicio de actividades profesionales, que, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, Rec. p. 3727, apartados 31 a 33, y de 9 de septiembre de 2004, España y Finlandia/Parlamento y Consejo, asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, Rec. p. I-7789, apartado 51) forma parte de

los principios generales del Derecho comunitario, las empresas que operan en el territorio de la Comunidad tienen libertad en principio para elegir la política comercial que consideren adecuada. Ello implica, en particular, que incumbe en principio a cada empresa decidir libremente la naturaleza y las propiedades de los productos que pretende comercializar. Sin embargo, no cabe considerar que una restricción a la política comercial de una empresa constituye siempre para ésta un perjuicio grave e irreparable a efectos de una demanda de medidas provisionales. Por tanto, el carácter eventualmente grave e irreparable de un perjuicio a la libertad comercial de una empresa debe apreciarse en relación con las circunstancias de cada asunto (véase el apartado 292 *supra*)»<sup>43</sup>.

En el auto comentado no existe propia e independientemente una ponderación de los intereses en juego. En este sentido puede considerarse que así como se le ha conferido una importancia argumentativa sin consecuencias prácticas a la concurrencia del *fumus*, en cambio el juez comunitario es particularmente estricto al admitir daños irreparables para la empresa sancionada por el hecho de que se ejecute inmediatamente la Decisión sancionadora de la Comisión. Si bien existe una admisión teórica de los daños que pudiera sufrir Microsoft en el caso de ejecutar inmediatamente las medidas correctivas, finalmente el juez comunitario opta por la vía de no considerar suficientemente probada su irreversibilidad. Hasta el punto de que en algún caso se afirma: «el juez de medidas provisionales no puede considerar acreditado que la Decisión provocará un cambio suficientemente significativo de la política comercial de Microsoft» (apartado 301).

Por lo demás y en casos como el presente resulta obvio que la ponderación de los intereses públicos y privados termine inclinando la balanza a favor de mantener la ejecutividad de la decisión sancionadora. Así pues, los intereses públicos, incluido el esencial de defensa de la competencia, se encarnan en la decisión de la Comisión que impone la multa económica y que establece medidas correctivas o adopta órdenes de cesación; en cambio, los intereses privados, ciertamente muy importantes, girarán en todo caso en torno a la libertad comercial y el ejercicio profesional, la posición de la empresa en la evolución del mercado, la afectación de derechos de propiedad industrial, etc., cuya irreversibilidad debe ser convenientemente probada por la empresa que solicita las medidas provisionales<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> *Ibid.*, apartado 409.

<sup>44</sup> No obstante, la batalla legal entre Microsoft y la Comisión Europea vinculada a la ejecución de la Decisión de 24 de marzo de 2004 continúa ante los Tribunales y así el 2 de octubre de 2006 la empresa norteamericana ha interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso de anulación (T-271/06) contra la Decisión de 10 de noviembre de 2005 de la Comisión por la que le imponía una multa coercitiva de 280,5 millones de euros para el período del 16 de diciembre de 2005 al 20 de junio de 2006 por incumplir la obligación de facilitar la información para la interoperabilidad; previamente, Microsoft había impugnado ante el Tribunal de Primera Instancia (T-313/05) la Decisión de 1 de junio de 2005 en virtud de la cual considera que esta empresa está obligada a permitir la distribución a terceros —no licenciarios—, en formato código fuente, del

Por último, respecto de las medidas cautelares contra la publicidad de las decisiones de la Comisión Europea, la jurisprudencia comunitaria admite sólo teóricamente la suspensión aunque no sea frecuente en la práctica que el juez acceda a ella, dado que, por lo general, en relación con la información sensible, tampoco suele probarse convenientemente la irreparabilidad del daño<sup>45</sup>.

#### **D) El «cambio de circunstancias» y la revisión administrativa y judicial de las medidas cautelares ya adoptadas**

La Comisión Europea goza de amplios poderes en cuanto a la resolución y a la ejecución de los procedimientos sancionadores, por lo que puede acordar con las empresas recurrentes ante los tribunales comunitarios las medidas provisionales solicitadas, lo que dejaría sin objeto el incidente judicial cautelar<sup>46</sup>. Por eso, en el caso de que cambien las circunstancias, los tribunales comunitarios podrían revisar las medidas cautelares adoptadas hasta el punto de que «el juez de medidas provisionales interpreta el “cambio de circunstancias” en el sentido, en particular, de las circunstancias de hecho que puedan modificar la apreciación en el caso concreto del criterio de urgencia. Además, según el Tribunal de Justicia, esa posibilidad corresponde al carácter fundamentalmente revisable en el Derecho comunitario de las medidas concedidas por el juez de medidas provisionales»<sup>47</sup>.

Esta flexibilidad en la revisión permite que las medidas cautelares sean instadas nuevamente por la Comisión Europea o por las empresas sancionadas. En efecto, la solicitud de medidas provisionales puede instarse por cualquiera de las partes, por lo que «con arreglo al art. 108 del Reglamento de Procedimiento, un auto de medidas provisionales podrá ser modificado o revocado en cualquier momento, a instancia de parte, si varían las circunstancias. Llegado el caso, corresponderá a la demandante dirigirse al Tribunal de Primera Instancia en el supuesto de que,

---

software desarrollado por competidores a partir de las especificaciones divulgadas del protocolo Windows, salvo que dicho software incluya una invención que reúna los requisitos pertinentes de novedad e inventiva.

<sup>45</sup> TPICE, auto de 7 de noviembre de 2003, Bank Austria Creditanstalt AG/(Comisión T-198/03 R, *Rec.* p. II -4879).

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, de la sentencia de 29 de noviembre de 2005, Union Pigments/Comisión (T-62/02, ya citada, apartados 20 y 178), se deduce que, después de solicitadas las medidas cautelares, hubo un acuerdo entre las partes en cuanto a la resolución del incidente cautelar comprometiéndose la empresa sancionada a pagar 50.000 euros semestralmente desde el 1 de julio de 2002 de la multa total de 350.000 euros, por lo que, por auto de 1 de julio de 2002, Waardals/Comisión (T-62/02 R), el Tribunal de Primera Instancia archivó el procedimiento sobre medidas provisionales y se reservó la decisión sobre las costas.

<sup>47</sup> TPICE, auto de 21 de enero de 2004, FNCBV/Comisión, ya citado (T-217/03 R, *Rec.* p. II-239, apartado 97).

debido a la evolución de su situación económica como consecuencia, en particular, de la decisión del Tribunal de Arbitraje, quede expuesta al riesgo de sufrir un perjuicio inminente que no pueda esperar a la resolución del procedimiento principal»<sup>48</sup>. Y también en la propia decisión judicial se recoge esta advertencia: «corresponderá pues en su caso a la Comisión dirigirse al Tribunal de Primera Instancia en el supuesto de que estimara que ha tenido lugar un cambio de circunstancias que pueda modificar la presente decisión»<sup>49</sup>.

No obstante, en algún supuesto esta flexibilidad ha derivado en inseguridad jurídica que ha sido constatada por los tribunales comunitarios.

Por lo que se refiere a la solicitud por parte de la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia, en su auto de 17 de febrero de 1995, *Cascades, S. A./Comisión*, constató la delicada situación económica de la empresa a la que se había impuesto la sanción económica, pero también advirtió la plena y continua supervisión de la Comisión Europea de tal modo que «el aplazamiento no sólo del pago de la multa, sino también, durante seis meses, de la constitución del resto de la garantía constituye una facultad excepcional que se otorga a la demandante en su propio beneficio. Por consiguiente, en el caso de que el riesgo de liquidación judicial de ésta antes de constituir el resto de la garantía fuera importante, no podría negarse la necesidad de constituir una garantía eficaz en beneficio del interés público [por lo que] procede ordenar a la demandante que comunique previamente a la Comisión cualquier decisión que pueda afectar sustancialmente a su situación económica o financiera o a su estatuto jurídico»<sup>50</sup>.

