

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

Las medidas cautelares en el Derecho de Competencia en el Ecuador

María Laura de Veintemilla Álvarez

**Mario Navarrete Serrano LL.M.
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito
para la obtención del título de Master en Derecho de Empresa

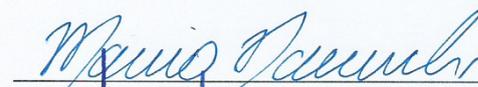
Quito D.M., diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**Colegio de Postgrados****HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

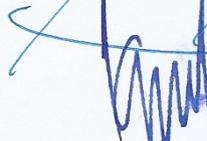
Las medidas cautelares en el Derecho de Competencia en el Ecuador

María Laura de Veintemilla Álvarez

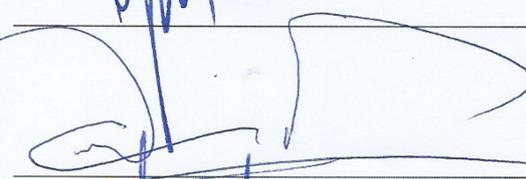
Mario Navarrete, M.A.
Director de Tesis y Miembro del Comité de Tesis



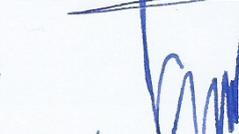
Vladimir Villalba, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



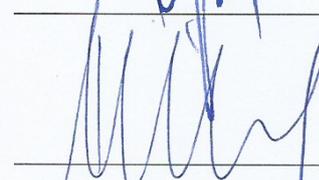
Oswaldo Santos, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



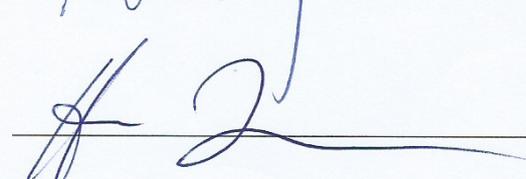
Vladimir Villalba, M.A.
Director de la Maestría en Derecho de Empresa



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 10 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO ESCRITO TESINA

1. TESINA/TÍTULO

Las medidas cautelares en el Derecho de competencia en el Ecuador

2. ALUMNA

María Laura de Veintemilla Álvarez

3. EVALUACIÓN

Por solicitud de María Laura, he dirigido el presente trabajo de titulación de posgrado que se presentará como requisito para la obtención del título de Master de Derecho de Empresa. A continuación explico los motivos por los que considero al trabajo suficiente para otorgar el título de Master a la alumna.

a. Importancia del problema planteado

Desde la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado¹ y la creación de la Superintendencia, la gran mayoría de aproximaciones académicas partían de la premisa que, al ser el Derecho de competencia una rama naciente en el país, la labor de los comentarios era describir los distintos sistemas de aplicación en diferentes jurisdicciones, aventurándose únicamente a sugerir cuál debía ser adoptado por la Superintendencia.

Si bien es cierto que todavía el Derecho de competencia no está consolidado en Ecuador, que existen vacíos legales que no han sido salvados de manera uniforme y que los principios de aplicación no siempre son predecibles, los comentarios académicos y artículos de investigación deben superar la etapa formativa del Derecho de competencia y comenzar a construir sobre las decisiones de la Superintendencia. Es hora de avanzar el análisis y centrarlo en las decisiones del regulador ecuatoriano, buscando generar una masa crítica de interés y comentarios que colaboren en su perfeccionamiento. El problema se aborda en el trabajo justamente desde una perspectiva profunda, que no se limita a un análisis descriptivo

¹ Publicada hace más de cinco años, en octubre de 2011.

El problema tratado es de importancia fundamental. Las medidas cautelares² sirven el propósito general de asegurar que el ejercicio de un derecho (o la existencia de un bien, corporal o jurídico) sea moral o físicamente posible al momento en que se dicta la sentencia definitiva; es decir, que el tiempo que transcurre entre el inicio de un proceso y su finalización, no ponga en entredicho la efectividad de la decisión. El Derecho de competencia ecuatoriano prevé el otorgamiento de este tipo de medidas, sin embargo, de las pocas decisiones que la Superintendencia ha hecho públicas, no es posible distinguir los parámetros que justifican su otorgamiento (o negativa) particular.

En el trabajo se analizan algunas de las decisiones sobre medidas cautelares de la Superintendencia y se busca discernir qué elementos se consideran para tomar una decisión, no solo limitándose a sus presupuestos de admisibilidad o fondo, sino también a las características que informan la naturaleza de las medidas como institución³. Este trabajo pretende dilucidar un campo del Derecho de competencia ecuatoriano que no ha sido tratado a profundidad, y aporta luces para que practicantes e inclusive la autoridad, apege sus decisiones a las mejores prácticas en la materia.

b. Transcendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La tesina de María Laura aborda el problema de las medidas cautelares desde varias aristas. No confina su análisis a la práctica en otras jurisdicciones, sino que traslada la experiencia internacional a las decisiones ecuatorianas, con el propósito de analizar sus virtudes y debilidades.

El trabajo parte del origen de las medidas cautelares en el Derecho de competencia europea, identificando rasgos particulares que la definen como institución, y repasa los requisitos que se deben cumplir para su otorgamiento en jurisdicciones relevantes para el estudio. Después de identificar los parámetros del otorgamiento de las medidas se demuestra su importancia, que no solamente radica en brindar seguridad y previsibilidad, sino en ponderar de manera en que resulte legal, social y económicamente eficiente⁴ coartar el derecho de acción empresarial⁵ de un operador económico a cambio de asegurar la protección del mercado, los consumidores, y la eficacia de la decisión final.

² O medidas preventivas, como las llama la Ley y su Reglamento. En este informe se utilizarán ambas denominaciones de manera indistinta.

³ El punto 2.3.1 del trabajo se centra en un punto complementario y habla sobre las características de las medidas cautelares como institución jurídica en el Derecho de competencia.

⁴ La palabra eficiencia se usa en el sentido de la consecución de los fines de la ley, y no como la interpretaría un seguidor de la escuela de Chicago.

⁵ O inclusive la limitación sobre el dominio de un bien.

A través de estas explicaciones, la hipótesis planteada resuelve de manera adecuada el problema planteado.

c. Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Las fuentes de referencia académica son suficientes. Se cita a algunos de los académicos más respetados en la materia, desde procesalistas como Calamandrei hasta Robert Bork, uno de los líderes del pensamiento conservador del *Antitrust* americano. Las fuentes utilizadas son sólidas, incluyen trabajos con mérito académico y coherencia intelectual, además de ser relevantes para discutir el problema y avanzar la hipótesis.

Sin embargo, como en todo trabajo de investigación, todavía más importante que las fuentes secundarias son las fuentes primarias⁶. Esta tesina utiliza de manera extensa fuentes primarias nacionales e internacionales, siendo un mérito especial la cantidad de decisiones ecuatorianas, en consideración a que la Superintendencia no las hace públicas.

Por último, las decisiones que se utilizan vienen de jurisdicciones relevantes porque, además de ser la fuente directa de inspiración del texto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, parecen ser las que más se aproximan -en objetivos y concepción del rol del mercado en la economía- al entendimiento de la autoridad ecuatoriana. Si bien los casos y el análisis que se hace del Reino Unido pareciera inútil, en realidad acompaña perfectamente a la argumentación del trabajo, demostrando cómo en una jurisdicción suficientemente cercana a la europea, se están aplicando principios similares bajo interpretaciones distintas, probando que el otorgamiento de las medidas no es un monolito jurídico, sino una institución con sutilezas, que se aplica en consideración a las necesidades e interpretación de cada regulador.

d. Contenido argumentativo de la investigación

El trabajo no se limita a una mera descripción o comparación de sistemas disímiles, sino que se centra en explicar cómo cada presupuesto encaja dentro del sistema de otorgamiento de las medidas.

Esta tesina logra aportar al estado actual del Derecho de competencia ecuatoriano, fundando sus conclusiones en fuentes primarias y analizándolas de manera crítica.

⁶ El trabajo cita casos seminales, que formaron los presupuestos materiales del otorgamiento de medidas cautelares en Europa, como *Allgemeine*, *Atlantic Container* y *Gestevisión*.

e. Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación

Las tareas encomendadas a lo largo de la investigación fueron cumplidas.


Mario Navarrete Serrano
Director

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombre: María Laura De Veintemilla Álvarez

Código de estudiante: 201510_00109906

C. I.: 1708740145

Lugar, Fecha Quito, diciembre de 2015

RESUMEN

En materia de Derecho de Competencia, es imperativa la necesidad de utilizar medidas cautelares, para proteger situaciones jurídicas expuestas a una posible vulneración que conlleve su afectación transitoria o permanente, en escenarios donde los agentes económicos buscan llegar a ocupar la mayor cantidad de espacio de los mercados, con acciones encaminadas a multiplicar sus beneficios, por medio de prácticas abusivas, tendientes a reducir o eliminar a la competencia de forma acelerada, afectando a los individuos, al mercado y a la competencia como tal.

Sin embargo, para que la medida cautelar sea eficiente, cumpla con la función para la cual se la dispone y no se convierta en instrumento de vulneración de derechos, es necesario adoptarla cumpliendo con los parámetros propios de su naturaleza, con la suficiente motivación y que su establecimiento sea adecuado, justificado y proporcional.

Bajo este contexto, resulta necesario analizar si dentro del Derecho de Competencia, la normativa aplicable a las medidas cautelares, es suficiente y constituye un marco teórico adecuado para que la Autoridad pueda establecerlas, en función de la protección de derechos vulnerados o en vía de ser afectados; y, si las correspondientes resoluciones que emanen de su seno, garantizan o no los derechos individuales y colectivos, de quienes integran el mercado.

Para ello, resulta necesario analizarlas desde su enfoque doctrinario, así como el tratamiento que se ha dado a la adopción de medidas cautelares, en diferentes jurisdicciones, especialmente europeas, para concluir con el estudio sobre la aplicación de medidas cautelares en el Derecho de Competencia del Ecuador, la normativa aplicable, y las Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sobre este instrumento jurídico.

ABSTRACT

In the subject matter of Competition Law, the use of interim measures is imperative to protect legal situations exposed to possible violations that could lead to temporary or permanent effects. This is especially true in scenarios in which price makers seek to take up as much of the market as possible using actions that are designed to multiply their benefits through the use of abusive practices. Such practices lead to a reduction or elimination of competition in an accelerated fashion, thus affecting individuals, the market, and competition itself.

However, in order for the interim measure to be effective and fulfill the purpose for which it was established and not become an instrument leading to the violation of rights, it must be adopted in accordance with the parameters that are specific to its nature. It also must be duly justified and established in an appropriate and proportional approach.

In this context, it is necessary to analyze whether the laws related to interim measures in Competition Law are sufficient, and whether they constitute an appropriate theoretical construct on which the Authority can base its decision to establish such relief, in order to protect rights that are either violated or on the path to being violated. As well as whether the corresponding resolutions issued by the Authority guarantee individual or collective rights of the parties that make up the market, in addition to the society at large.

To do this, it must be analyzed from a doctrinarian standpoint, with additional analysis of the treatment that has been given to the adoption of interim measures in different jurisdictions, especially those in Europe, in order to conclude the study on the application of interim measures in Competition Law in Ecuador, the applicable legislation, and resolutions issued by the Anti-Trust Superintendence in relation to this legal instrument.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	8
Abstract	9
Introducción	12
1. Características y presupuestos de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia	16
1.1. Conceptos fundamentales respecto de las medidas cautelares.....	16
1.2. Características de las medidas cautelares.	17
1.2.1. Autonomía.	17
1.2.2. Instrumentalidad.	18
1.2.3. Provisionalidad.	18
1.2.4. Temporalidad.....	19
1.2.5. Variabilidad.....	19
1.2.6. Proporcionalidad.....	20
1.2.7. Razonabilidad.....	20
1.2.8. Caución.....	20
1.3. Objetivo de la tutela.	21
1.3.1. Medidas conservativas.	23
1.3.2. Medidas de aseguramiento.	23
1.3.3. Medidas anticipativas.	23
1.4. Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares.	24
1.4.1. Apariencia en buen derecho (fumus boni iuris).	25
1.4.2. Peligro en la demora (periculum in mora).....	26
1.4.2.1. Demora o urgencia.	26
1.4.2.2. Daño.	27
1.4.2.3. Objeto de la cautela.....	28
2. Las medidas cautelares en el Derecho de Competencia y su aplicación en distintas jurisdicciones	32
2.1. Surgimiento de la medida cautelar en el Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados de Europa.....	32
2.2. Normativa sobre medidas cautelares en el Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados europeos.	35
2.3. Aplicación de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados europeos.	37
2.3.1. Características de las medidas cautelares.	37
2.3.2. Objetivo de la tutela.....	39
2.3.3. Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares.	40
2.3.3.1. Prima facie.....	41
2.3.3.2. Urgencia y perjuicio grave e irreparable a la competencia.....	47
3. Las medidas cautelares en el Derecho de Competencia y su aplicación en el Ecuador	56
3.1. Surgimiento de la medida cautelar en el Derecho de Competencia del Ecuador. ...	56
3.1.1. Las medidas cautelares en Derecho de Competencia en la Comunidad Andina de Naciones.	56
3.1.2. Normativa sobre medidas cautelares en el Derecho de Competencia del Ecuador.....	58
3.2. Aplicación de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia.	60
3.2.1. Características de las medidas cautelares.....	60
3.2.2. Objetivo de la tutela.....	62

3.3. Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares.....	64
3.3.1. Apariencia en buen derecho (fumus boni iuris o prima facie).....	64
3.3.2. Peligro en la demora (periculum in mora).....	67
3.4. Falta de parámetros de aplicación y su efecto.....	70
3.4.1. La necesidad de parámetros generales para la adopción de medidas cautelares.....	70
3.4.2. Los parámetros para la adopción de medidas cautelares.....	71
3.4.2.1. Apariencia en buen derecho (fumus boni iuris o prima facie).	71
3.4.2.2. Peligro en la demora	72
Conclusiones.....	75
Bibliografía	77

INTRODUCCIÓN

La medida cautelar, instrumento idóneo para proteger situaciones jurídicas expuestas a una posible vulneración que cause una afectación transitoria o permanente, cumple su rol efectivo en los distintos campos del derecho de una manera tal, que le ha permitido ganarse un espacio propio de significativa importancia.

En materia de Derecho de Competencia, es imperativa la necesidad de utilizar medidas cautelares, en aquellas situaciones en las que agentes económicos buscan llegar a ocupar la mayor cantidad de espacio en los mercados, con acciones encaminadas a multiplicar sus beneficios, por medio de prácticas abusivas, tendientes a reducir de forma acelerada o eliminar la competencia, para lo cual apelan de una manera mal entendida a su derecho a la libre competencia, lo que termina afectando tanto a los individuos como al mercado en su integridad.

Sin embargo, para que la medida cautelar brinde el equilibrio adecuado en la protección de la competencia, cumpliendo la función para la cual se la dispone y que por el contrario, no se convierta en un instrumento de vulneración de derechos, es necesario adoptarla con la suficiente motivación, que su establecimiento sea adecuado, justificado y proporcional, y que cumpla con los parámetros propios de su naturaleza.

Adicionalmente, es preciso determinar si la Autoridad encargada de administrar medidas cautelares, a través de las resoluciones que emanan de su seno, al aprobarlas o negarlas, en uso de su facultad de tutela y de acuerdo al marco normativo aplicable, garantiza o no los derechos individuales y colectivos de quienes integran el mercado.

En el Ecuador, se ha reconocido a las medidas cautelares como una garantía dentro del Derecho de Competencia, razón por la cual se han dictado las normas respectivas para su aplicación, las que se encuentran contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

En aplicación de la referida normativa, se han planteado ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado varias solicitudes de aplicación de medidas cautelares en relación con los procesos de investigación; solicitudes que han sido conocidas y resueltas por dicha Autoridad.

Tales decisiones, bien sea a favor de la adopción de una medida cautelar o negando su aplicación, tienen varias falencias en su estructuración, al no incorporar ni reconocer todos los elementos propios de la medida cautelar, lo que conlleva al surgimiento de varios problemas.

En primer lugar, la falta de análisis sobre los requisitos y características de una medida cautelar, dificulta la obtención de una decisión final adecuada, ya que al no contar con elementos suficientes, el resultado es incompleto y simplista. Adicionalmente, esta carencia puede llevar a la adopción de decisiones erradas, una vez que no se han contemplado todos los aspectos, más aún si se tratan de elementos propios de la naturaleza de esta figura legal.

En segundo lugar, el hecho de no contar con un estudio de los elementos y requisitos de una medida cautelar, genera como efecto automático la falta de motivación de la resolución sobre la adopción o no de dicha medida, permitiendo el cuestionamiento sobre la legitimidad de tal decisión.

En tercer lugar, la falta de un estándar general sobre el cual la Autoridad base su análisis al momento de determinar la procedencia o no de la medida cautelar, permite abrir un espacio a la discrecionalidad que lleve a afectar la legitimidad de la decisión, lo cual pueda impedir que la medida cautelar constituya un verdadero instrumento para precautelar el bien protegido dentro del Derecho de Competencia.

En cuarto lugar, y en relación con el punto anterior, el no establecer parámetros generales para la adopción de una medida cautelar, genera inseguridad jurídica al Sistema, ya que tanto la Autoridad como las partes interesadas no pueden fundamentar sus alegaciones en dichos parámetros.

Por lo tanto, ¿Cómo y hasta qué punto la falta de parámetros generales para la aplicación de medidas cautelares en el Derecho de Competencia en el Ecuador, afecta la eficacia de la medida cautelar y la finalidad de esta?

La hipótesis de la causa de ello, estaría en que la normativa vigente aplicable a las medidas cautelares no es suficiente y por ende, no constituye un marco teórico adecuado para que la Autoridad las pueda establecer, en función de la protección de derechos vulnerados o en vía de ser afectados y por el contrario, restringe, limita o impide su adopción; además, las resoluciones, adoptadas por la Autoridad, no construyen parámetros ni generan criterios que enriquezcan la adopción de medidas cautelares, ni permiten el desarrollo del Derecho de Competencia.

Ante esto, la hipótesis de solución estaría en el establecimiento de parámetros generales para la adopción de medidas cautelares, por medio de un marco normativo completo y de las resoluciones que dicte la Autoridad competente en esta materia, las que se expidan con estricto apego a una adecuada y completa aplicación de estos parámetros.

En lo específico, con la finalidad de efectuar un estudio sobre la aplicación de medidas cautelares en el Derecho de Competencia del Ecuador y la necesidad de utilizar parámetros generales en dicho proceso, resulta necesario analizar tales medidas cautelares y su aplicación desde dos aspectos.

Por un lado, desde su enfoque doctrinario, a fin de encontrar las características propias de las medidas cautelares y con ello la naturaleza misma de esta figura legal, así como los requisitos y estándares reconocidos para su aplicación.

Y por otro lado, el tratamiento que se ha dado a la adopción de medidas cautelares, en diferentes jurisdicciones, especialmente europeas; con la finalidad de determinar la utilización de parámetros y su alcance en la adopción de las medidas cautelares.

Cabe señalar que este estudio toma en consideración que la legislación ecuatoriana en materia de competencia, fue adoptada con base en la normativa europea, específicamente en la española y que, el desarrollo jurisprudencial y de guías que ha generado el Sistema Europeo en relación con esta temática, es bastante amplio, por lo que resulta adecuado revisar los parámetros establecidos en relación con la aplicación de medidas cautelares, lo que se suma a la realidad inobjetable, que constituye el fenómeno de la globalización de los mercados y las implicaciones que esto genera en los Estados, lo que determina la necesidad de buscar la unificación de principios en materia de Derecho de Competencia.

Este estudio resulta útil, tanto para quienes están llamados a tutelar las medidas cautelares en el Derecho de Competencia, como para los particulares que solicitan su aplicación, en función del fortalecimiento del Derecho de Competencia como tal.

Para efectos de este trabajo partimos de la presunción de que la doctrina y jurisprudencia desarrollada en otros lugares, permiten establecer estándares generales, que permitan ser aplicados al momento de adoptar una medida cautelar, en materia de Derecho de Competencia en el Ecuador.

Esta presunción nos lleva, de igual forma, a suponer que el establecimiento de dichos estándares generales, permite una adecuada tutela por parte de la Autoridad de la competencia, así como también, una garantía para quienes la solicitan o respecto de quienes están obligados a acatarla.

El presente trabajo se compone de tres Capítulos, el primero de los cuales recoge un estudio doctrinario sobre las características y parámetros de las medidas cautelares.

El segundo Capítulo desarrolla las características y parámetros de las medidas cautelares a la luz de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea como tal, así como la de algunos Estados europeos en particular.

En el tercer Capítulo se hace un análisis de las medidas cautelares contenidas en la normativa aplicable del Ecuador y las Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a fin de determinar el alcance dado a los parámetros para su adopción.

Finalmente, se presentan las conclusiones obtenidas de este estudio.

El presente trabajo se basa en la revisión de libros y publicaciones, así como legislación y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

CAPITULO 1

1. Características y presupuestos de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia

Con la finalidad de comprender el alcance de las medidas cautelares, así como su aplicación, dentro del sistema de control del poder de mercado en el Ecuador, resulta necesario efectuar el estudio de ellas desde la perspectiva doctrinaria.

En tal virtud, este Capítulo aborda en primer lugar los conceptos fundamentales de las medidas cautelares (1); en segundo lugar las características de las medidas cautelares (2); en tercer lugar, el objetivo de las medidas cautelares (3); y en cuarto lugar, los presupuestos que deben concurrir para su adopción (3).

Las características de las medidas cautelares a ser tratadas son autonomía (1.1.1), instrumentalidad (1.1.2), provisionalidad (1.1.3), temporalidad (1.1.4), variabilidad (1.1.5), proporcionalidad (1.1.6), razonabilidad (1.1.7) y caución (1.1.8).

Los presupuestos que deberían concurrir para la adopción de medidas cautelares serían el objeto de la cautela (2.1); apariencia en buen derecho (2.2); y, peligro en la demora (2.3).

1.1. Conceptos fundamentales respecto de las medidas cautelares.

Los sistemas cautelares¹, han evolucionado a lo largo de los años y al igual que otras figuras jurídicas, han tenido que adaptarse al contexto, según las necesidades.

El análisis de las medidas cautelares parte en primer lugar, por la distinción que se hace entre el proceso cautelar y la medida cautelar como tal. Según Falcón “[l]as medidas cautelares son a su vez subsistemas del sistema cautelar, pero ellas no comprenden todos los aspectos de la cautelaridad sino algunos, mientras que otros corresponden a otros campos”².

La medida cautelar ha sido estudiada desde la acción, el proceso y la sentencia o resolución; no obstante, tanto la acción como la sentencia han sido consideradas, por algunos tratadistas, como parte del proceso cautelar, razón por la cual se realiza el

¹ Conforme varios autores, como Calamandrei o Falcón, resulta una ventaja el estudio de las medidas cautelares, concebidas como uno de los subsistemas dentro del sistema cautelar, ya que las medidas cautelares constituyen únicamente una de los mecanismo de cautela, más no el único.

² Enrique M. Falcón. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV: Sistemas Cautelares. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006, pág. 8.

estudio de las medidas cautelares, desde el proceso³ y las implicaciones que genera el adoptar una medida cautelar durante el desarrollo de dicho proceso.

Pues bien, la capacidad de dictar medidas cautelares constituye una facultad tutelar, la cual está compuesta por las función de juzgar conforme la pretensión; la facultad de ejecutar lo resuelto; y finalmente, la función cautelar como mecanismo de garantizar tanto la función de juzgar como la de ejecutar lo que se hubiere resuelto.

Bajo este esquema, corresponde detallar las características de las medidas cautelares.

1.2. Características de las medidas cautelares.

Las características de las medidas cautelares que se consideran en este análisis, son aquellas de su esencia y aquellas fundamentales para el cumplimiento real de su función que permiten comprender el alcance de esta institución del Derecho al momento de su aplicación.

1.2.1. Autonomía.

En primer lugar analizaremos la autonomía de la medida cautelar, la cual a pesar de que para algunos tratadistas no es una característica, resulta necesario estudiarla.

La teoría moderna, señala que la adopción de medidas cautelares, reúne todos los elementos propios de un proceso jurisdiccional y por lo tanto puede ser concebida como un proceso autónomo en sí.

Recordemos que de conformidad con el Derecho Procesal, el proceso jurisdiccional contiene tres elementos fundamentales a saber: la jurisdicción o potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado; la acción mediante la cual se ejercen los derechos; y finalmente el proceso, que constituye la herramienta para la tutela jurisdiccional y el ejercicio de las acciones. Pues bien, estos tres elementos se encuentran presentes dentro de un proceso cautelar, razón por la cual, cabe perfectamente la consideración de las medidas cautelares como autónomas.

Por su parte Falcón señala que “[...] las medidas cautelares no constituyen un proceso sino un procedimiento, en tanto son accesorias al principal [...]” y por ello la medida cautelar depende del proceso principal, más no este último, que no depende del cautelar.

³ Pablo Gallegos Fedriani. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002, pág. 37.

Tras la revisión de las diferentes teorías a este respecto, queda claro que las medidas cautelares son autónomas, pues a pesar de que se encuentran vinculadas a un procedimiento principal, poseen su estructura propia y cuentan con una pretensión cautelar como un objeto propio, todo lo cual hace que se las reconozca como una unidad.

1.2.2. Instrumentalidad.

Vemos que la medida cautelar, al estar vinculada con el proceso principal y constituir un instrumento del mismo, sea que se lo considere autónomo o no, hace visible su característica de instrumentalidad.

Sin embargo, hay que recalcar que la medida cautelar al no tener incidencia directa sobre el proceso principal no interrumpe el plazo de la pretensión principal, y por lo tanto, no puede ser mal utilizada como mecanismo de distracción procesal.