También las empresas sancionadas pueden solicitar una modificación de las medidas cautelares. Así lo ha señalado de manera elocuente el auto de 22 de diciembre de 2004, respecto de las medidas correctivas adoptadas frente a Microsoft, y si bien en el referido auto se desestimó la suspensión, el presidente del Tribunal de Primera Instancia apuntó: «Procede señalar que, según el art. 109 del Reglamento de Procedimiento, la desestimación de una demanda de medidas provisionales no impedirá a la parte que la hubiere formulado presentar otra demanda fundada en hechos nuevos. En el presente asunto, no cabe excluir que pueda considerarse un “hecho nuevo” la persistencia de un desacuerdo acerca de determinadas modalidades de ejecución de la decisión. Más

<sup>48</sup> TPICE, auto de 11 de agosto de 1995, *Tsimenta Halkidos AW/Comisión* (T-104/95 R, *Rec.* p. II-2235, apartado 26).

<sup>49</sup> TPICE, auto de 21 de enero de 2004, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)/Comisión*, ya citado (T-217/03 R, *Rec.* p. II-239, apartado 98).

<sup>50</sup> TPICE, auto de 17 de febrero de 1995, *Cascades, S. A./Comisión* (T-308/94 R, *Rec.* p. II-265, apartados 55 y 56).

concretamente, habida cuenta de las referencias contenidas en la apreciación anterior, a las estipulaciones contractuales que pueden justificar la conclusión de que no concurre el requisito relativo a la urgencia (véanse los apartados 268, 273, 285 y 316 *supra*), el rechazo de tales cláusulas de salvaguardia en los acuerdos de licencia que han de concluirse con las empresas indicadas en el art. 5 de la Decisión podría considerarse una modificación de las circunstancias que puede poner en cuestión algunos de los motivos en los que se basa el presente auto»<sup>51</sup>.

En el supuesto de que, después de adoptada la decisión y solicitadas judicialmente las medidas cautelares, la Comisión Europea modifique su decisión inicial, por ejemplo, con el fin de reducir la multa, los tribunales comunitarios, como lo ilustra el auto de 25 de agosto de 1994, Siderúrgica Aristrain Madrid/Comisión, del Tribunal de Primera Instancia, pueden conceder la medida provisional. En este supuesto la Comisión Europea había propuesto rebajar la multa impuesta de tal modo que, como señala el Tribunal comunitario, «procede, por tanto, ordenar la suspensión parcial de la obligación de constituir una fianza, en la medida en que la multa impuesta supera la importancia de la posición que ocupa la demandante dentro del Grupo Aristrain, a la espera de que se clarifique la situación jurídica relativa a la imputación de la multa»<sup>52</sup>.

Por último, es preciso referirse a los límites de la revisión en casación de las medidas cautelares judiciales. A tal efecto los recursos de casación formulados contra los autos del Tribunal de Primera Instancia relativos a la adopción de medidas provisionales limitan el enjuiciamiento del Tribunal de Justicia. Por una parte, el Tribunal de Justicia ha recordado el alcance de la casación, que se extiende a motivos «derivados de la incompetencia del Tribunal de Primera Instancia, de irregularidades del procedimiento ante el mismo que lesionen los intereses de la parte recurrente, así como de la violación del Derecho comunitario por parte de este último»<sup>53</sup>. Y, por otra parte, también ha explicado el Tribunal de Justicia que «el Tribunal de Primera Instancia es el único competente, por una parte, para comprobar los hechos, salvo en el caso de que de los documentos obrantes en autos que se le hayan sometido se desprenda una inexactitud material de sus observaciones y, por otra parte, para apreciar dichos hechos. Por consiguiente, salvo en el supuesto de desnaturalización de los datos que le fueron sometidos, la aprecia-

---

<sup>51</sup> TPICE, auto de 22 de diciembre de 2004, Microsoft/Comisión (T-201/04 R, ya citado, apartado 325).

<sup>52</sup> TPICE, auto de 25 de agosto de 1994, Siderúrgica Aristrain Madrid/Comisión (T-156/94 R, *Rec.* p. II-715, apartado 32).

<sup>53</sup> TJCE, auto de 23 de marzo de 2001, Elektrotechnisch Gebied/Comisión [C-7/01 P(R), *Rec.* p. I-2559, apartado 38].

ción de los hechos no constituye una cuestión de Derecho sujeta como tal al control del Tribunal de Justicia en los recursos de casación»<sup>54</sup>.

### 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LOS TRIBUNALES NACIONALES EN LA REVISIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA EXPERIENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El nuevo régimen de aplicación administrativa descentralizada del Derecho de la competencia en la Unión Europea adoptado en virtud del Reglamento 1/2003 obliga a plantear algunas cuestiones relativas a la aplicación del Derecho comunitario europeo en la revisión que se encomienda a los tribunales nacionales de la potestad sancionadora de las Administraciones nacionales. Por tanto, debe examinarse el efecto que el Derecho comunitario europeo tiene en la aplicación por los jueces de las medidas provisionales. Tal como se indicó, el régimen aplicable de la revisión judicial y de las medidas cautelares es el establecido en cada ordenamiento nacional, sin perjuicio de que tales actuaciones se ajusten a las exigencias del Derecho comunitario europeo<sup>55</sup>.

El Reglamento 1/2003 atribuye a las autoridades de competencia de los Estados miembros la potestad de aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos y, en particular, su art. 5 les confiere la potestad de imponer multas, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional<sup>56</sup>. Obviamente, en el supuesto de ejercicio de esta potestad sancionadora atribuida a las autoridades nacionales, su control jurisdiccional corresponde a los jueces nacionales. No obstante, esta potestad administrativa sancionadora y su control por el juez nacional están sometidos a los principios de efectividad y de equivalencia, en los términos que ha consagrado el Tribunal de Justicia y que también se aplican en materia sancionadora de defensa de la competencia: «ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que

<sup>54</sup> TJCE, auto de 11 de abril de 2002, NDC Health GmbH & Co. KG y NDC Health Corporation/Comisión [C-481/01 P(R)], *Rec. p.* I-3401, apartado 54].

<sup>55</sup> Véase, con carácter general, el estudio de E. ECHANDIANO HERRERA CUEVA, «Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles: Estado de la cuestión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 242, mayo de 2006, pp. 26-50.

<sup>56</sup> F. CANTOS BAQUEDANO y S. SANTOS LORENZO, «Algunas reflexiones prácticas sobre la regulación del procedimiento sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 241, enero-abril de 2006, pp. 46-54.

el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)»<sup>57</sup>. Aplicando precisamente esta jurisprudencia, el abogado general RUIZ-JARABO COLOMER advertía contra los supuestos de una protección cautelar nacional desproporcionada; en este caso la legislación francesa concedía carácter automático al aplazamiento, aunque en el supuesto concreto se refiriese a la falta de ejecución por las autoridades francesas de una decisión de la Comisión sobre una ayuda de Estado concedida a la empresa Scott Paper, S. A.<sup>58</sup>. Y siguiendo este mismo criterio el Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de octubre de 2006 declaró el incumplimiento de Francia como consecuencia de la suspensión automática en vía jurisdiccional de la liquidación realizada con el fin de recuperar las ayudas ilegales<sup>59</sup>.

La potestad del juez nacional en la adopción de medidas cautelares está reforzada por el propio Derecho comunitario que se aplica y, por tanto, por utilizar la misma expresión del Tribunal de Justicia en *Factortame I*, «un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales»<sup>60</sup>. Del mismo modo y por recordar otro de los hitos de la jurisprudencia comunitaria, la protección cautelar de los jueces nacionales fundada en el Derecho comunitario no varía según se impugne la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario o la validez de los actos comunitarios del Derecho derivado en la medida en que, en ambos casos, la impugnación está fundada en el mismo Derecho comunitario<sup>61</sup>. Así pues,

<sup>57</sup> TJCE, sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi (C-295/04 a C-298/04, *Rec. p. I*, apartado 62).

<sup>58</sup> Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER, de 18 de mayo de 2006, Comisión/Francia (C-232/05, *Rec. p. I*, apartados 78 a 81); véase un examen general de esta cuestión en el estudio de P. OLIVER, «Le Règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence», *Cahiers de Droit européen*, núm. 3-4, 2005, pp. 351-394.

<sup>59</sup> TJCE, sentencia de 5 de octubre de 2006, Comisión/Francia (C-232/05, *Rec. p. I*, apartados 51 a 60).

<sup>60</sup> TJCE, sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame* (C-213/89, *Rec. p. I*-2433, apartado 23).