Adicionalmente, la medida cautelar se la dicta en relación con la pretensión del proceso principal, generando otra vinculación entre ambos procedimientos. Tal es así que “[...] las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional otorgada para defensa de la persona y de los derecho. Por lo tanto, debe encontrarse vinculada con la pretensión principal a fin de cumplir la función de aseguramiento del derecho esgrimido”⁴.

Esta instrumentalidad se evidencia por ejemplo, en aquellos casos en los cuales se dicta la medida cautelar en forma previa a la presentación de la pretensión principal, resultando necesario el inicio del proceso principal, en el plazo legal, so pena de que el procedimiento cautelar quede invalidado; o, simplemente cuando a través de una resolución que pone fin al proceso principal, la medida cautelar expira al mismo tiempo.

1.2.3. Provisionalidad.

Otra de las características de la medida cautelar es su provisionalidad, la que se encuentra íntimamente relacionada con su temporalidad, dado que el objetivo de ella, es el establecimiento momentáneo de una medida, condicionada generalmente, a la resolución del proceso principal y, por excepción, conforme se analizará posteriormente al tratar la modificación de las medidas cautelares, al levantamiento de la medida cautelar por decisión de la autoridad que la estableció.

⁴ Pedro Gallegos Fedriani. *Las medidas cautelares contra la Administración...op.cit.*, pág. 39.

Es importante destacar que por la provisionalidad se entiende que la medida está sujeta a una condición, es decir existe hasta que se presente un evento que le superponga o sustituya.

Debido a la provisionalidad de la medida cautelar se podría establecer que dentro del Derecho Administrativo, no puede ser considerada como un acto administrativo irrevocable; así lo señala la doctrina al indicar que “[n]o cabe [...] oponer el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos ya que la medida cautelar no es un acto definitivo declarativo de derechos, sino una medida provisional para asegurar la eficacia de la futura resolución”⁵.

1.2.4. Temporalidad.

Como señalé, la temporalidad se encuentra vinculada, y en ciertas ocasiones la confunden, con la provisionalidad de las medidas cautelares, ya que esta característica también tiene relación con la existencia de la medida, sin embargo, esta se refiere al tiempo de existencia de ella, el cual no dura para siempre.

En el vocabulario de Rigutini, la diferencia entre los dos conceptos se indica así: *Temporal* “que es por tiempo, no perpetuo” y *Provisorio* “dícese de cosa hecha en forma de provisión y por tiempo, hasta que pueda hacerse otra estable y duradera”⁶.

1.2.5. Variabilidad.

Adicionalmente, se encuentra la característica de la variabilidad, en donde se analiza la capacidad que tiene la medida cautelar de mutar, pudiendo ser modificada, revocada o suspendida, siempre y cuando se presenten cambios en las condiciones y/o consideraciones tomadas para su establecimiento.

Incluso, a la luz de esta característica se puede decir que las medidas cautelares son fungibles, toda vez que pueden ser sustituidas por otra u otras medidas cautelares, según se considere pertinente.

También las providencias cautelares se pueden considerar como emanadas con la cláusula *rebus sic stantibus* [es decir con autorización para modificar lo establecido] puesto que las mismas no contiene la declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; sino que constituye para proyectarla en el porvenir, una relación jurídica nueva (relación cautelar), destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida lo exige⁷.

⁵ José María Baño León *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3era. ed. España: Thomson Reuters Legal Limited, 2012, pág. 908.

⁶ Citado en Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Perú: ARA Editores E.I.R.L., 2005, pág.36.

⁷ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático...op.cit.*, pág.90.

1.2.6. Proporcionalidad.

Siguiendo con este análisis de las características de las medidas cautelares, tenemos a la proporcionalidad, dada en razón del equilibrio entre la pretensión de quién solicita su aplicación, y los derechos de quien es objeto de su adopción; es decir, “[...] la medida debe ser suficiente para garantizar el derecho de la parte demandada pero sin gravar al demandado más allá de lo necesario para obtener dicha garantía”⁸.

Este criterio de proporcionalidad, es el que debe ser debidamente sopesado por la autoridad al disponer se adopte la medida propuesta por el solicitante en su pretensión o al dictar aquella medida cautelar que considere pertinente, en función de dicho equilibrio.

1.2.7. Razonabilidad.

De igual forma, el establecimiento de una medida cautelar debe ser razonable, pues no debe ser utilizada como una medida sancionatoria, perjudicial o que cause un daño irreparable a quien es objeto de la medida cautelar.

Además, las medidas cautelares deben guardar correspondencia con los fines o propósitos que se pretenden alcanzar. Tan es así que “[...] el acto provisional que opone una medida debe ser necesario y estar proporcionado a los *finces* –eficacia de la ulterior resolución- que se trata de asegurar [...] la idea de que los medios puestos en juego por el acto administrativo deben ser adecuados a los fines pretendidos”⁹.

1.2.8. Caución.

Doctrinariamente se ha discutido si la caución constituye un elemento fundamental de la medida cautelar, respecto de lo cual algunos autores¹⁰ la ven como una condición de ejecutoriedad; mientras que otros¹¹ señalan que se trata de un mero requisito.

⁸ Silvia Barona Vilar. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional*. Tomo I. Valencia : Tirant lo Blanch, 2008, pág. 1413.

⁹ José María Baño León *et al. Comentario a la Ley...op.cit.*, pág. 907.

¹⁰ Como Colombo, Remé y Kielmanovich citados en Enrique M. Falcón. *Tratado de Derecho...op.cit.*, pág. 128.

¹¹ Como Fassi y Yáñez citados en Enrique M. Falcón. *Tratado de Derecho...op.cit.*, pág. 128.

No obstante, todos coinciden que al determinar la caución o fianza se deberá evaluar el posible perjuicio y su gravedad, en función del tipo de pretensión perseguida en el proceso principal, a fin de poder evaluar la procedencia o no de ella y la debida proporcionalidad de la caución, en caso de establecerla.

Respecto del establecimiento de la caución, considero que si bien es cierto no es un presupuesto para adoptar la medida cautelar, debe ser analizado por la autoridad que dispondrá imponerla, toda vez que se la puede utilizar como un mecanismo de reparación en los casos en los cuales la medida cautelar ha sido injustificada y por ende genera daños y perjuicios o como una forma de desmotivar la utilización de la medida cautelar por parte del solicitante, para obtener beneficios abusivos, injustos, o ilegales, o incluso, infringir un daño.

1.3. Objetivo de la tutela.

El objetivo de la medida cautelar radica en la finalidad que se busca con la adopción de esta, es decir el mecanismo que se emplea para cumplir con la finalidad; mientras que el objeto de la medida cautelar es el bien o situación jurídica objeto de protección, lo cual se analizará al detalle posteriormente.

El objetivo de la medida cautelar está vinculado a la facultad tutelar de la autoridad, que puede ser meramente declarativa, constitutiva o de condena.

[...] una posición moderna que ofrece cobertura legal a todas aquellas medidas que sean conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria futura, de manera que se concibe la tutela cautelar como instrumento para garantizar bien la tutela merodeclarativa solicitada en el proceso principal, bien la tutela constitutiva o bien la tutela de condena [...]¹².

En otras palabras, la facultad jurisdiccional de la autoridad en materia de competencia, conforme se dijo previamente, se evidencia en tres momentos: cuando juzga o resuelve ante una infracción de la normativa; cuando ejecuta aquello que resolvió; y, cuando dicta medidas cautelares. Es decir, “[...] la adopción de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional es una manifestación, junto con la de decir el derecho y junto con la de hacer ejecutar lo juzgado, de los órganos jurisdiccionales [...]”¹³.

La teoría clásica sobre medidas cautelares, coloca a ellas bajo la función única de asegurar la ejecución de la sentencia. Esto, ha sido desvirtuado en la actualidad, al considerar a las medidas cautelares como la forma de “asegurar la efectividad”, es

¹² Silvia Barona Vilar. *Competencia desleal...op.cit.*, pág. 1382.

¹³ *Id.*, pág. 1371.

decir no solo lograr que se ejecute y cumpla la sentencia, sino el alcanzar una efectiva satisfacción para quien la solicita.

Tal es así que entre las distintas interpretaciones y modificaciones que se dieron respecto de las medidas cautelares, se encuentra la clasificación de Sistemas Cautelares efectuada por Piero Calamandrei, quien consideró que la medida cautelar podía utilizarse como prueba anticipada dirigida a conservar la prueba en sí¹⁴; como aseguramiento de la ejecución de la decisión dentro del proceso principal¹⁵; como mecanismo aplicable de forma provisional mientras se desarrolla el proceso de investigación¹⁶; como la decisión anticipada respecto de la pretensión principal¹⁷; e incluso, trata a la caución (fianza), como un mecanismo cautelar¹⁸.

A esta categorización se sumó más tarde el concepto de la medida cautelar innovativa, entendida como aquella que prohíbe o dispone la modificación de una situación de hecho o de derecho¹⁹.

Por lo tanto, se puede considerar que el objetivo de la medida cautelar está relacionado con los efectos que generan.

Ortells Ramos²⁰ clasifica a dichos efectos como: efectos de aseguramiento; efectos de conservación de la situación existente al momento de plantearse el litigio; y finalmente, efectos de innovación de la situación existente al iniciarse el proceso.

De allí que las medidas cautelares no solo se adoptan en relación al patrimonio, bienes y derechos del demandado, sino que también llegan al establecimiento de prohibiciones de hacer o de no hacer, las cuales generalmente, van directamente relacionadas con las resoluciones que se adoptarán en el fallo final.

Con base en estas consideraciones y conforme se detalla a continuación, las medidas cautelares se pueden clasificar en las que pretenden conservar el estado de las cosas al momento del inicio del proceso, las que buscan asegurar la ejecución de la resolución final del proceso principal; y, las dirigidas a garantizar la efectividad de la sentencia.

¹⁴ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático...op.cit.*, pág. 53.

¹⁵ *Id.*, pág. 56.

¹⁶ *Id.*, pág. 58.

¹⁷ *Id.*, pág.71 y 72.

¹⁸ *Id.*, pág. 63.

¹⁹ Enrique M. Falcón. *Tratado de Derecho... op.cit.*, pág. 380.

²⁰ Manuel Ortells Ramos. *Las Medidas Cautelares*. Madrid: La Ley – Actualidad, 2000, pág. 138-145.

1.3.1. Medidas conservativas.

Las medidas cautelares conservativas como su nombre lo indica, sirven para mantener el estado de las cosas o de la situación al momento de iniciar el proceso principal, hasta su resolución final, evitando que durante el proceso la parte demanda se beneficie de los efectos de sus prácticas. Como resultado de la aplicación de estas medidas, en caso de obtenerse una resolución definitiva favorable, se logra mantener la cosa o situación en el estado original (mantener el *statu quo*), previniendo la afectación del mercado, de la competencias, de los consumidores y/o de los competidores. Con estas medidas “[...] tendientes a congelar la situación existente en el momento de la demanda, obstaculizando tan solo que el demandado pueda realizar en el curso del proceso, actos que dificulten la ejecución de una eventual sentencia favorable al actor”²¹.

Por lo que, estas medidas constituyen el mecanismo para “[...] facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”²².

1.3.2. Medidas de aseguramiento.

Son aquellas medidas que garantizan la efectividad de la resolución definitiva que se dictará a futuro²³. Es decir, sirven de vehículo para que se pueda ejecutar la sentencia, en los términos contenidos en la resolución definitiva.

1.3.3. Medidas anticipativas.

Por otro lado tenemos las medidas anticipativas, que son consideradas como una forma de adelantarse a la resolución definitiva, ya que las medidas adoptadas de forma provisional pasarían a ser permanentes, como consecuencia de la resolución definitiva. “[...U]n sector de la doctrina sobre este tema, considera que las medidas pueden exceder la finalidad meramente cautelar, mientras que para otro, en determinados casos sólo es posible asegurar las pretensiones ejercitadas o que se vayan a ejercitar, anticipando los efectos de la sentencia”²⁴.

²¹ Vicente Pérez Daudí. *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*. España: José María Bosch editores S.A., 1996, pág. 91.

²² Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático...op.cit.*, pág. 56.

²³ María Pía Calderón Cuadrado. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. pág. 62. citada en Silvia Barona Vilar. *Competencia desleal...op.cit.*, pág. 1386.

²⁴ Vicente Pérez Daudí. *Las medidas cautelares...op.cit.*, pág. 91.

Cabe señalar que la principal discusión respecto de este tipo de medidas cautelares anticipativas, se da en aquellos casos en los cuales, coincidiendo la medida cautelar con la decisión definitiva, se estaría prejuzgando la pretensión principal.

Tal es así que:

[...] se permite al tribunal acordar como medidas cautelares las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte, admitiéndose con ello las posibles medidas que pueden tener un carácter anticipatorio del fallo de la resolución [...] siempre que esta decisión sea tenida como tal, como temporal, [...] tendente a ejercer esa función de aseguramiento de la efectividad de la sentencia [...]²⁵.

La medida innovativa o anticipativa consiste, “[...] precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”²⁶, es decir es una especie de anticipo de la sanción final a ser establecida en el proceso principal.

En todo caso, esta clasificación de las medidas cautelares constituye una guía respecto de su aplicación; ya que al momento de adoptársela, a fin de precautelar la situación jurídica concreta, se puede dar una conjugación de ellas.

1.4. Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares.

Una vez revisadas, de forma general, las características de las medidas cautelares, nos queda por recorrer el análisis de los presupuestos a ser considerados, antes de la adopción de una medida cautelar, dado que éstos constituyen la base esencial de las medidas cautelares.

Bien se señala que a diferencia de una medida ejecutiva, que se basa en un título ejecutivo, la medida cautelar requiere de la presencia del dos presupuestos: la apariencia en buen derecho, (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora, (*periculum in mora*)²⁷, los cuales se desarrollan seguidamente.

²⁵ Silvia Barona Vilar. *Competencia desleal...op.cit.*, pág. 1382.

²⁶ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático...op.cit.*, pág. 58 y 59.

²⁷ Silvia Barona Vilar. *Competencia desleal...op.cit.*, pág. 1386.

1.4.1. Apariencia en buen derecho (*fumus boni iuris*).

A más de establecer la situación jurídica objeto de la cautela, la autoridad al momento de adoptar una medida cautelar, debe considerar la pretensión planteada a la luz de la probabilidad y *aparencia de buen derecho* ante la existencia de una posible violación a la norma o derecho subjetivo.

Esta consideración de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* es un criterio fundamental al momento de dictarse una medida cautelar, basado siempre en la probabilidad, mas no en una decisión certera. “Para cualquier medida cautelar se exige el *fumus boni iuris*, pues carecería de sentido que se adoptara una medida provisional si *ictu oculi* [es decir, al abrir y cerrar de ojos,] la pretensión de fondo del solicitante de la medida apareciera como infundada”²⁸.

Ante el presupuesto de apariencia en buen derecho se debe verificar los fundamentos de derecho; realizar un análisis de probabilidad con base en la pretensión; y, su acreditación a través de los medios probatorios como son documentos y peritajes, entre otros, los cuales deben ser requeridos en mayor o menor grado, según cada caso y conforme la pretensión que se persiga en cada uno de ellos.

Este estudio de probabilidades no implica un prejuzgamiento, pues el análisis completo y definitivo estará contenido en la decisión final, resultado del proceso principal.

Este presupuesto es muy importante al momento de establecer la medida cautelar ya que se trata de un procedimiento de carácter sumario, toda vez que al no seguir el proceso ordinario, se basa en la solicitud o denuncia, la fundamentación legal y, las pruebas que lo sustenten; surgiendo así la apariencia de buen derecho de la supuesta violación normativa y por ende la necesidad de precautelar la situación jurídica.

Cabe señalar que no existe normatividad especial sobre la carga de la prueba en los procesos cautelares, razón por la cual se debe estar a lo dispuesto por regla general.

[...] si en ese “proceso principal” y en uno de sus momentos procesales determinados, desaparece le “*fumus boni iuris*”, la medida cautelar adoptada, según aquél puede y aun debe desaparecer; sin perjuicio de que, si torna a surgir en el proceso principal, aquél “*fumus boni iuris*” torna a aparecer la medida cautelar (u otra más adecuada). Es, pues otro de sus caracteres, la provisionalidad²⁹.

²⁸ José María Baño León *et al. Comentario a la Ley...op.cit.*, pág. 906.

²⁹ Víctor Fairen Guillen. *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal general*. Barcelona: Librería Bosch, 1999, pág. 47.

1.4.2. Peligro en la demora (*periculum in mora*).

Al establecer una medida cautelar se encuentra el *periculum in mora*, es decir el riesgo para el proceso o para la sentencia, a causa de la demora en la resolución de la pretensión principal. Esto es considerado uno de los elementos primordiales al momento de dictar una medida cautelar, ya que con dicha medida se busca precautelar la situación jurídica que está en riesgo, donde el daño actual o futuro pueda ser considerado irreparable.

Este presupuesto, *periculum in mora*, ha sido clasificado en dos sentidos a saber: por el lado objetivo que “[...] consistiría en el peligro que deriva por el mero hecho del transcurso del tiempo necesario para el avance del proceso a través del procedimiento”³⁰; y por el lado subjetivo el *periculum in mora* que “[...] consiste en la conducta que el demandado puede observar durante este lapso temporal que precisa el proceso de declaración para llegar a su fin”³¹.

Incluso esta clasificación nos lleva más allá, pues el peligro en la demora puede ser considerado como fundamento de la medida cautelar, cuando no se requiere prueba alguna de la existencia de tal peligro, por el paso excesivo del tiempo. En cambio, se lo considera un presupuesto de la medida cautelar, cuando la adopción de ella se encuentra supeditada a la demostración de la existencia de un posible peligro³².

Hay autores como Fernández–Ballesteros, quien sostiene que la medida cautelar se debe dictar únicamente cuando exista el *periculum in mora*, entendiéndose que este es un elemento sustancial de la medida cautelar.

Es por ello que si disgregamos el concepto de peligro en la demora, encontramos dos elementos: por un lado la urgencia y por otro, el daño que puede generarse con dicho retraso. Ambos elementos deben ser alegados y acreditados de una manera tal por quien solicita la medida cautelar, que permitan evidenciar un peligro objetivo y por ende, se justifique la adopción de la medida cautelar.

1.4.2.1. Demora o urgencia.

Es evidente que el excesivo paso del tiempo, genera urgencia en la adopción de una medida que garantice el desarrollo del proceso y con ello se precautele la situación jurídica hasta la resolución definitiva. Esta urgencia se justifica, una vez que

³⁰ Vicente Pérez Daudí. *Las medidas cautelares...op.cit.*, pág. 129.

³¹ *Ibid.*

³² *Id.*, pág. 130.

la falta de adopción de una medida preventiva ocasionaría que se generen o agraven los daños, durante el período en el cual se espera la finalización del proceso principal.

Es por ello que, previo a la adopción de una medida cautelar, el tiempo para la valoración de las pruebas y por ende su complejidad, no debe ser mayor, ya que se entiende que la situación de riesgo que amenaza la ejecución efectiva, es evidente y por tanto cabe ser analizada desde una perspectiva más amplia.

1.4.2.2. Daño.

El daño, generado como consecuencia de la demora, es aquel que se busca evitar a través de la medida cautelar; bien sea al impedir que se produzca o si ya se viene dando, que no continúe.

Este daño recibe dos calificativos a ser considerados, en primer lugar debe ser grave, y en segundo lugar debe ser irreparable.

En relación con la gravedad del daño, estaríamos ante la adecuada valoración de la afectación generada por la conducta anticompetitiva objeto la pretensión. No obstante, dicha valoración de la gravedad va íntimamente relacionada con la irreparabilidad del daño, cuando como efecto de la conducta, se genera un daño de tal gravedad que la afectación producida no puede retrotraerse, y por ende es irreparable.

A este respecto algunos autores califican como irreparable, al daño que al medirlo frente al perjuicio que puede generar, se evidencia que no se puede reparar.

El criterio del *periculum in mora* se concreta en la irreparabilidad del daño que se produce al interés público afectado. Normalmente ese interés público coincidirá con el interés privado opuesto a la conducta o práctica restrictiva, aunque no necesariamente: la conducta [...] puede afectar directamente a los consumidores o a los clientes de la empresa sin que afecte a otras empresas competidoras. [...] En sentido inverso, si el daño no produce el efecto de expulsión del mercado y los perjuicios potenciales no son irreparables, la medida no debe ser adoptada³³.

El principal criterio para la determinación de la irreparabilidad del daño, radica en la imposibilidad de valorarlo económicamente para su compensación, siendo por lo tanto imposible de subsanar.

Hay que destacar que la autoridad, previo a dictar la medida cautelar, habrá de verificar si durante el período anterior a la solicitud, no existió el consentimiento expreso o tácito por parte del solicitante, de permitir la afectación a la situación jurídica que busca precautelar, ya que eso desvirtuaría el efecto dañino de la práctica, toda vez que quien lo alega, previamente venía aceptando tal situación.

³³ José María Baño León *et al.* *Comentario a la Ley...op.cit.*, pág. 907 y 908.

1.4.2.3. Objeto de la cautela.

Como se señala previamente, las medidas cautelares se dictan con el objetivo de resguardar una situación jurídica, bien sea a través de la protección de bienes materiales o patrimoniales o disponiendo se ejecute o se deje de ejecutar una acción.

Pero, para poder comprender el objeto de protección a través de la medida cautelar en el Derecho de Competencia, debemos adentrarnos en el análisis de ciertos aspectos propios de esta materia, como es el ámbito de aplicación de la normativa en materia de Competencia.

La respuesta a este aspecto resulta bastante compleja, una vez que la normativa del Derecho de Competencia se enfrenta al hecho de que los Estados tienen ordenamientos jurídicos estructurados con base en diferentes vertientes legales; y de que además, las distintas corrientes de pensamiento, sobre esta materia han desarrollado un sinnúmero de teorías y criterios al respecto.

Sin pretender abarcar todas las posiciones acerca de la finalidad del Derecho de Competencia y con ello, la concepción sobre el objeto de protección que persigue, se pueden señalar algunos de los puntos que considero importantes.

Sobre este tema en el Derecho de Competencia, en Estados Unidos de Norteamérica existen varios criterios que han pasado desde la protección a los consumidores, frente a los grandes trust y cárteles, hasta la protección a los pequeños comerciantes ante las grandes empresas.

Hay quienes se enfocan en la protección a la competencia y no a los competidores³⁴, mientras que otros sostienen se debe salvaguardar únicamente a los consumidores³⁵.

Por otro lado, el derecho de competencia en el ámbito europeo evidencia un enfoque marcado hacia lo social y político, con énfasis en el anhelo de la integración de los mercados, lo cual constituye uno de los pilares fundamentales de la Comunidad Europea; generándose así una mayor flexibilidad en los procesos de concentración, pues se busca tener empresas más grandes que puedan competir en los mercados internacionales al mismo nivel que las empresas norteamericanas. Adicionalmente, en los Estados europeos se considera necesaria una mayor intervención estatal y normativa que controle los monopolios³⁶.

³⁴ Barry Hawks. "The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?". *European Competition Law Review*, Vol. 9 (1), 1988, pág. 57, citado en Fernando Díez Estella. *La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia*. Madrid: Editorial Civitas, 2003, pág.22.

³⁵ Robert H. Bork. *The antitrust Paradox*. Nueva York: The Free Press - Macmillan, Inc., 1993, pág.7.

³⁶ Fernando Díez Estella. *La Discriminación...op.cit.*, pág. 15.

En definitiva dicho sistema busca proteger tanto la competencia como a los consumidores, siempre que esto no afecte su objetivo primordial de integración entre los Estados y llegar a tener un Mercado Común, razón por la cual en ciertas ocasiones se admiten prácticas en pro de la integración, aunque implique un detrimento para la competencia.

[...] el Derecho comunitario de la competencia –a diferencia de su homólogo estadounidense- no está habitualmente dispuesto a permitir un aumento general de la riqueza si no redunda en beneficio concreto de un consumidor, y en general también está dispuesto a sacrificar eficiencia si ello redunda en un avance en la consecución del objetivo de integración de mercados³⁷.

Por todo ello es factible considerar que “[e]n la [Comunidad Económica Europea] CEE, no hay acuerdo en cuanto a qué objetivos deben ser perseguidos por la política de competencia”³⁸. (traducción libre)

Pues bien, si analizamos de manera conjunta todas estas acepciones e interpretaciones sobre lo que se debe entender el alcance del Derecho de Competencia, encontramos varios denominadores comunes, sobre los cuales se debe desarrollar la normativa de Competencia y encaminar las resoluciones de parte de las autoridades tutelares.

Sin que sea un orden prelativo, se puede señalar en primer lugar a la protección a los competidores o agentes económicos, generando la posibilidad de entrada en los mercados, e incluso promocionar su “eficiencia económica”³⁹.

En segundo lugar estaría el fomento y protección del mercado, a través de lo cual se busca garantizar la libre concurrencia de los operadores económicos y la eficacia del aparato productivo nacional. Todo ello con la finalidad de lograr una adecuada y equitativa redistribución de la riqueza⁴⁰.

El tercer elementos en el debate, es el consumidor a quién se le debe garantizar el ejercicio de sus derechos, además de brindarle bienestar a través de una adecuada redistribución de la riqueza. En otras palabras, una “[...] competencia adecuada que

³⁷ Fernando Díez Estella. Los objetivos del Derecho Antitrust. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, No. 224 (2003 Marzo/Abril), pág. 16 pág. 32.

³⁸ Valentina Korah. “EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency, Current Legal Problems”. *Oxford Journal*, V. 39, No.1, 1986, pág. 85.

³⁹ Fernando Díez Estella. *La Discriminación...op.cit.*, pág. 16.

⁴⁰ Mauricio Velandia. *Derecho de la competencia y del consumo*. Segunda edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 75 y 76.

permita conseguir una mejor asignación de la riqueza, una mayor eficiencia en la producción y un incremento de la innovación⁴¹.