<sup>61</sup> TJCE, sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik Suederdithmarschen* (C-143/88 y C-92/89, *Rec. p. I*-415, apartado 20); así lo ha desarrollado la abogada general Eleanor SHARPTON en su Conclusiones, de 30 de noviembre de 2006, *Unibet (London) Ltd* (C-432/05) en respuesta a una cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sueco. Véase, al respecto, el análisis de M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, «La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 67-108.

la propia regulación comunitaria europea aplicable al nuevo régimen administrativo sancionador confiere a los tribunales nacionales amplias facultades en su respectivo enjuiciamiento de carácter declarativo, de ejecución o meramente cautelar<sup>62</sup>.

Las medidas cautelares de los jueces nacionales en los expedientes sancionadores se refieren a la suspensión de la ejecución de las Resoluciones administrativas que incluyen multas económicas, obligaciones de hacer y no hacer —desde la cesación de la conducta infractora hasta la publicación de la propia resolución administrativa— y multas coercitivas. Por referirse al Derecho y a la práctica en España, conviene recordar, por una parte, que la jurisprudencia ha reconocido que la Administración está habilitada para ejercer un poder de represión de gran alcance<sup>63</sup>; y, por otra parte, es necesario subrayar que, a pesar de la descentralización administrativa del Derecho español de la competencia<sup>64</sup>, la aplicación del Derecho comunitario, incluidas las potestades administrativas sancionadoras, se encomienda a un órgano administrativo estatal: el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>65</sup> y, a partir de 2007, la Comisión

---

<sup>62</sup> Esto no impide atender a las reformas del Derecho interno exigidas expresamente por el Derecho comunitario; véanse, a estos efectos, la importante transformación del Derecho procesal civil español llevada a cabo legislativamente y en aplicación de Reglamentos y Directivas europeas por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006).

<sup>63</sup> Por ejemplo, en la sentencia de 6 de junio de 2006, el Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 3.ª, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat, FJ 4) explica: «Cabe considerar que la legislación sobre defensa de la competencia, que constituye un desarrollo del art. 38 de la Constitución y que pretende disciplinar el libre mercado de modo que los empresarios puedan competir en régimen de igualdad de condiciones, tiene como objeto, según subraya el Tribunal Constitucional en la sentencia 264/1993, de 22 de julio, la ordenación de la libertad de defensa de la competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, que promueve la intervención de los poderes públicos para declarar la nulidad de conductas colusorias o de abusos de posición dominante, en garantía del derecho de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, decisiones o actuaciones atentatorias contra la libertad de competencia que alteren el mercado de producción o distribución de los productos ofrecidos por las empresas, que, a su vez, pueden constituir restricciones en perjuicio de los consumidores cuyos legítimos intereses económicos, así como su seguridad y salud, garantiza el art. 51 de la Constitución».

<sup>64</sup> La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989), en relación con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002), cuyo art. 1.5.d) atribuye al Estado «la aplicación en España de los arts. 81.1 (ex 85.1) y 82 (ex 86) del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el art. 25.c) de la Ley de Defensa de la Competencia».

<sup>65</sup> El Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2004), establece en su art. 1.1: «el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad nacional competente para resolver, incluyendo en su caso la imposición de la correspondiente sanción, los expedientes en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción civil».

Nacional de la Competencia<sup>66</sup>. Dado que hasta el momento no se ha renovado la legislación española para adaptarla a las nuevas exigencias del Reglamento 1/2003 será preciso referirse a la anterior jurisprudencia dictada únicamente en el ámbito del Derecho español de defensa de la competencia y que, *mutatis mutandis*, sería aplicable en los supuestos de que la revisión judicial se refiriese a potestades administrativas de los órganos nacionales derivadas directamente del Derecho comunitario de la competencia.

Las medidas cautelares judiciales en materia de sanciones administrativas se justifican por la previsión del art. 138.3 de la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo común conforme al cual: «la resolución [del procedimiento sancionador] será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa». No obstante, este principio general no ha impedido la aplicación de regímenes especiales sobre la ejecutividad de actos administrativos sancionadores, por ejemplo, tributarios<sup>67</sup>. Conviene, por tanto,

<sup>66</sup> A partir de 2007 y de conformidad con el art. 24.c) y d) del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, de 25 de agosto de 2006, se atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia la función de «aplicar en España los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente [y] el Reglamento 1/2003»; asimismo, el art. 53 de este Proyecto de Ley se refiere al contenido de las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, lo que incluye: «a) La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado. b) La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento [...] c) La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público. d) La imposición de multas. e) El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley. f) Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley».

<sup>67</sup> La doctrina que, en sustancia, mantiene el Tribunal Supremo español, incluso en el ámbito tributario, es que el «potencial mantenimiento de la suspensión acordada en la vía administrativa o económico-administrativa en la posterior vía contencioso-administrativa incoada (si se dan los dos condicionantes del art. 233.8 de la citada LGT 58/2003) conservará su vigencia y eficacia, solamente, hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada (en el mismo recurso contencioso administrativo), sin que pueda determinar e influir directamente en la decisión que, conforme a los criterios establecidos en la LJCA tanto de 1956 como en la 29/1998, adopte, dentro de su competencia, el Tribunal Jurisdiccional»: sentencia de 7 de marzo de 2005 [Sala 3.ª (pleno), recurso núm. 715/1999, ponente: Rouanet Moscardó, FJ 5, *in fine*]. No obstante, tres magistrados, de los 29 que integraron el pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, formularon sendos votos particulares disidentes en los que, por una parte, Enríquez Sancho manifiesta: «los jueces del orden contencioso-administrativo deben conceder la suspensión de la ejecución de las sanciones tributarias sin necesidad de exigir caución alguna al recurrente como criterio general»; por otra parte, a juicio de Campos Sánchez-Bordona: «la suspensión se entendería producida, pues, por el mero hecho de recurrir la sanción tributaria en vía jurisdiccional sin necesidad de cumplir los requisitos comúnmente exigibles (alegación y prueba ante el órgano judicial correspondiente de los perjuicios derivados de la ejecución a fin de evaluar la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso) y, por supuesto, sin necesidad de prestar las garantías a cuya presentación renuncia la propia Hacienda Pública en la vía administrativa»; y, en fin, Garzón Herrero puntualizó: «[si el legislador] en la vía administrativa ha establecido la “suspensión automática” de la sanción tributaria sin necesidad de prestar garantía en contraposición a lo que sucede con la deuda tributaria, considero que el juez contencioso no puede exigir las garantías que la sentencia mayoritaria posibilita, porque de hacerlo quebraría el principio de proporcionalidad al establecer en la vía

recordar los presupuestos para su concesión y el objeto de las mismas, fundamentalmente las multas, las medidas correctivas y la publicación de la resolución sancionadora; así como hacer referencia al alcance de su revisión en casación y la autorización de entrada en domicilio.

### A) Los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares por los tribunales españoles

En vía contencioso-administrativa el Tribunal Supremo ha reconocido una amplia facultad del juez para otorgar todo tipo de medidas cautelares, especialmente a partir de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>68</sup>. No obstante, en este ámbito, el Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina en la que los presupuestos básicos para la concesión de la medida provisional son menos exigentes que ante los tribunales comunitarios, dado que ha perdido, probablemente con razón, peso o incluso ha desaparecido, en determinados tipos de control contencioso-administrativo como el relativo especialmente a las sanciones administrativas, la exigencia del *fumus boni iuris*. En efecto, en el auto de 5 de febrero de 2001, que desestima la adopción de la suspensión de la ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se imponía a la empresa Telealcalá una multa de dos millones de pesetas y el precintado de los equipos correspondientes de la instalación o, en su caso, la incautación de los mismos o clausura de las instalaciones, por infracción de la Ley General de Telecomunicaciones, el Tribunal Supremo considera que son dos los requisitos para adoptar medidas cautelares en la jurisdicción administrativa: «a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso; b), aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al

---

jurisdiccional, y sin razón temporal que justifique el cambio de criterio, un plus de exigencias con respecto a lo requerido en la vía administrativa».

<sup>68</sup> Véanse los estudios de M. BACIGALUPO SAGESSE, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999; P. TESO GAMELLA, «Medidas cautelares y derecho sancionador», *Actualidad Administrativa* 2000, II, Tomo I, p. 59; y F. L. RUIZ PIÑEIRO, *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2001.

de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y *c*), en todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada»<sup>69</sup>.