En este sentido, cabe destacar que el daño que puede generar una práctica puede afectar, tanto a los intereses privados como, a los intereses públicos, ya que ciertas prácticas pueden generar afectación a los consumidores de forma general.

Como cuarto elemento se encontraría la libre competencia, donde no solo se está garantizando el derecho de los agentes económicos, sino también de la competencia como tal. Incluso se puede argumentar que resulta mejor “[...] proteger más la competencia misma que a los competidores y/o consumidores, con lo cual se legitima una presencia moderada y razonable del Estado, vía políticas públicas de competencia⁴².

Por todo ello se podría pretender una “competencia adecuada que permita conseguir una mejor asignación de la riqueza, una mayor eficiencia en la producción y un incremento de la innovación⁴³.

Con base en los puntos expuestos, considero que la normativa en Derecho de Competencia debe abarcar todos los aspectos precitados, buscando una protección integral de los factores a través del establecimiento de políticas públicas que generen un equilibrio y que limiten todas aquellas prácticas que puedan afectar u obstruir el desarrollo de la competencia en los mercados.

Estas limitaciones a las prácticas anticompetitivas o conductas contrarias a la normativa, se contienen en dos subsistemas normativos, por un lado aquel que regula la libre competencia; y, por otro, el que normaliza la competencia desleal.

Respecto del primero, se trata de disposiciones relativas a prácticas y actividades contra la competencia; mientras que en el segundo grupo, se encuentran aquellas normas que sancionan conductas contra la lealtad o correcto desenvolvimiento de los agentes económicos dentro de un mercado⁴⁴.

⁴¹ Lluís Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995, pág. 38.

⁴² Jorge Witker. *Derecho de la Competencia económica en el TLCAN*. México: Editorial Porrúa S.A., 2003, pág. 12.

⁴³ Lluís Cases Pallares. *Derecho Administrativo...op.cit.*, pág. 38.

⁴⁴ Fernando Díez Estella. *La Discriminación...op.cit.*, pág. 13.

Siendo que las prácticas restrictivas son “[...] aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, línea de producto o servicios, o bien, una cadena productiva o incluso una rama industrial”⁴⁵; en cambio, son prácticas desleales “[...las] conductas mercantiles que afectan la competencia leal entre mercados y territorios [...] distintos y por medio de las cuales se busca el apoderamiento de mercados [...]”⁴⁶.

Como hemos visto la medida cautelar cuenta con características propias para su adecuada funcionalidad; para lo que es necesario que se cumplan los presupuestos de apariencia en buen derecho y peligro en la demora, previo a su adopción, a fin de que la medida cautelar cumpla con el objeto de precautelar y constituya un mecanismo idóneo, para evitar que las prácticas anticompetitivas se continúen desarrollando y generando efectos que atenten en contra del sistema; entendido este último, como la protección integral tanto del mercado como de los derechos de los particulares, de los consumidores, de los competidores y de la libre competencia como tal.

Por lo tanto, se puede concluir que las medidas cautelares pueden ser aplicadas indistintamente del derecho subjetivo pretendido y el ámbito del derecho que se requiera, ya que esta constituye una herramienta enfocada al proceso y no al resultado de dicho proceso.

Siendo así, la diferencia de las medidas cautelares en materia de Derecho de Competencia viene dada por la aplicación y nivel de exigibilidad de los presupuestos y los tipos de medidas cautelares, mas no por sus características u objetivos que son los mismos que se aplican de forma general.

⁴⁵ Jorge Witker. “Prácticas desleales y prácticas restrictivas”. *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. Primera edición. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pág. 142.

⁴⁶ *Id.*, pág. 140.

CAPÍTULO 2

2. Las medidas cautelares en el Derecho de Competencia y su aplicación en distintas jurisdicciones.

Toda vez que el Derecho de Competencia está dirigido a precautar la relación entre mercado, competidores y consumidores, bajo el presupuesto de una libre concurrencia, resulta necesaria una normativa encargada de regular dichas relaciones, así como la existencia de organismos encargados de controlar el cumplimiento de estos preceptos y de tutelar el derecho en esta materia.

En este sentido y con la finalidad de lograr determinar las características y presupuestos a ser considerados al momento de aplicar medidas cautelares en otros Sistemas, en el presente Capítulo se analizan las medidas cautelares en el Derecho de Competencia en distintas jurisdicciones europeas, incluyendo la Comunitaria de la Unión Europea, para lo cual en primer lugar revisaremos brevemente el surgimiento de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia (1); en segundo lugar la normativa referente a medidas cautelares (2); y en tercer lugar, la aplicación de medidas cautelares en materia de Derecho de Competencia en dichas jurisdicciones (3).

En relación con este último punto revisaremos como primero, el objetivo de la medida cautelar (3.1); segundo, el presupuesto de apariencia en buen derecho o *prima facie* (3.2); y, tercero el presupuesto de peligro en la demora o urgencia a fin de evitar un daño grave e irreparable.

2.1. Surgimiento de la medida cautelar en el Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados de Europa.

Adentrándonos en el estudio de la aplicación de las medidas cautelares, considero pertinente revisar los antecedentes que llevaron al establecimiento de las medidas cautelares, dentro del derecho positivo en materia de Competencia.

En el ámbito del Sistema Comunitario Europeo, la normativa vigente al momento de la creación de la Comisión Europea, establecía que dicha entidad tenía la facultad de disponer medidas encaminadas a prevenir el cometimiento de infracciones, sin que en forma expresa, se le permita adoptar medidas preventivas como tal⁴⁷.

⁴⁷ Existía una excepción a este respecto, ya que de forma expresa se admitía que la Comisión puede dictar medidas provisionales en casos de concentraciones.

Esta limitación, para establecer medidas provisionales, obedecía al criterio de que no cabía ordenarlas antes de estar en condiciones de resolver sobre la pretensión principal.

Sin embargo, la Comisión Europea podía tratar el tema de estas conductas de dos maneras: (1) mediante decisión final, la cual adicionalmente podía imponer una multa; o (2) a través de recomendaciones de cese de la conducta⁴⁸.

Ante este vacío, y considerando que existían circunstancias que podían afectar intereses de los Estados miembros o generar perjuicios para las empresas o para la competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea efectuó su análisis respecto de la competencia de la Comisión Europea para adoptar medidas cautelares.

Por ello, dicho Tribunal consideró que para evitar los efectos de las prácticas anticompetitivas, era necesario que la Comisión Europea establezca medidas cautelares; y que dichas medidas de prevención debían ser adoptadas de forma urgente y durante el proceso de instrucción, para prevenir que se produzcan perjuicios graves e irreparables, que no puedan ser solucionados posteriormente al tiempo o después de la decisión administrativa de dicha Comisión⁴⁹.

Adicionalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que el permitir que la Comisión Europea adopte medidas cautelares, era un mecanismo de ejercer control a fin de evitar que la decisión final que se adopte sea ineficaz o ilusoria, debido a la actuación mantenida por el operador económico o empresa⁵⁰.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dice:

[...] no se puede excluir la posibilidad de que el ejercicio del derecho de decisión reconocido a la Comisión se articule en fases sucesivas, de manera que una decisión por la que se comprueba una infracción puede ir precedida de todas las disposiciones preliminares que se consideren necesarias en un momento dado⁵¹.

Es por ello que, de acuerdo a lo determinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y a su reiterada jurisprudencia, la Comisión Europea adoptó medidas provisionales, con base en interés legítimo de quien las solicitaba, y siempre que se tratase de casos de urgencia probada, destinada a evitar un perjuicio grave e irreparable⁵².

⁴⁸ Las facultades de la Comisión se encontraban recogidas en el entonces vigente Reglamento No. 17 del Consejo relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (1962). Dicho Reglamento fue sustituido por el vigente Reglamento (CE) No. 1/2003 (2002).

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Camera Care vs. Comisión*. Auto de 17 de enero de 1980. Asunto 792/79 R, punto 14.

⁵⁰ *Id.*, punto 18.

⁵¹ *Id.*, punto 17.

⁵² *Id.*, punto 15 y 19.

El alcance de esta facultad de la Comisión Europea lo determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando dijo, “[...] en esencia este poder [conferido a la Comisión Europea] es similar al poder de la Corte bajo [...] el] Tratado para ordenar medidas provisionales y a los poderes de las cortes nacionales de establecer medidas cautelares o similares en cada caso”⁵³; es decir, que al igual que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las cortes nacionales (de los Estados miembros), que podían dictar medidas cautelares, la Comisión Europea de igual forma debía contar con esa facultad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en uso de su atribución de ejercer control jurisdiccional de las acciones de la Comisión Europea, agregó que la decisión mediante la cual dicha Comisión adoptaba una medida cautelar, podía ser susceptible de apelación o revisión⁵⁴.

Posteriormente y en atención, tanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como al desarrollo del Derecho de Competencia, se efectuaron una serie de reformas normativas, encaminadas a reestructurar y hacer más eficiente el sistema de promoción y protección de la libre competencia a nivel comunitario, así como también, entre los distintos Estados miembros.

Por ejemplo en el caso de España, a pesar de que tenía su legislación sobre defensa de la competencia desde 1989 (Ley 16/1989), “[...] tras la entrada de España en las Comunidad Europea, la competencia en España y, por ende, las autoridades encargadas de su defensa fueron potenciadas”⁵⁵; como efecto de lo cual se reformó el sistema de defensa de la competencia en dicho Estado, modificándose las entidades encargadas de la aplicación y defensa del Derecho de Competencia, y adoptándose nueva normativa, mediante la cual expresamente se facultó al órgano tutelar de la competencia para establecer medidas cautelares.

⁵³ John Temple Lang. “The powers of the Commission to order interim measure in Competition cases”. *Common Market Law Review*, Issue 1 (1981) pág. 49.

⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *National Carbonizing Company vs. Comisión*. Orden del Presidente del Tribunal de 22 de octubre de 1975. Asunto 109/75 R.

⁵⁵ Luis Berenguer Fuster, César A. Giner Parreño y Antonio Robles Martín – Laborda. *La nueva legislación Española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010, pág. 20.

2.2. Normativa sobre medidas cautelares en el Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados europeos.

Conforme los antecedentes detallados en la sección precedente, en el Reglamento 1/ 2003⁵⁶, de aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁷, se establece, de forma expresa, que la Comisión Europea puede adoptar medidas cautelares⁵⁸, siempre que se cumplan ciertas condiciones, conforme lo señala su artículo 8:

Medidas cautelares

1. En caso de urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia, la Comisión, actuando de oficio, podrá adoptar medidas cautelares mediante decisión sobre la base de la declaración de la existencia prima facie de una infracción.
2. Toda decisión adoptada en aplicación del apartado 1 será aplicable durante un período determinado y será renovable, siempre que sea necesario y adecuado.

Adicionalmente, dicho Reglamento 1/2003 faculta a las autoridades, en materia de Derecho de Competencia, de los Estados miembros, a que adopten medidas cautelares cuando lo consideren pertinente⁵⁹.

La facultad de la Comisión Europea de establecer medidas cautelares, al ser recogida en la normativa comunitaria y en la jurisprudencia generada, tanto en los Estados miembros, como en los órganos jurisdiccionales del Sistema Comunitario Europeo, logró agilizar y robustecer el proceso y sobretodo, legitimar las actuaciones de dicha Comisión en esta materia.

Asimismo, con la finalidad de mejorar el Sistema Comunitario Europeo, optimizar la relación con los Estados miembros, y fortalecer los preceptos del Reglamento 1/2003, se establecieron una serie de lineamientos para la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión Europea; inclusive respecto de la aplicación de medidas cautelares⁶⁰, logrando así que la coordinación entre las Cortes Nacionales y

⁵⁶ Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (2002).

⁵⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). Diario Oficial de la Unión Europea, año 55 de 26 de octubre de 2012.

⁵⁸ Reglamento (CE) No. 1/2003 (2002). Artículo 8.

⁵⁹ *Id.*, Artículo 5.

⁶⁰ En este sentido, “[c]uando un órgano jurisdiccional nacional suspenda su procedimiento, por ejemplo a la espera de una decisión de la Comisión [...] o hasta que los tribunales comunitarios dicten sentencia que ponga fin al procedimiento en un recurso de anulación o en un procedimiento prejudicial [...], deberá examinar si es necesario adoptar medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes”; por lo cual la autoridad nacional en materia de Derecho de Competencia, está facultada a dictar medidas cautelares que precautelen los derechos de las partes interesadas en relación con procesos de

la Comisión Europea, permita la adecuada adopción de estas, reduciendo notablemente los efectos de prácticas anticompetitivas.

Bajo esos principios y conforme las políticas comunitarias nace la Ley de Defensa de la Competencia⁶¹ y el Reglamento de Defensa de la Competencia⁶² de España.

Dicha Ley, establece el procedimiento para dictar medidas cautelares, señalando que:

Artículo 54. Adopción de medidas cautelares.

Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.

A más de este artículo, el referido Reglamento contempla, de forma bastante completa, las consideraciones y procedimiento para la adopción de medidas cautelares⁶³.

anulación o proceso prejudiciales ventilados ante los tribunales de la Comunidad o ante la espera de una decisión de la Comisión. De igual forma, siendo deber de la Comisión el de proveer de información a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y ante procesos que estén siendo procesados ante dicha entidad, “[...] un órgano jurisdiccional nacional puede preguntar a la Comisión sobre la fecha probable de adopción de una decisión, para poder determinar [...] si es necesario adoptar medidas cautelares.” *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE “Texto pertinente a efectos del EEE”. *Diario Oficial No. C101 de 17 de abril de 2004, pág. 0054 – 0064, punto 14 y punto 21.*

⁶¹ Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (España). Boletín Oficial del Estado No.159 de 04 de Julio de 2007.

⁶² Real Decreto 261/2008: Reglamento de Defensa de la Competencia (España). Boletín Oficial del Estado No. 50 de 27 de Febrero de 2008.

⁶³ Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008):

Art. 40: 1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Ley, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:

- a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.
- b) Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

2. No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.

Art. 41: 1. La Dirección de Investigación, durante la fase de instrucción del procedimiento sancionador, podrá proponer al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, la adopción de medidas cautelares. Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley.

2. Cuando durante la fase de resolución del procedimiento sancionador los interesados soliciten al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la adopción de medidas cautelares o este considere que dicha adopción es necesaria, solicitará informe a la Dirección de Investigación sobre su procedencia. Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación

2.3. Aplicación de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados europeos.

2.3.1. Características de las medidas cautelares.

Conforme lo desarrollado previamente (sección 1.2), las medidas cautelares poseen una serie de características, las cuales de igual forma se encuentran presentes dentro del sistema de Derecho de Competencia de la Unión Europea y otros Estados europeos.

En relación con el principio de instrumentalidad, encontramos que en el Sistema Comunitario Europeo, las medidas cautelares se las dictan en relación con procesos de investigación existentes, siendo así un instrumento de dicho proceso principal. Por lo que, el requerimiento de adopción de una medida cautelar, debe relacionarse con la pretensión principal, toda vez que la medida provisional, además de proteger la competencia, busca asegurar el procedimiento y la resolución que se dictará a futuro⁶⁴.

Del análisis de la normativa vigente, se desprende que, en el ámbito nacional, la solicitud de medidas cautelares puede ser hecha mediante denuncia de un tercero ante la Autoridad en materia de Competencia de los Estados miembros o de oficio por parte de dicha Autoridad⁶⁵; mientras que, en la esfera comunitaria, la Comisión Europea puede adoptar medidas cautelares de oficio⁶⁶, sin que se contemple la posibilidad de que terceros las soliciten⁶⁷. Tal es así que en España la medida cautelar

elevará su informe en el plazo de dos meses a contar desde la petición de informe por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, una vez recibida la propuesta o, en su caso, el informe de la Dirección de Investigación oír a los interesados en el plazo de cinco días, transcurridos los cuales resolverá sobre la procedencia de las medidas.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, y previo informe de la Dirección de Investigación, podrá acordar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador, la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción, concediendo a los interesados un plazo de 5 días para que aleguen cuanto estimen pertinente para la defensa de sus derechos e intereses.

5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento.

6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento.

⁶⁴ Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Atlantic Container Line AB y otros vs. Comisión*. Orden de 19 de julio de 1995. Asunto C – 149/95 R, punto 37.

⁶⁵ Reglamento (CE) No. 1/2003 (2002). Artículo 5.

⁶⁶ *Id.*, Artículo 8.

⁶⁷ Sobre la falta de claridad respecto de quién puede solicitar las medidas cautelares a nivel comunitario, cabe recordar que antes de la promulgación del precitado Reglamento 1/2003, las medidas

puede requerirse de oficio o a petición de parte⁶⁸, pudiendo ser adoptada durante la fase de instrucción del procedimiento sancionador e incluso en la fase de resolución⁶⁹, cumpliéndose, de igual forma con el principio de instrumentalidad.

De igual forma, las medidas cautelares son provisionales, como el precitado artículo 8 del Reglamento 1/2003 señala, que las medidas cautelares se deben aplicar durante un período determinado, al ser temporales, cautelares y concretas⁷⁰.

En ese mismo sentido, la norma española establece expresamente que la medida cautelar cesará en el instante en que se adopte la decisión definitiva⁷¹; todo en estricta aplicación del principio de provisionalidad de las medidas cautelares⁷², lo cual de igual forma sucede en el Sistema Europeo, a pesar de que no se lo indique expresamente.

cautelares eran iniciadas de oficio y a petición de parte, basándose en la potestad que en ese entonces tenía la Comisión para sancionar si comprobaba, de oficio o a instancia de parte, una infracción al Reglamento No. 17 (Art. 3); estas medidas se las otorgaba si consideraba que la misma estaba justificada en el caso concreto (Caso Camera Care vs. Comisión, punto 21); y una vez que la adopción de la medida cautelar ha sido considerada como un mecanismo apropiado ante prácticas anticompetitivas; por lo tanto su aplicación es necesaria, especialmente en aquellos casos en los cuales ha existido una afectación a los distintos agentes económicos (Caso Ford vs. Comisión). Sin embargo de lo cual, con la promulgación del Reglamento 1 /2003 y debido a la falta de claridad, la Comisión señaló que “[...] artículo 8 del Reglamento (CE) n° 1/2003 establece con claridad que los denunciantes con arreglo al apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 no podrán solicitar la adopción de medidas cautelares. Las empresas pueden solicitar la adopción de medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales nacionales, que están bien situados para decidir sobre tales medidas.” (Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Diario Oficial de la Unión Europea No. C 101 de 27 de abril de 2004, pág. 0065 – 0077.) De esta forma quedó claro que los interesados en que se aplique medidas cautelares deben solicitarlas a los organismos jurisdiccionales nacionales. Ante lo cual algunos autores han señalado que lo dispuesto en el precitado artículo 8 busca principalmente blindar a la Comisión de acciones de nulidad en los casos en los cuales ha negado las medidas cautelares (ver C. Kerse and N. Khan, EC Antitrust Procedure, 5th ed., Thomson – Sweet & Maxwell, 2005) ya que si las partes interesadas solicitan una medida cautelar a la Comisión y esta no admite dicho pedido, se entiende que la situación jurídica de la parte interesada no se ha visto afectada una vez que esta no se encuentra condicionada para ejercer su derecho conforme la interpretación de la Comisión en su Comunicado. En definitiva, la negativa de los órganos jurisdiccionales comunitarios a reconocer los derechos respecto a medidas provisionales requeridas por los agentes económicos afecta directamente la situación jurídica de éstos (Damien Geradin y Nicolás Petit. Judicial Remedies under EC Competition Law: Complex Issues arising from the “Modernisation” Process. Fordham Corporate Law, 2005, pág. 12. Disponible en: <https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/5843/1>).

⁶⁸ A diferencia del sistema comunitario donde la Comisión únicamente puede adoptar medidas cautelares de oficio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia puede adoptarlas también a petición de parte, caso en el cual se requiere un informe previo de la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia. Una vez que el Consejo conoce de la petición concede un plazo para oír a las partes y luego de ello pasa a resolver sobre la procedencia de la solicitud.

⁶⁹ Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008). Artículo 41, numeral 1 y 2.

⁷⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Camera Care vs. Comisión*. Auto de 17 de enero de 1980. Asunto 792/79 R, punto 19.

⁷¹ Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008). Artículo 41, numeral 5.

⁷² En relación con la tramitación de la medida cautelar (conforme el Reglamento de Defensa de la Competencia, artículo 41) es importante señalar que el proceso de investigación no se verá interrumpido por el requerimiento, adopción, suspensión, modificación o revocatoria de la medida cautelar; es decir no puede ser utilizada como un mecanismo de dilatación o enervación del proceso principal.

Adicionalmente, según la normativa de la Unión Europea, si es necesario, la medida cautelar puede ser renovada por parte de la misma autoridad que la estableció⁷³. En este mismo sentido, en España la norma es más específica al detallar que la Autoridad de Competencia puede acordar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas cautelares, ante cambios en las circunstancias que llevaron a su adopción inicial⁷⁴, haciéndose evidente la característica de variabilidad de las medidas cautelares.

No se debe olvidar que la medida cautelar al tener la característica de ser proporcional a la sanción que la autoridad pueda dictar, en caso de confirmarse la existencia de la infracción⁷⁵, razón por la cual se estará a lo dispuesto en la normativa sobre sanciones en el Derecho de Competencia.

Además, en la legislación de España se establece que las medidas cautelares no deben originar perjuicios irreparables a los interesados y menos aún, producir la violación de derechos fundamentales⁷⁶, estableciéndose así, no solo la proporcionalidad de la medida cautelar, sino también la limitación en su aplicación.

Finalmente, dentro de la normativa de la Unión Europea sobre esta materia, no se establece la figura de la caución (fianza) para el requerimiento de una medida cautelar; mientras que en España se admite la caución a fin de indemnizar los daños y perjuicios que se puedan ocasionar, para lo cual la Autoridad de competencia podrá establecer el tipo de fianza y la suficiencia⁷⁷.

2.3.2. Objetivo de la tutela

Recordando que el objetivo de las medidas cautelares no es más que la forma utilizada para llegar a determinada finalidad o cumplir con el propósito para el cual se las establece, resulta que, en primera instancia en el Derecho de Competencia Comunitario, la función de “[e]stas medidas deben ser [consideradas] *conservativas*, es decir tienen que proteger el status quo como lo era antes de que ocurra la supuesta infracción”⁷⁸; no obstante, al establecerse que dichas medidas deben ser adoptadas,

⁷³ Reglamento (CE) No. 1/2003 (2002). Artículo 8, apartado 2.

⁷⁴ Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008). Artículo 41, numeral 4.

⁷⁵ Presidente del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Gestevisión Telecinco vs. Comisión*. Orden de 14 de diciembre de 1993. Asunto T-543/93 R.

⁷⁶ Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008). Artículo 40, numeral 2.

⁷⁷ *Id.*, Artículo 40, numeral 1b).

⁷⁸ John Temple Lang. “The powers...*op.cit.*”, pág. 49.

con la finalidad de evitar que se afecte la competencia, las medidas cautelares no deberían estar limitadas únicamente a precautelar y conservar el estado de las cosas durante el desarrollo del proceso, por el contrario, deben aplicarse las medidas cautelares en sus diferentes formas y figuras, a fin de brindar una protección y defensa de la competencia de forma integral.

Siguiendo este análisis, la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia de España disponen que “[...] las medidas cautelares necesarias [son] tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”⁷⁹, es decir, que en una línea más clásica, se busca asegurar la ejecución de la sentencia, con una medida de aseguramiento.

Sin embargo de ello, en el momento en el que se establece que las medidas cautelares a ser adoptadas pueden causar el cese de determinadas actividades, la imposición de condiciones, o la adopción de medidas para hacer o dejar de hacer algo, se abre un abanico, que puede incluir medidas conservativas y anticipatorias.

Como hemos revisado anteriormente, las medidas cautelares deben brindar una real satisfacción para quien las requiere e incluso para la sociedad en su conjunto; toda vez que la adopción de estas medidas, no solo logra ejecutar la sentencia o resolución que en un momento dado se dicte, sino que además de ello, precautela los derechos que promueve el Derecho de Competencia y todo su sistema de defensa.

2.3.3. Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares.

Una vez recorridas las características de las medidas cautelares es pertinente advertir cuales son las consideraciones efectuadas al momento de su adopción, tomando en cuenta que la norma europea, contenida en el artículo 8 del Reglamento 1/2003, de forma expresa señala los requisitos a ser observados para la aplicación de medidas cautelares, mientras que la legislación española, tanto en la Ley de Defensa de la Competencia como en el Reglamento de Defensa de la Competencia no determinan parámetros, y por el contrario, establecen características y procedimientos de las medidas cautelares.

⁷⁹ Ley de Defensa de la Competencia (España) (2007). Artículo 54; y el Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008). Artículo 40.

Por esta razón, será necesario efectuar el análisis no solo del derecho positivo sobre la materia, sino adentrarnos en el contenido de las resoluciones de los órganos tutelares, ya que ellos han desarrollado estos criterios a través de su jurisprudencia⁸⁰, conforme lo vemos seguidamente.

2.3.3.1. *Prima facie*.

De acuerdo a lo revisado (sección 1.2.2) uno de los presupuestos para el establecimiento de la medida cautelar es la apariencia en buen derecho de una infracción, lo cual, en el Sistema Europeo, se lo conoce como el presupuesto *prima facie*.

Por un lado tenemos, que el precitado artículo 8 del Reglamento 1/2003 establece que la medida cautelar se adoptará sobre la base de la declaración de la existencia a simple vista (*prima facie*) de una infracción; mientras que por el otro lado, la normativa española por ejemplo, no establece dicho presupuesto.

Sin embargo, a pesar de esta diferencia tanto en el caso en el cual la norma recoge de forma expresa este presupuesto, así como respecto de aquella que no lo hace, las autoridades de la competencia, de cada sistema respectivamente, han desarrollado este principio a lo largo de su jurisprudencia.