La impugnación en los tribunales españoles de las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia se acompaña generalmente con la solicitud de adopción de medidas cautelares. Como la imposición de sanciones administrativas derivadas del Derecho comunitario de la competencia se atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia y a partir de 2007 a la Comisión Nacional de la Competencia, el control jurisdiccional de la actuación de ambos órganos administrativos corresponde en primera y única instancia a la Audiencia Nacional y, en casación, es susceptible de revisión por el Tribunal Supremo. En cualquier caso y a modo de principio, ya había advertido el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de junio de 1997 la necesidad de una «reinterpretación constitucional del art. 122 de la Ley de la Jurisdicción, que en aquello que es de interés para el presente recurso ha intentado reflejarse en las líneas precedentes, debe hoy, tras la integración de nuestro país en la actual Unión Europea, adicionarse con algún elemento más; en concreto, en lo que interesa a este recurso, con el siguiente: en aquellos supuestos en que el ordenamiento jurídico a tomar en consideración en el proceso lo sea no solamente el interno sino también el comunitario, las características de éste, y entre ellas, singularmente, el diseño de su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, a cuyo fin se asigna a un mismo órgano jurisdiccional (el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con la ayuda que le presta desde 1989 el Tribunal de Primera Instancia) el monopolio de su interpretación, obliga al juez nacional a tomar en consideración el estado de la jurisprudencia comunitaria en materia cautelar, atendiendo a lo que de ella resulte sobre el método de análisis de la cuestión, sobre las circunstancias a ponderar y su respectiva valoración, y sobre las medidas adoptables»<sup>70</sup>.

El Tribunal Supremo se ha referido al deber de motivación y ha indicado que su núcleo es la urgencia, el *periculum in mora* o la irreparabilidad de los daños que produciría una ejecución inmediata de la resolución administrativa sancionadora<sup>71</sup>; y en mucha menor medida

<sup>69</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), auto de 5 de febrero de 2001 (recurso núm. 1599/2000, ponente: Trujillo Mamely, FJ 2).

<sup>70</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 16 de junio de 1997 (recurso núm. 1633/1995, ponente: Menéndez Pérez, FJ 6).

<sup>71</sup> No obstante, en la práctica de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 6.ª), tal como me ha recordado Mercedes Calvo Pedraz, se suele utilizar este

aludiendo al *fumus*<sup>72</sup>. La práctica de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en la adopción de medidas cautelares frente a sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia puede ilustrarse con varios asuntos relativos a un expediente sancionador contra empresas del sector lácteo. En efecto, el Tribunal Supremo ha explicado su jurisprudencia en varias sentencias que resuelven sendos recursos de casación contra los autos de la Audiencia Nacional que habían denegado la suspensión de la Resolución de 3 de junio de 1997 del Tribunal de Defensa de la Competencia, donde apreciaba la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e imponía a 47 empresas sendas sanciones pecuniarias, así como la obligación de publicarlas en diarios oficiales y en la prensa diaria<sup>73</sup>.

En la sentencia de 23 de febrero de 2000 el Tribunal Supremo hace referencia a la especialidad de cada una de las situaciones que deben ser ponderadas por el tribunal de instancia, lo que no impediría que en unos

---

razonamiento: «en materia de suspensión de la ejecución de las sanciones económicas, el Tribunal Supremo ha señalado en sus resoluciones que no debe partir el juez o Tribunal de un criterio único y absoluto, sino prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido, “lo que implica un relativismo reñido con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos y uniformes”».

<sup>72</sup> En ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 3.ª, sentencia de 6 de marzo de 2006, recurso núm. 4126/2002, ponente: Trujillo Mamely, FJ 4) recuerda: «La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio, no hace referencia explícita a este requisito, pero el mismo debe entenderse implícitamente recogido en el art. 130.1, cuando se refiere a la garantía de efectividad de la finalidad legítima al recurso como presupuesto de las medidas cautelares. Por otra parte, la presencia de este requisito aparece indirectamente reconocido en el art. 132.2 (que, descarta la modificación de las medidas cautelares por el avance en el conocimiento de la cuestión, pero no el examen inicial de la apariencia de buen derecho) y, en un caso particular, en el art. 136.1 (que anuda a la evidencia de que no concurren los presupuestos de inactividad o vía de hecho la improcedencia de la medida cautelar prevista para estos supuestos). En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar. Mientras el ejercicio de la acción no está sujeto a restricción alguna, por imperativo del art. 24 de la Constitución, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, *prima facie* o en apariencia, de su fundamento. Sin embargo, en el juicio conjunto sobre la concurrencia de los requisitos exigibles para adoptar la medida cautelar, la apariencia de buen derecho puede operar también en sentido habilitante de la procedencia de la medida solicitada. Cuando el recurso tiene evidentes posibilidades de prosperar disminuye, en consecuencia, la gravedad de los perjuicios inherentes a la ejecución del acto exigibles para acordar medidas encaminadas a garantizar la efectividad de la sentencia».

<sup>73</sup> La resolución de 3 de junio de 1997 (expediente núm. 352/94, Industrias lácteas) del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia consideró acreditada la realización por 47 empresas del sector lácteo de una práctica restrictiva de la competencia e impuso a estas empresas multas de distinta consideración y ordenó la publicación de su parte dispositiva en el *Boletín Oficial del Estado*, en uno de los diarios de ámbito nacional y en el de mayor circulación de la provincia donde tengan su domicilio. Nótese que la solución definitiva del recurso contencioso-administrativo principal desestimado en la Audiencia Nacional y en casación no llegó hasta las respectivas sentencias adoptadas por el Tribunal Supremo en 2006: véanse, por ejemplo, de la misma Sala 3.ª, Sección 3.ª, sentencia de 20 de junio de 2006 (recurso núm. 9438/2003, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), o sentencia de 4 de julio de 2006 (recurso núm. 772/2004, ponente: González González).

supuestos se accediese a la suspensión y en otros no, como al parecer había decretado la Audiencia Nacional, sin que tal proceder afectase al principio de igualdad, pues, a juicio del Supremo, «[aun cuando] se invoca también que el principio de igualdad ha sido lesionado porque, en relación con el mismo acto impugnado, la propia Sala de instancia ha suspendido la multa impuesta a otras empresas del sector lácteo [s]e olvida la recurrente de que en materia de suspensión no existen criterios generales, sino que ha de examinarse caso por caso la repercusión que en la economía de cada empresa puede producir la sanción, y esta economía, es obvio, que no siempre es igual en todos los supuestos»<sup>74</sup>.

Esta misma sentencia de 23 de febrero de 2000 se refiere a los elementos que deben integrar la ponderación de los intereses en juego y, en particular, a la irreparabilidad del daño en relación con el derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, porque «los derechos fundamentales que consagra el art. 24.1 de la Constitución quedan satisfechos, en la materia ahora concernida, desde el momento en que se posibilita el sometimiento de la pretensión cautelar al conocimiento de los órganos judiciales y se obtiene de éstos una respuesta fundada en Derecho; de tal suerte que aquella satisfacción, en sí misma, no queda subordinada al acierto o desacierto hipotético de la respuesta obtenida. En otras palabras, una vez producida la respuesta fundada en Derecho, el eventual precepto infringido no sería el único que como tal se denuncia en el motivo —art. 24.1 de la Constitución—, sino el que establece el criterio material determinante del acierto o desacierto de la respuesta. Y de otro (aunque esto se añade tan sólo a efectos dialécticos, pues lo antes dicho es suficiente en sede de un recurso de casación para imponer el pronunciamiento desestimatorio), porque el elenco de pretensiones deducibles en el recurso contencioso-administrativo posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada»<sup>75</sup>.

## **B) El objeto de las medidas cautelares: multas, publicidad de la resolución sancionadora y medidas correctivas**

Los presupuestos del *fumus*, el *periculum* y su ponderación, dependen para su aplicación del objeto de las medidas cautelares: las multas, las medidas correctivas, principalmente la orden de cesación en la infracción, y la publicidad de la resolución sancionadora. En todos estos supuestos los tribunales españoles se detienen principalmente en el examen del

<sup>74</sup> TS (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>), sentencia de 23 de febrero de 2000 (recurso 4476/1998, ponente: González González, FJ 2).

<sup>75</sup> *Ibid.*, FJ 3.

*periculum*, de la irreparabilidad del daño, y le dedican una menor atención a la apariencia de buen derecho, considerando implícita en el enjuiciamiento la ponderación de los intereses públicos y privados.

En primer lugar y respecto de la ejecutividad de las multas, en la práctica de los tribunales españoles y a pesar del casuismo inherente al procedimiento cautelar puede observarse una evolución ya a finales de los años noventa en que se pasó de una tradicional proclividad de la Audiencia Nacional a la suspensión cuasi-automática a que ahora se incline por denegar la suspensión y ni siquiera supeditarla a la constitución de una garantía bancaria<sup>76</sup>. En el Derecho español, por tanto y a diferencia de la práctica de la Comisión Europea que en vía administrativa acepta la suspensión condicionándola a la prestación de la garantía bancaria y al pago de los intereses devengados, corresponde al juez la apreciación de la necesidad de suspender la ejecutividad de las multas económicas. En cualquier caso parece prudente pensar que sólo muy excepcionalmente, como por lo demás hace el Tribunal de Primera Instancia, la suspensión cautelar de la multa no esté condicionada por la constitución de una garantía bancaria.

En este sentido, y tal como ha advertido respecto de la irreparabilidad de la ejecución de las sanciones pecuniarias, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 2000: «de un lado, en lo que se refiere a la multa, la recurrente se limita a discrepar de la fijación de un determinado hecho (la causación de daños o perjuicios y su intensidad) que la Sala de instancia lleva a cabo. Se trata, pues, de una distinta apreciación de la parte acerca del alcance y de la reparabilidad de los perjuicios derivados del pago de una determinada cantidad de dinero, en relación con la situación singular de la empresa, extremo sobre el cual aquélla no acepta la conclusión que alcanzó el Tribunal de instancia al afirmar que, vistos unos y otra, tales perjuicios no eran irreparables; discrepancia que se mueve en el plano de la fijación de los hechos y de su valoración y que, en cuanto tal, escapa del ámbito de enjuiciamiento que es propio de este recurso de casación»<sup>77</sup>.

En segundo lugar, la pretensión de que se suspenda provisionalmente la publicación de la resolución sancionadora suele ser desestimada por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo<sup>78</sup>. A tal efecto, suele

<sup>76</sup> Así lo explican S. MARTÍNEZ LAGE y R. ALLENDESALAZAR CORCHO, «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho público (III): Derecho de la competencia e intervención administrativa en la actividad económica», *ob. cit.*, pp. 305-306.

<sup>77</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 23 de marzo de 2000 (recurso 4498/1998, ponente: Campos Sánchez-Bordona, FJ 4).

<sup>78</sup> También S. MARTÍNEZ LAGE y R. ALLENDESALAZAR CORCHO, *ibidem*, pp. 306-308, reiteran la evolución desde una jurisprudencia más abierta a la suspensión hacia una postura más restrictiva.

ser habitual que por parte de la Audiencia Nacional se subraye a tal efecto «que debe prevalecer el interés público para general conocimiento del público de unas prácticas realizadas por las titulares del medio de transporte fundamental para el paso del Estrecho y la constancia de que tales prácticas han sido consideradas contrarias a Derecho por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y ello con independencia de que, si el recurso contencioso-administrativo prospera, la futura sentencia estimatoria obtuviese una publicidad similar»<sup>79</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo reitera, en todas las sentencias referidas a la suspensión de la resolución sancionadora contra las empresas lácteas, que «para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública; y, también, que el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que puede ocasionarse a la empresa con la publicación, el cual, en cualquier caso, sería reparable si obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria»<sup>80</sup>.

Este criterio ha sido confirmado reiteradamente por el Tribunal Supremo en casación. En efecto, tal como resulta de la sentencia de 16 de mayo de 2006 del Tribunal Supremo que desestimaba el recurso de casación del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Extremadura contra los autos de la Audiencia Nacional que denegaban la suspensión de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto se refería a su publicidad:

«Esta Sala ha desestimado recursos de casación análogos al presente, basados todos ellos en la supuesta infracción de los mismos preceptos legales y constitucionales que se imputa a la Sala de instancia por no suspender otras tantas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenaban la publicación de su parte dispositiva en el *Boletín Oficial del Estado* y en dos diarios de máxima difusión. Las recientes sentencias de 20 de enero (recursos de casación 417 y 798/1998), 30 de enero (recurso de casación 1099/1998), 1 de febrero (recurso de casación 194/1998), 23 de febrero (recurso de casación 4476/1998), 15 de marzo (recursos de casación 4478 y 4479/1998), 27 de marzo (recurso de casación 4506/1998), 12 de junio (recurso de casación 9898/1998) y 25 de sep-

---

<sup>79</sup> AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, ponente: Pedraz Calvo), auto que deniega la suspensión de la ejecución, salvo en lo que se refiere a la multa de 300.000 euros, siempre y cuando se garantice con aval bancario, del Acuerdo de 26 de mayo de 2004 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

<sup>80</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª) sentencia de 15 de febrero de 2000 (recurso 1873/1998, ponente: Menéndez Pérez, FJ 2); y en los mismos términos la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso núm. 6128/1998, ponente: Trujillo Mamely, FJ 3).

tiembre de 2000 (recurso de casación 9899/1998), así como la 31 de enero de 2001 (recurso de casación 9903/1998), son reflejo de una jurisprudencia consolidada contraria a la tesis de la recurrente.

En el concreto daño que alega relativo a su imagen, cabe entender que su reparación es posible mediante la publicación de la sentencia que, en su caso, le fuere favorable, pues como se ha dicho por esta Sala en su sentencia de 22 de febrero de 2000, “los derechos fundamentales que consagra el art. 24.1 de la Constitución quedan satisfechos, en la materia ahora concernida, desde el momento en que se posibilita el sometimiento de la pretensión cautelar al conocimiento de los órganos judiciales y se obtiene de éstos una respuesta fundada en Derecho; de tal suerte que aquella satisfacción, en sí misma, no queda subordinada al acierto o desacierto hipotético de la respuesta obtenida”<sup>81</sup>.

En términos similares se han pronunciado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo reiterando «que la pérdida de prestigio comercial es discutible en un mercado como el petrolero» y denegando, en consecuencia, la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenaba la publicidad en el *Boletín Oficial* y en dos diarios de difusión nacional<sup>82</sup>.

Esto no impide, como juiciosamente recuerda el propio Tribunal Supremo, que «no obstante el citado interés público, en algunos casos podrá accederse a suspender la publicación oficialmente decretada si una razonable ponderación entre aquél y los perjuicios derivados de la ejecución inmediata determina que el balance sea favorable a la medida cautelar, ante la gravedad de estos últimos perjuicios y su irreversibilidad. Ponderación que, a su vez, debe ir precedida de un examen singular de las características de cada supuesto que incluirá, entre otras, la relativa a la naturaleza del hecho sancionado, la gravedad de la imputación, las repercusiones sobre la imagen externa de la empresa, la situación financiera de ésta, el coste de la publicación y otras de signo análogo»<sup>83</sup>.

En sintonía con tal doctrina, la Audiencia Nacional ha considerado que la denegación de la suspensión de publicación de la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia no le impide exigir que la publicidad advierta de que la resolución administrativa sancionadora está sometida a revisión judicial.

<sup>81</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 16 de mayo de 2006 (recurso 8962/2003, ponente: Trujillo Mamely, FJ 3); nótese que esta última sentencia es una reproducción de la sentencia de 14 de noviembre de 2002 (recurso núm. 8351/1999, ponente: Campos Sánchez-Bordona, FJ 6); y ésta de la anterior sentencia de 2 de marzo de 2001 (recurso núm. 1050/1999, ponente: Campos Sánchez-Bordona, FJ 3).

<sup>82</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 20 de febrero de 2006 (recurso núm. 6944/2003, ponente: Trujillo Mamely, FJ 5).

<sup>83</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª) sentencia de 28 de marzo de 2006 (recurso núm. 2872/2004, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat, FJ 5).

En cuanto a las medidas correctoras contenidas en una resolución sancionadora su enjuiciamiento por el juez de medidas cautelares exige los mismos presupuestos. Inicialmente la Audiencia Nacional, con la aquiescencia del Tribunal Supremo, había consagrado una práctica conforme a la cual suspendía cautelarmente la orden de cesación; sin embargo, en estos momentos la situación resulta mucho más matizada y, aplicando la ponderación de intereses y la prevalencia del interés público, puede considerarse que es proclive a la ejecutividad de la orden de cesación.