Recordemos que la normativa Comunitaria Europea inicialmente no regulaba ni facultaba a la Comisión a dictar medidas cautelares; sin embargo a través de la jurisprudencia, y posteriormente con la reforma normativa, se han esclarecido ciertos conceptos relativos a su contenido y su aplicación, como el criterio de *prima facie*.

Pues bien, a este respecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España señaló los presupuestos que deben considerarse para la adopción de una medida cautelar al decir que:

[I]a injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que esta se adopte en base a petición pura y simple (Calderón Cuadrado), por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia del resto de los requisitos que para cada supuesto haya establecido el legislador y [...] los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina (Serra, Ramos, Calderón Cuadrado) que se concretan en los de “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”⁸¹.

⁸⁰ Recordemos que gran cantidad de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nace previo se faculte a la Comisión de la comunidad a que dicte medidas cautelares a través de la normativa. De igual forma, cabe señalar que en España la Ley de Defensa de la Competencia, vigente desde el 2007, remplazó la Ley de 1989, razón por la cual gran parte de la jurisprudencia desarrollada en esta materia, se lo hizo con base en la Ley anterior.

⁸¹ Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96, pág. 11.

Ya entrando al análisis del contenido de este presupuesto encontramos dos elementos a su vez contenidos en este precepto: (1) que la infracción que aparentemente existe debe ser considerada una infracción sancionable según el derecho positivo; y (2) a través del estudio de verosimilitud lo que se debe tratar de verificar es la probabilidad de éxito dentro del proceso principal, respecto de lo cual: (a) se debe evitar caer en el prejuzgamiento de la causa objeto de la investigación, y (b) se deberá contar con una valoración de la prueba suficiente, que permita determinar la procedencia o no de la medida cautelar.

Pues bien, en primer lugar está la relación de la medida cautelar con la presunta infracción objeto de la investigación principal. En este sentido se reconoce que la medida cautelar debe evitar o detener aquella conducta, que de conformidad con el derecho positivo se encuentra prohibida y es objeto de una sanción. Tal es así que conforme la jurisprudencia española se ha establecido que “[...] la apariencia de buen derecho reside en la razonable existencia *prima facie* de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de la [Ley de Defensa de la Competencia] LDC”⁸².

Una vez establecida la necesidad de que la medida cautelar sea adoptada en función de una práctica descrita como infracción, es necesario determinar que dicha práctica objeto de la causa, arroje los indicios suficientes para considerar que tras el proceso de investigación en curso se sancionará como una infracción.

Siendo así, se ha entendido la apariencia de buen derecho:

[...] Como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado, lo que, no obstante, exigirá la determinación de la situación jurídica cautelable y el grado de demostración necesario y suficiente⁸³.

Conforme lo señalado, una vez comparada la práctica objeto de la causa con la normativa legal y demostrada la tipificación de la infracción, es necesario adentrarnos en el análisis de probabilidad.

Respecto de este aspecto, la Autoridad de Competencia española, determinó que es suficiente que exista una razonable probabilidad, de que la conducta objeto de la denuncia del proceso principal, sea cierta y en efecto se encuentre tipificada como

⁸² José María Baño León *et al.* *Comentario a la Ley...op.cit.*, pág. 906 y 907.

⁸³ Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96, pág. 11.

infracción en la normativa, para que se configure la apariencia en buen derecho (fumus boni iuris)⁸⁴.

Sin embargo considero que este análisis debe ser más profundo, ya que la apariencia de buen derecho no se configura únicamente con base en un alegato o denuncia de infracción sino ante la probabilidad de éxito en el proceso principal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sostiene que no se puede asimilar la exigencia de la comprobación de una infracción *prima facie*, con la exigencia de la certeza que debe estar presente en una decisión final.

[...]la motivación dada por la Comisión [Europea] en la decisión en litigio [...] equivale a exigir que, para que puedan otorgarse medidas provisionales, ya se haya demostrado la exigencia de una infracción clara y flagrante en la fase de la simple apreciación *prima facie* que debe servir de base al otorgamiento de tales medidas.⁸⁵

Con este razonamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la Comisión Europea, efectuó una apreciación errada del presupuesto *prima facie*. Recordemos que las alegaciones y fundamentación de existencia de una infracción deben ser sustentadas por el solicitante de tal forma que, a simple vista, se pueda concluir que existe una posible infracción.

Además, “[...] la acción cautelar tiene como condición no la existencia del derecho, sino la apariencia del derecho [...]”⁸⁶, caso contrario si estaríamos ante la certeza del derecho, es decir si supiéramos con seguridad que existe el derecho, no sería necesaria la medida cautelar y por el contrario se podría dictar directamente la acción de ejecución. Asimismo, al existir el derecho, de quien lo alega, no es necesario la acreditación o mayor justificación, para ejercerlo, mientras que la apariencia del derecho se basa en la demostración que se haga para obtener su reconocimiento.

Continuando con el análisis, el estudio de probabilidad requerido debe ser efectuado por parte de la Autoridad de la Competencia con base en los alegatos y pruebas presentadas por el solicitante y de acuerdo a toda aquella información que pueda recabar, que sea suficiente para determinar que en efecto se trata de una posible infracción.

⁸⁴ Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sala de Competencia. *Criadores de Caballo 2*. Resolución de 30 de abril de 2014. Expediente MC/DC/ 0001/14, pág. 9.

⁸⁵ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *La Cinq vs. Comisión*. Sentencia de 24 de enero de 1992. Asunto T-44/90, punto 61.

⁸⁶ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático...op.cit.*, pág. 83.

Así, la jurisprudencia de España, señala que el grado de demostración necesario y suficiente de la información, debe darse conforme la verosimilitud o probabilidad de la infracción, de acuerdo a la conducta y a la normativa⁸⁷.

Lo cual nos lleva al análisis de los dos siguientes puntos, el prejuzgamiento de la causa principal y la valoración de la prueba requerida.

En relación con la acreditación requerida para la adopción de una medida cautelar se ha discutido extensamente, una vez que la Autoridad de la Competencia podría caer en el prejuzgamiento del proceso principal y no simplemente la determinación de la procedencia o no de la medida cautelar.

A este respecto la jurisprudencia Comunitaria Europea, señala que un auto de medidas provisionales no prejuzga el resultado de la acción principal⁸⁸; por lo tanto, la valoración de la información se debe realizar sin necesidad de un proceso detallado; caso contrario, se podría incurrir en prejuzgamiento, toda vez que se estaría procediendo a conocer el fondo de la pretensión.

Por ello, se ha precisado que la diferencia, respecto del conocimiento requerido para dictar una sentencia sobre la pretensión principal y de aquel requerido para una medida cautelar, es cuantitativa, ya que para disponer la medida cautelar se requiere justificación documentada, mientras que para la resolución definitiva se practican adicionalmente, una mayor cantidad de pruebas⁸⁹.

Pues bien, en relación con la prueba se consideran dos aspectos, (1) la carga de la prueba y (2) la valoración de la prueba.

De conformidad con el Reglamento 1/2003, artículo 2, en todos los procedimientos nacionales y comunitarios la carga de la prueba de una infracción recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue; es decir, quien alega debe probar⁹⁰.

⁸⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96, pág.12.

⁸⁸ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Microsoft Corp. vs. Comisión*. Auto del Presidente del Tribunal de 22 de diciembre de 2004. Asunto T-201/04 R.

⁸⁹ Vicente Pérez Daudí. *Las medidas cautelares...op.cit.*, pág. 116.

⁹⁰ Sin embargo, en casos de acuerdos la carga de la prueba recae sobre los presuntos participantes de dicho acuerdo y por lo tanto deberán desvirtuar su participación a través de los medios probatorios disponibles; tal es así que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que: “[95] Una vez probada la participación de una empresa en las reuniones [para formar un acuerdo], es legítimo llegar a la conclusión de que participó en la mencionada práctica colusoria. Desde ese momento, corresponde a quien pretende verse excluido de las conclusiones relativas a las acciones convenidas aportar la prueba expresa de su disociación. La eventual falta de ejecución de las decisiones concertadas se sitúa en un plano diferente y no basta, en su opinión, para refutar dicha participación”. Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Anic Partecipazioni SpA. vs. Comisión*. Sentencia de 08 julio 1999. Asunto C-49/92.

Según el Reglamento 1/2003, Considerando (5), dicho Reglamento no afecta las normas de valoración de la prueba de los Estados miembros, siempre que dichas normas sean compatibles con principios generales del Derecho comunitario.

A diferencia del criterio sobre la carga de la prueba, determinado en el Sistema de la Unión Europea, la valoración de la prueba es todavía un tema a discutirse, ya que hasta la actualidad no se ha establecido con claridad cual es el estándar de prueba que se aplica para la determinación de la existencia de una infracción, no se diga para la adopción de una medida cautelar.

A este respecto se ha considerado que actualmente las decisiones de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se basan en la íntima convicción del juez o de la autoridad que decide, frente a lo cual se ha considerado la opción de adoptar los estándares desarrollados en el Common Law, como son el balance de probabilidad (balance of probabilities) donde se deberá demostrar que más cercana está la probabilidad por sobre la improbabilidad; y la duda razonable (beyond a reasonable doubt), una vez que las pruebas deben ser determinantes a fin de que la autoridad no tenga duda alguna respecto de lo alegado; sin embargo esta interesante discusión aún no ha finalizado y debido a su extensión y profundidad debería ser analizada con mayor detalle⁹¹.

Cabe señalar que a pesar de la falta de estándar de prueba determinado, el Tribunal Europeo ha establecido que la Autoridad debe requerir una prueba suficiente (bastante) en relación con los hechos⁹² o una prueba suficiente precisa y concreta⁹³, dependiendo de cada caso.

Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que dentro de un proceso para el establecimiento de medidas cautelares, los elementos como mercado de referencia y los requisitos para el acceso a dichos mercados no podían ser examinados a profundidad, debido a su complejidad y a la apreciación de datos económicos requerida, debiendo por lo tanto considerar el análisis efectuado por la

⁹¹ Vid. Claus-Dieter, Ehlermann y Mel, Marquis (eds.). *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2011.

⁹² Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG vs. Comisión*. Orden de 29 de marzo 1982. Asunto 107/82, punto 136.

⁹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink vs. Comisión*. Sentencia de 28 de marzo de 1984. Asunto 29/83 y 30/83, punto 20.

Comisión Europea y los demás elementos presentados, como sustento (como son los contratos de exclusividad para la distribución de los productos)⁹⁴.

Incluso, se considera que se entendería que se ha cumplido con el presupuesto *prima facie*⁹⁵, si la Autoridad de la Competencia no puede desechar o rebatir los alegatos debidamente sustentados por la Parte solicitante de la medida cautelar, a través de los cuales se demostraría la presunta infracción.

Adicionalmente, el nivel de exigencia de la prueba, dependerá de la medida cautelar que se solicite adoptar, una vez que se determine el nivel de intensidad de esta, así como su relación con la pretensión principal y la urgencia pedida para su adopción. Por lo que, al requerirse la existencia a *prima facie*, de una presunta infracción y una vez determinada la probabilidad de éxito se estaría ante el presupuesto de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, de acuerdo a lo estudiado en el Capítulo anterior.

En este mismo sentido, la autoridad de la competencia, al estar facultada para escuchar a los interesados, previo a la adopción de su resolución⁹⁶, en primer término contaría con mayor información que le permita sustentar la decisión de adoptar o no una medida cautelar, y en segundo término, garantizaría el derecho de concurrencia, ya que los interesados pueden exponer sus alegatos y presentar la información de descargo que consideren pertinente.

Por lo tanto y a manera de conclusión, encontramos que en forma previa al otorgamiento de una medida cautelar y a pesar de no ser un presupuesto establecido expresamente en toda norma legal, es necesario que se evidencie a *prima facie* (1), la existencia de una práctica presuntamente contraria a la ley; (2) y que dicha presunta infracción sea objeto del proceso principal de investigación, (3) donde según el balance de éxito del proceso principal, exista mayor probabilidad de que se sancione la práctica como una infracción, para lo cual se deberá (4) evitar el prejuzgamiento de la causa principal, a través de (5) la adecuado aplicación de estándares de prueba.

⁹⁴ Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Mars / Langnese Iglo y Schoeller Lebensmittel vs. Comisión*. Orden de 19 de febrero de 1993. Asunto T-7/93 R y T-9/93 R, punto 37 – 39.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Reglamento de Defensa de la Competencia (España) (2008). Artículo 41, numeral 3.

2.3.3.2. Urgencia y perjuicio grave e irreparable a la competencia.

Al igual que sucede con el presupuesto anterior, la normativa europea referente a la adopción de medidas cautelares en materia de competencia, establece que esta procede ante casos de “[...] urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia [...]”⁹⁷; que, por el contrario, no es reconocido en la legislación como la española. No obstante, los elementos que conforman este presupuesto han sido desarrollados en la jurisprudencia.