En efecto y en la primera década de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, la Audiencia Nacional suspendía cautelarmente las órdenes del Tribunal de Defensa de la competencia de poner término a un contrato de cesión plurianual de imágenes de fútbol, permitía que unas empresas marítimas continuasen operando bajo un régimen de conferencia marítima cuya autorización había sido denegada y autorizaba provisionalmente a un antiguo monopolista no suministrar a sus competidores contra lo ordenado cautelarmente por el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>84</sup>. En este mismo sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de junio de 1997 confirmaba la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Nacional en una sentencia que había suspendido la ejecutividad de una resolución sancionadora en cuanto se refería a la orden del Tribunal de Defensa de la Competencia de cese de unas «prácticas prohibidas» imputadas a la Liga nacional de fútbol profesional y las televisiones autonómicas, hasta el momento en que se adoptase sentencia definitiva. Aun cuando el Tribunal Supremo se inspiró en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, utilizó la vía abierta por el Derecho comunitario europeo y consideró: «la ponderación de los intereses contrapuestos también mencionados en ese fundamento, sin tacha de irrazonabilidad, se descubren en la línea argumental del auto recurrido en casación. Es más, enlazando ahora con lo que se dijo en el fundamento de derecho sexto, la apreciación de aquel presupuesto y la razonabilidad de la ponderación guardan, en un caso como el de autos, congruencia con el sentido general de la jurisprudencia comunitaria en supuestos semejantes, pues en casos de Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aprecia con frecuencia la concurrencia de perjuicios graves e irreparables justificadores de la adopción de medidas cautelares, toda vez que la ejecución inmediata de decisiones de esa naturaleza, poniendo fin a los acuerdos o prácticas perseguidas, es naturalmente susceptible

---

<sup>84</sup> Autos de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 1994, de 18 de abril de 1994 y de 21 de enero de 1998; tal como han sido comentados por S. MARTÍNEZ LAGE y R. ALLENDESALAZAR CORCHO, «La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho público (III): Derecho de la competencia e intervención administrativa en la actividad económica», *ob. cit.*, p. 309.

de provocar una modificación de la estructura del mercado o de las relaciones existentes entre los diferentes participantes, de tal modo que una vuelta atrás en caso de anulación resultaría imposible, privando así a la sentencia final, en tal caso, de todo efecto útil»<sup>85</sup>.

Ahora bien, en el caso de estas medidas y atendiendo, nuevamente, a la práctica desarrollada por la Audiencia Nacional más recientemente, no es fácil que sean suspendidas bien porque sean objeto de otro expediente administrativo o porque, simplemente, la ponderación de los intereses públicos y privados inclinan la balanza en favor de la ejecutividad de la resolución sancionadora. Por decirlo con mejores palabras de la Audiencia Nacional:

«La actora sostiene que la intimación de cese del sistema de intercambio de billetes, espacios de carga y coordinación de horarios le ocasiona un daño irreparable con perjuicio grave para los usuarios.

Como recuerda el abogado del Estado estas cuestiones son objeto de un expediente de autorización singular, y la suspensión pretendida equivaldría de este modo a la adopción de esa autorización singular en un procedimiento ajeno al previsto por la ley. La resolución recurrida sanciona la aplicación unitaria de tarifas en materia de transporte de carga y es el interés más necesitado de protección el público que exige que cesen de inmediato acuerdo que al menos indiciariamente ponen en peligro el bien público constitucional de la libre competencia»<sup>86</sup>.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo ha confirmado los autos de la Audiencia Nacional denegando la suspensión de las medidas correctoras impuestas. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto de la solicitud de medidas cautelares de una empresa petrolífera contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que, además de declarar que había incurrido en una conducta prohibida y de imponerle una multa de 500 millones de pesetas, le exigía el cese en la fijación de precios en las relaciones con estaciones de servicio y la publicidad de la decisión, lo que fue desestimado por la Audiencia Nacional y confirmado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de julio de 2005 en estos términos:

«Puede comprobarse, en efecto, que la Sala de instancia ha rechazado que la ejecución de la intimación sobre la fijación de los precios de los combustibles vaya a originar de forma inevitable un alza de los precios desencadenante de una espiral inflacionaria. Entiende por el contrario la Sala que bien pudiera ocurrir lo contrario, un descenso de dichos precios porque así lo decidieran libre-

<sup>85</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 16 de junio de 1997 (recurso núm. 1633/1995, ponente: Menéndez Pérez, FJ 7).

<sup>86</sup> AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, ponente: Pedraz Calvo), auto que deniega la suspensión de la ejecución, salvo en lo que se refiere a la multa de 300.000 euros, siempre y cuando se garantice con aval bancario, del Acuerdo de 26 de mayo de 2004 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

mente las gasolineras afectadas, así como que, previsiblemente, la ejecución de la intimación supondría más bien un incremento de la competitividad en el sector. En cuanto a la ejecución de la publicación de la parte dispositiva de la resolución sancionadora, la Sala de instancia recuerda el criterio de la relevancia de la transparencia informativa en materia económica, que esta Sala de casación ha aplicado asimismo en supuestos análogos de sanciones de carácter económico. Finalmente, la suspensión de la sanción de multa es rechazada al descartar que su aplicación suponga, pese a su cuantía, unos daños económicos irreparables para la entidad mercantil sancionada (que es la empresa matriz), habida cuenta de la capacidad económica de la misma. Tales apreciaciones son plenamente aceptables sin que puedan ser tachadas de arbitrarias o irrazonables, por lo que no procede la revisión de la ponderación de intereses efectuada por la Sala de instancia»<sup>87</sup>.

En parecidos términos, la sentencia de 20 de febrero de 2006 del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación formulado contra los autos de 17 de marzo y 20 de mayo de 2003, de la Audiencia Nacional que, si bien accedían, condicionándolo a la prestación de un aval bancario, a la suspensión de las dos multas de 1.200.000 y 300.000 euros impuestas a una empresa petrolífera, la denegaban respecto de los demás acuerdos —de publicidad de la resolución y de intimación para cesar en la conducta declarada prohibida— contenidos en la Resolución de 21 de octubre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, basándose, como ya señalaba la Audiencia Nacional, en «la prevalencia del interés público concurrente»<sup>88</sup>.

Debe notarse, nuevamente, que el cambio de orientación de la jurisprudencia se basa en una atención más intensa a los intereses públicos, que en el procedimiento administrativo sancionador resultan obvios, respecto de los intereses de las empresas. En este sentido debe considerarse que la solicitud de medidas cautelares judiciales contra la adopción de medidas provisionales cautelares del Tribunal de Defensa de la Competencia debe examinarse confiando al órgano administrativo un amplio margen de discrecionalidad que tenga en cuenta el interés público concurrente y que sólo en supuestos excepcionales, vinculados generalmente a la apariencia de buen derecho del procedimiento administrativo sancionador que no ha concluido, pueden ser anuladas tales medidas administrativas cautelares por el órgano jurisdiccional revisor, por la Audiencia Nacional.

Así pues y sin perjuicio de la imposibilidad de hacer generalizaciones en un ámbito tan propicio a la casuística como éste, cabe observar

---

<sup>87</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 13 de julio de 2005 (recurso núm. 4160/2002, ponente: Espín Templado, FJ 4).

<sup>88</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 20 de febrero de 2006 (recurso núm. 6944/2003, ponente: Trujillo Mamely).

cómo es la Audiencia Nacional en el ejercicio de la tutela cautelar, seguida por lo general en esta práctica por el Tribunal Supremo, la que ha evolucionado en los tres supuestos, de multas, publicación de la resolución sancionadora y medidas correctivas, hacia una posición más reacia a acceder a las medidas provisionales y más cercana a conceder un peso determinante a los intereses públicos en juego. Evolución que, por lo demás, aprecia como paralela, en cierta medida, a la actitud de los tribunales comunitarios respecto de las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea en materia de competencia.

Por último, es preciso recordar que la solicitud de medidas cautelares judiciales contra las medidas cautelares administrativas adoptadas durante la instrucción del procedimiento sancionador o contra las multas coercitivas impuestas para la ejecución administrativa forzosa de la resolución sancionadora no supone una habilitación de los tribunales para entorpecer el desarrollo de sendos procedimientos administrativos. Por tanto, sólo de manera excepcional y limitando su enjuiciamiento a cuestiones de carácter esencialmente procedimental podrán los tribunales españoles, en sintonía con lo recordado respecto de la práctica judicial comunitaria, adoptar medidas cautelares, en este caso de suspensión de tales actos administrativos cautelares o de ejecución forzosa.

En definitiva, los tribunales españoles siguen el mismo esquema argumental que la jurisprudencia comunitaria reconociendo como presupuestos de las medidas cautelares el *fumus*, el *periculum* y la ponderación de los intereses, aunque actuando con mayor o menor intensidad en unos y otros según el objeto de las medidas: la multa, la publicidad de la resolución sancionadora o las medidas correctoras.

### **C) La revisión de medidas cautelares judiciales: la pérdida de objeto de las medidas cautelares y la casación**

Las resoluciones administrativas que ponen fin al procedimiento sancionador o que se adoptan para la ejecución forzosa de los actos administrativos quedan sometidas al control jurisdiccional y a la eventual adopción de medidas cautelares judiciales contra las multas, las multas coercitivas y cualesquiera otras exigencias administrativas. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre ante los tribunales comunitarios no es muy frecuente que ante los tribunales españoles se pida la revisión de medidas cautelares ya decretadas por el juez. Sin embargo, esta situación podría cambiar en la medida en que, de acuerdo con las previsiones del Reglamento 1/2003, a la Comisión Nacional de la Competencia el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia le atribuye en materia

administrativa sancionadora un amplio margen después de la imposición de multas para declarar su exención (art. 65) o para reducirlas (art. 66). Estos cambios legislativos aconsejan, asimismo, adoptar la misma flexibilidad que ya observamos en la jurisprudencia comunitaria en la adopción y en la revisión de las medidas cautelares judiciales.

Por otra parte, la impugnación de la denegación de las medidas cautelares judiciales ofrece unos límites al enjuiciamiento especialmente si, como ocurre en España, la revisión judicial es en única instancia ante la Audiencia Nacional y sólo cabe recurso de casación. Del mismo modo, el recurso ante un tribunal superior de la desestimación de las medidas cautelares pierde su razón de ser una vez que el tribunal de instancia decide sobre el litigio principal, por lo que la vía apropiada en este caso ya no serían las medidas cautelares sino la ejecución provisional de la sentencia.

El recurso de casación contra los autos de la Audiencia Nacional sobre medidas cautelares frente a sanciones en defensa de la competencia tiene un alcance limitado, especialmente en cuanto se refiere al enjuiciamiento de los hechos. Así se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no puede «en casación sustituir el juicio ponderativo practicado en la instancia como si de un recurso directo ante nosotros se tratase, puesto que rige aquí también la naturaleza propia del recurso de casación como recurso extraordinario encaminado exclusivamente a la revisión de la aplicación e interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, y no a la revisión de los hechos declarados probados o de las apreciaciones de hecho efectuadas en la instancia, como sin duda lo son las ponderaciones de intereses que necesariamente han de efectuarse en un incidente de suspensión»; y a continuación el propio Tribunal Supremo explica el alcance de su enjuiciamiento que, en sustancia, se limita a «verificar que dicha respuesta [de la Audiencia Nacional] ha sido una respuesta motivada, razonable y no arbitraria, que no incurre en error manifiesto»<sup>89</sup>.

Así pues, es importante subrayar la autolimitación que se impone el Tribunal Supremo en la revisión que procede en casación de las medidas cautelares adoptadas por la Audiencia Nacional, tal como explícitamente se recoge en la sentencia de 20 de febrero de 2006, conforme a la cual:

«Una vez comprobado que la Sala de instancia ha dado respuesta a la solicitud de suspensión aplicando los criterios recogidos en el precepto legal que se aduce, debemos limitarnos en sede de casación a verificar que dicha respuesta

---

<sup>89</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 13 de julio de 2005 (recurso núm. 4160/2002, ponente: Espín Templado, FJ 4).

ha sido una respuesta motivada, razonable y no arbitraria, y que no incurre en error manifiesto, ya que no podemos sustituir el juicio ponderativo practicado en la instancia como si de un recurso directo se tratase, toda vez que rige aquí también la naturaleza propia del recurso de casación como recurso extraordinario encaminado exclusivamente a la revisión de la aplicación e interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, y no a la revisión de los hechos declarados probados o de las apreciaciones de hecho efectuadas en la instancia, como sin duda lo son las ponderaciones de intereses que necesariamente han de efectuarse en un incidente de suspensión. Pues bien, no se puede negar tal carácter a los autos impugnados porque en ellos la Sala de instancia ha respondido con toda amplitud y detalle a las argumentaciones de la recurrente, sin que quepa confundir la lógica discrepancia que ésta manifiesta con los criterios acogidos por la Sala con la censura de que la respuesta judicial no sea motivada y razonable»<sup>90</sup>.

Por lo que se refiere a la pérdida de objeto de un recurso de casación contra la denegación de medidas cautelares judiciales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterada y clara, por lo que también se aplica en los incidentes cautelares relativos a sanciones en defensa de la competencia.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo lo ha señalado en su auto de 28 de junio de 2004 relativo a la suspensión de la resolución sancionadora consistente en la obligación de suministro, la publicación de la resolución y la imposición de las multas coercitivas adoptada contra Tabacalera (Altadis) por la comisión de una conducta abusiva de posición de dominio consistente en la negativa de suministro a Maclane de labores de tabaco. La solicitud de suspensión ante la Audiencia Nacional fue desestimada por auto de 8 de julio de 2002 que fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo; no obstante, antes de que el Tribunal Supremo dictase el auto la Audiencia Nacional había resuelto el recurso principal por sentencia de 5 de noviembre de 2003, por lo que al resolver la casación contra el auto de la Audiencia el Tribunal Supremo consideró que «en materia de medidas cautelares el recurso de casación carece de objeto cuando en el asunto principal el Tribunal de instancia ha dictado sentencia, sea estimatoria o desestimatoria del recurso [...] Y es que recaída dicha sentencia, no puede ya discutirse en vía cautelar la procedencia o improcedencia de la suspensión, pues las cuestiones atinentes a la ejecución del acto o disposición impugnado deben resolverse acudiendo a lo ordenado en el fallo; ya que, conforme al art. 98.1 de la Ley Jurisdiccional, la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida [dado que] tratándose de sentencia desestimatoria del recurso, existiría además una apariencia de buen

<sup>90</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), sentencia de 20 de febrero de 2006 (recurso núm. 6944/2003, ponente: Trujillo Mamely, FJ 5).

derecho apreciada por la Sala de instancia en favor de la legalidad del acto, que llevaría incluso a rechazar la medida cautelar solicitada»<sup>91</sup>.

#### **D) La autorización de entrada en domicilio y los procedimientos administrativos sancionadores y de la Comisión Europea**

Por su relación con las medidas cautelares, es preciso referirse a la autorización judicial de entrada en domicilio en los procedimientos sancionadores instruidos por la Comisión Europea y por las autoridades administrativas nacionales.

Los jueces nacionales deben auxiliar a la Comisión Europea en la instrucción de un procedimiento sancionador de defensa de la competencia en la medida en que ésta requiera la autorización judicial de entrada en domicilio. Así se deduce del art. 20.8 del Reglamento 1/2003<sup>92</sup> y a tal requisito se refiere la Comisión Europea en su *Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales* donde se establecen los criterios que seguirá y el alcance que, a juicio de la Comisión Europea, tiene el control judicial<sup>93</sup>. Aun cuando propiamente no sea preciso que el juez nacional siga estos criterios a la hora de autorizar la entrada en domicilio que se le requiera por la auto-

<sup>91</sup> TS (Sala 3.ª, Sección 3.ª), auto de 28 de junio de 2004 (recurso núm. 7184/2002, ponente González González, FJ 2). Esta doctrina jurisprudencial se aplica en otros ámbitos, como se observa en la sentencia de 14 de octubre de 1999 del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 3.ª, recurso núm. 9415/1997, ponente: Campos Sánchez-Bordona, FJ 3).

<sup>92</sup> El art. 20.8 del Reglamento 1/2003 establece: «Cuando se solicite el mandamiento contemplado en el apartado 7, el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y de que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. Cuando verifique la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas, el juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de la competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas referentes en particular a los motivos que tenga la Comisión para sospechar que se han infringido los arts. 81 y 82 del Tratado, así como sobre la gravedad de la presunta infracción y la naturaleza de la participación de la empresa de que se trate. Sin embargo, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión».

<sup>93</sup> Comisión Europea, *Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE* (DOUE núm. C 101, de 27 de abril de 2004, p. 54, apartado 39): «Por lo que se refiere a la inspección en los locales de la empresa, la legislación nacional podrá exigir un mandamiento judicial que permita que la autoridad nacional competente preste asistencia a la Comisión en caso de oposición de la empresa inspeccionada. Este mandamiento también podrá solicitarse como medida preventiva. Al pronunciarse respecto a la solicitud, el órgano jurisdiccional nacional está facultado para controlar que la decisión de inspección de la Comisión es auténtica y que las medidas cautelares previstas no son arbitrarias ni desproporcionadas habida cuenta del objeto de la inspección. Al controlar la proporcionalidad de las medidas cautelares, el juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas referentes, en particular, a los motivos de la Comisión para sospechar que se han infringido los arts. 81 y 82 CE, así como a la gravedad de la presunta infracción y a la naturaleza de la participación de la empresa de que se trate».

ridad de competencia nacional, no hay duda de que se tendrán en cuenta. En este sentido, tales previsiones están en consonancia con la jurisprudencia que al efecto ha desarrollado la jurisprudencia española.

No obstante, en España no resulta en estos momentos clara la competencia judicial para la autorización de entrada tanto de la Comisión Europea como de las autoridades administrativas españolas de defensa de la competencia dada la atribución genérica a los Juzgados de lo Mercantil de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>94</sup>. Por esa razón, en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia se recoge una propuesta de modificar la redacción del art. 86 ter.2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual y, por una parte, «los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley»; pero también, por otra parte y para que no quede duda, se hace una atribución expresa a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para la autorización de entrada que, de un modo amplio, supone la nueva redacción del art. 8.3.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuyéndoles «las autorizaciones de los actos de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia siempre que impliquen restricción de derechos fundamentales y que la empresa o asociación de empresas se opusiera a su ejecución, o existiese riesgo de tal oposición».

#### 4. CONCLUSIÓN

El control judicial de las resoluciones sancionadoras de defensa de la competencia y la adopción de medidas cautelares judiciales están arraigados fuertemente en el derecho a la tutela judicial efectiva —tal como queda consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (art. II-107 de la Constitución europea) y en los términos en que resulta aplicable de acuerdo con lo previsto en el apartado 37 del preámbulo del Reglamento 1/2003—. Esto significa que tanto los jueces comunitarios como los jueces nacionales que aplican el Derecho de la Unión no pueden conceptuarse como instancias meramente revisoras de la actuación de la Comisión Europea o de las autoridades administrativas nacionales de la competencia, dado que en el ejercicio de un pleno control jurisdiccional gozan de un amplio poder discrecional vinculado a la protección de un derecho fundamental.

---

<sup>94</sup> Véanse, por ejemplo, las consideraciones de J. L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, R. GIMENO-BAYÓN COBO y L. RODRÍGUEZ VEGA, «Coordinación entre los tribunales y la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE», en *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004, Madrid, 2005, p. 215, que, a pesar de las dudas, se inclinan por sostener el principio de especialidad y atribuir la competencia a los Juzgados Mercantiles en detrimento de los Contencioso-Administrativos.

La doble vía de imposición de sanciones por infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia y, consiguientemente, el control judicial dual, ante los tribunales comunitarios y nacionales, podrían, ciertamente, producir aplicaciones divergentes. Sin embargo, lo más probable es que el Derecho de la Unión y los Derechos nacionales terminen convergiendo convenientemente. En este sentido es visible el efecto paulatino de cohesión que está teniendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia comunitaria y de los tribunales nacionales, pues, parafraseando al mismo Tribunal de Justicia, el juez «comunitario» debe tener en cuenta, al interpretar los derechos fundamentales, los nuevos desarrollos experimentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>95</sup>.

Asimismo, las exigencias del Derecho de la Unión a los tribunales nacionales, en la adopción de medidas cautelares en la revisión de sanciones administrativas, se basan tanto en la efectividad como en la equivalencia de las medidas cautelares judiciales frente a las sanciones de defensa de la competencia impuestas por las autoridades nacionales. A tal efecto los tribunales comunitarios y españoles estructuran, más o menos explícitamente, su argumentación en torno a los presupuestos tradicionales del *fumus*, el *periculum* y la ponderación de intereses; sin embargo, el objeto preciso de las medidas provisionales, sean multas, medidas correctivas o la publicidad de la decisión o de la resolución sancionadora, determina el mayor o menor énfasis en cada uno de los presupuestos y apunta hacia la mayor o menor facilidad para la prosperabilidad de la medida cautelar solicitada.

En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la experiencia de la Audiencia Nacional en la aplicación del Derecho nacional de la competencia resultan en la práctica equiparables a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. No obstante, se ha desarrollado una doctrina que, sin ser contraria al Derecho europeo, presenta particularidades estimables.

En efecto y en primer lugar, no cabe sostener por el momento en la práctica administrativa española ni en su jurisprudencia una suspensión automática de las resoluciones administrativas sancionadoras en materia de libre competencia, como se propugnó en materia tributaria, ni siquiera cuando el sancionado ofrece la constitución de una garantía financiera. Se trata de una divergencia con la práctica administrativa de la Comisión Europea que debe ser armonizada convenientemente por las autoridades administrativas de la competencia, de manera que no haya

---

<sup>95</sup> TJCE, sentencia de 29 de junio de 2006, SGL Carbon AG y otros/Comisión (C-301/04 P, Rec. p. I, apartado 43).

distorsiones en la aplicación administrativa del Derecho de la competencia. En cuanto a la actuación judicial, la suspensión de la multa o simplemente la suspensión excepcional de la garantía bancaria —que por ejemplo impone sistemáticamente la Comisión Europea—, requerirán el examen judicial habitual.

En segundo lugar, el presupuesto de la urgencia, o irreparabilidad del daño o *periculum in mora*, es probablemente el elemento decisivo en la resolución de las medidas cautelares judiciales contra resoluciones administrativas sancionadoras y en especial cuando su objeto es únicamente la multa económica. No obstante y de manera complementaria, este presupuesto de la irreparabilidad está matizado por la ponderación de los intereses públicos y privados como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la publicación de los actos administrativos sancionadores, pero también respecto de las medidas provisionales solicitadas contra las medidas correctivas contenidas en la resolución sancionadora. De modo que en la tradición contencioso-administrativa española el enjuiciamiento dentro de la pieza separada de medidas cautelares impide, propiamente, que se prejuzgue el fondo del asunto, por lo que el presupuesto del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, especialmente en materia de revisión de actos administrativos sancionadores, no es decisivo, como lo pudiera ser en otros ámbitos del control contencioso-administrativo o, como resulta obvio, cuando se ventilan litigios entre particulares ante la jurisdicción civil. En cambio, es decisiva la irreparabilidad de los perjuicios que deriven de una ejecución inmediata de la resolución sancionadora, en cuanto se refiere a la exención de la fianza bancaria, de la publicidad o de las medidas correctoras.

En tercer lugar, el incidente cautelar contra sanciones en defensa de la competencia ante los tribunales comunitarios y ante los tribunales nacionales es un procedimiento judicial que exige de la parte recurrente un esfuerzo de argumentación y, sobre todo, de prueba en términos similares, *mutatis mutandis*, a los desplegados en el recurso principal. El tribunal sólo accederá a las medidas cautelares solicitadas contra las multas, las medidas correctivas o la publicación de la resolución sancionadora, si se fundamentan jurídicamente y si se justifica, mediante la pertinente prueba, lo alegado. Precisamente este esfuerzo probatorio y de argumentación debe extremarse en primera instancia dados los límites estrictos que impone la revisión en casación.

En fin, las medidas cautelares judiciales cuando son impugnadas en casación dejan de tener efecto una vez que se ha adoptado la sentencia en instancia, en cuyo caso el problema procesal planteado ya no es el cautelar sino el de la ejecución provisional de la sentencia definitiva pero no firme.