Conforme se detalló en la primera parte de este trabajo (sección 1.2.3), uno de los presupuestos que deben ser analizados previo a que se dicte una medida cautelar, es el peligro en la demora (*periculum in mora*), el cual puede generarse bien sea por el dilatado paso del tiempo para la resolución final en el proceso principal, que obliga a considerarlo excesivo; o, debido a la conducta del demandado en el transcurso de dicho proceso⁹⁸.

En España, la jurisprudencia lo destaca señalando que “[...] el ‘periculum in mora’ vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamandrei: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza [...]”⁹⁹. De lo dicho se desprenden los elementos, ya revisados, referentes al peligro por la demora y el daño que se puede generar como consecuencia de esta demora.

Por lo tanto, previo a profundizar en el examen de este presupuesto encontramos los siguientes elementos a ser considerados: (1) la presencia de la urgencia, la cual puede ser como resultado de la demora en la resolución del proceso principal o en función de las acciones que puedan ser realizadas por el presunto agente infractor en dicho período; y (2) que dicha demora produzca un daño, el cual a su vez es calificado como (a) grave e (b) irreparable, (c) donde el objeto de cautela, frente a dicha afectación, sea relativo al Derecho de Competencia.

Pues bien, en primer lugar, se considera que la urgencia es uno de los principales elementos al momento de dictarse una medida cautelar, ya que, precisamente con la adopción de dicha medida se logra subsanar o evitar los efectos que se pueden producir por el transcurso del tiempo hasta la resolución definitiva.

⁹⁷ Reglamento (CE) No. 1/2003 (2002). Artículo 8, apartado 1.

⁹⁸ Vicente Pérez Daudí. *Las medidas cautelares...op.cit.*, pág. 129.

⁹⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96, pág. 12.

En uno de los casos, en el cual se establecieron barreras para el acceso de una marca de helados de presentación individualizada, dentro del mercado alemán, la Comisión Europea adoptó medidas cautelares, considerando la urgencia en relación con la temporada adecuada para la comercialización de helados¹⁰⁰.

Como vemos, tanto la urgencia por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable, contemplada en la normativa comunitaria, y, desarrollada en la jurisprudencia, como el *periculum in mora*, presuponen la necesidad de adopción de una prevención por parte de la autoridad facultada para ello, con el objetivo de evitar se genere un daño grave.

En segundo lugar, en relación con el daño, como he mencionado, este debe ser considerado grave e irreparable, siendo así necesaria la adopción de una medida que lo frene y que evite una afectación considerable a la competencia.

En este sentido, a fin de poder determinar la existencia de un daño es necesario que la Parte que solicita la medida cautelar, alegue y sustente de tal manera que la Autoridad a simple vista concuerde con la necesidad de dicha medida cautelar.

A este respecto el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, en un caso concluyó que el perjuicio que podía causarse a la demandante, era de naturaleza puramente hipotética y estaba basado en la probabilidad aleatoria de acontecimientos futuros e inciertos, razón por la que declaró que el nexo causal entre la decisión impugnada y el perjuicio que la demandante alegaba no se había demostrado¹⁰¹.

La valoración de la prueba, en relación con el daño grave e irreparable es alto, ya que no solo se debe alegar la presunta infracción sino que se debe justificar los efectos que puede generar, así como las posibles afectaciones.

Respecto de aquellos casos, en los cuales el daño es cuantificable y de carácter financiero, que por lo tanto, puede ser compensado económicamente, generalmente no se otorga medidas cautelares. Por el contrario, la Autoridad ha considerado que la disolución o la disposición de vender las participaciones de uno de los miembros de la empresa, constituye un daño grave e irreparable, que no necesariamente puede ser compensado económicamente¹⁰².

¹⁰⁰ Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Mars / Langnese Iglo y Schoeller Lebensmittel vs. Comisión*. Orden de 19 de febrero de 1993. Asunto T-7/93 R y T-9/93 R.

¹⁰¹ Presidente del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Unión Carbide Corporation vs. Comisión*. Auto de 02 de diciembre de 1994. Asunto T-322/94 R, punto 31.

¹⁰² Presidente del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Société Commerciale des Potasses et de L'Azote y Entreprise Minière et Chimique vs. Comisión*. Auto de 15 de junio de 1994. Asunto T-88/94 R, punto 29.

En igual sentido, la Comisión Europea sostuvo “[...] que sólo pueden considerarse como perjuicios irreparables los daños que no se puedan remediar por una decisión ulterior [...]”¹⁰³; tal es así que negó un pedido de medida cautelar, alegando que el peligro era lejano y los efectos podían ser reparados a través de un proceso de daños y perjuicios ante la justicia nacional ordinaria, después de declararse la violación de la normativa de competencia de la parte coadyuvante¹⁰⁴. Empero, el Tribunal Europeo de Primera Instancia señaló que era errada la afirmación de la Comisión e indicó que si bien es cierto que el perjuicio irreparable se mide en función de la imposibilidad de eliminarlo, mediante una decisión dentro del procedimiento principal¹⁰⁵, esto no debe pasar a ser considerado como único condicionante, pues es uno de los aspectos a ser estimado dentro del estudio del grado de urgencia y de las demás variables propias de cada caso.

Tal es así que, en la ocasión, en la que la Comisión no efectuó esta valoración global, el Tribunal sostuvo que:

[...] la Comisión incumplió la obligación que le incumbía de tomar en consideración todos los elementos oportunos del asunto de que se trata para determinar la existencia de un riesgo de perjuicio grave e irreparable para la demandante, que demostrara la urgencia de la adopción de las medidas solicitadas, y, por consiguiente, la [d]ecisión en litigio ha incurrido en un error manifiesto de apreciación¹⁰⁶.

Continuando con el análisis, frente a casos no compensables económicamente, se debe considerar contar con pruebas suficientes que demuestren el daño grave e irreparable.

Tal es el caso en el cual el daño grave e irreparable, a causa de la existencia de contratos de exclusividad que limitaban el acceso del demandante no solo le generaban una afectación a dicho operador económicos, sino a todos los operadores competidores que también estaban limitados por esas condiciones; además, se consideró que también se podía crear una evolución en el mercado la cual sería difícil, he incluso imposible modificar más tarde con la decisión final, razón por la cual se adoptaron medidas cautelares que eliminaban la limitación de la exclusividad¹⁰⁷.

¹⁰³ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *La Cinq vs. Comisión*. Sentencia de 24 de enero de 1992. Asunto T-44/90, punto 77.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Camera Care vs. Comisión*. Auto de 17 de enero de 1980. Asunto 792/79 R, punto 14.

¹⁰⁶ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *La Cinq vs. Comisión*. Sentencia de 24 de enero de 1992. Asunto T-44/90, punto 94.

¹⁰⁷ Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Mars / Langnese Iglo y Schoeller Lebensmittel vs. Comisión*. Orden de 19 de febrero de 1993. Asunto T-7/93 R y T-9/93 R, punto 40.

Adicionalmente, en relación con la valoración de la prueba, para demostrar la irreparabilidad del daño, de igual forma, no se han determinado los estándares para dicha valoración, lo cual produce que en cada caso la autoridad establezca lo que considera como pruebas suficientes para sustentar lo alegado. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señaló en un caso, que la Parte solicitante de la medida cautelar no presentó pruebas tangibles, como son datos numéricos relativos a la pérdida de audiencia o disminución de sus ingresos por publicidad y que por lo tanto, no se podía demostrar la afectación que la práctica presuntamente anticompetitiva podía generar¹⁰⁸.

De allí que la urgencia y el daño son elementos que deben ser enlazados de una forma precisa, a fin de que se dé el presupuesto normativo y por ende no deben ser interpretados de forma separada.

En este sentido y debido a la particularidad del caso, resulta interesante revisar el análisis que se hace en el Reino Unido, en relación con el daño grave e irreparable que se debe evitar a través de la medida cautelar en materia de competencia.

La normativa referente a medidas cautelares dentro del Derecho de Competencias en el Reino Unido, establece que la autoridad competente podrá establecer una medida cautelar ante “[...una] cuestión de urgencia para el propósito de la prevención de daños graves e irreparables [...]”¹⁰⁹.

Antes de las modificaciones efectuadas en el 2014, la Autoridad de Competencia del Reino Unido, que a ese tiempo era la Oficina de Competencia¹¹⁰, adoptó medidas cautelares en una sola ocasión¹¹¹; sin embargo la misma autoridad revocó dicha

¹⁰⁸ *Id.*, punto 75.

¹⁰⁹ Competition Act. Chapter 41 (Reino Unido). Sección 35. 09 de noviembre de 1998. Artículo 35. Medidas cautelares:

1. Esta sección se aplica si el Director:

- a) tiene una sospecha razonable de que la prohibición del capítulo I se ha infringido, o
- b) tiene una sospecha razonable de que la prohibición del capítulo II se ha infringido, pero no ha completado su investigación sobre el asunto.

2. Si el Director considera que es necesario que él actúe conforme a esta sección como una cuestión de urgencia para el propósito:

- a) de la prevención de daños graves e irreparables a una persona en particular o categoría de persona, o
- b) de proteger el interés público,

él puede dar las instrucciones que considere apropiadas para tal fin. [...].

¹¹⁰ Oficina de Competencia, traducción libre de Office of Fair Trading.

¹¹¹ La Oficina de Competencia (Office of Fair Trading) del Reino Unido dispuso a la Bolsa de Metales de Londres (London Metal Exchange) no extender las horas de operación de su plataforma de comercio electrónico. Dicha medida cautelar fue apelada ante el Tribunal de Apelación de la Competencia (Competition Appeals Tribunal); sin embargo, antes de que haya sido tratada, la misma Oficina de Competencia revocó dicha medida, con base en la nueva información y pruebas sustantivas y material que le fueron presentadas. A pesar de que la medida cautelar fue revocada por parte de la Oficina de Competencia, el Tribunal de Apelación de la Competencia manifestó que la decisión era infundada,

decisión. El Tribunal de Apelación de la Competencia, respecto del fondo de este asunto, manifestó que la base sobre la cual se adoptó dicha medida era insuficiente. Ante ello y considerando que apenas por una sola vez, se habían establecido medidas cautelares, el gobierno del Reino Unido determinó la necesidad de reformar el régimen de competencia de dicho Estado, con la finalidad de mejorar y desarrollar esta área.

La propuesta planteaba la disminución en la exigibilidad de los requisitos para establecer medidas cautelares en materia de competencia. El argumento principal para proponer dicha enmienda consistía en que, de conformidad con la norma, la Autoridad de Competencia podía dictar medidas cautelares ante una situación urgente a fin de prevenir un daño grave e irreparable a una persona en particular o a un grupo de personas o para proteger el interés público¹¹²; lo cual constituía una limitación para la Autoridad de la Competencia, una vez que se debía estar ante un posible daño que sea irreparable y grave, es decir que de forma acumulativa se presenten estos dos preceptos. Adicionalmente, la medida cautelar se justificaba si el riesgo para el solicitante consistía en la posibilidad de ser excluido del mercado o incluso dejar de funcionar.

Al considerarse que el nivel requerido para establecer medidas cautelares era muy difícil de cumplir y por ende no se las estaban adoptando, se planteó la reforma a fin de que estas se dicten ante la necesidad de actuar para prevenir un daño significativo a una persona en particular o a un grupo de personas, en general; es decir se excluye los términos grave e irreparable.

Finalmente la Ley de Competencia del Reino Unido¹¹³ fue reformada¹¹⁴, efectuándose ciertos cambios, como el de la creación de una nueva Autoridad en materia de competencia que remplazó a las anteriores¹¹⁵; sin que la sección referente a medidas cautelares fuera modificada, por lo cual la disposición que recoge el principio de daño grave e irreparable (*periculum in mora*) se mantiene aún.

superficial y errónea, además de señalar que las pruebas en las cuales se basó no eran suficientes ni cumplían con el nivel requerido, por una autoridad como la Oficina de Competencia para el correcto ejercicio de sus funciones; además sólo se fundamentó en la información provista por el denunciante sin sustentarse de mayor información y sin comprender el negocio del denunciante ni el mercado en general.

¹¹² Competition Act. Chapter 41 (Reino Unido). Sección 35, apartado 2. 09 de noviembre de 1998.

¹¹³ Competition Act. Chapter 41 (Reino Unido). 09 de noviembre de 1998.

¹¹⁴ Enterprise & Regulatory Reform Act 2013 (Reino Unido). (2014) Order No. 892 de 01 de abril de 2014.

¹¹⁵ Se creó la Competition and Markets Authority (Autoridad de competencia y Mercado) la cual asume las atribuciones de la Office of Fair Trading y de la Competition Commission (Comisión de Competencia).

Cabe señalar que a partir de la creación de la Autoridad de Competencia y Mercado no se han otorgado medidas cautelares, tomando en consideración que se presentó un requerimiento contra Visa UK Limited, el cual no fue admitido¹¹⁶.

Continuando con nuestro estudio sobre el daño grave e irreparable, se debe considerar, de igual forma, la situación jurídica o bien jurídico protegido en materia de Derecho de Competencia, que se busca proteger con la medida cautelar.

De acuerdo al Reglamento 1/2003, artículo 8, se protege la competencia, es decir, evitar que se genere una afectación a la competencia, por lo que el interés de los órganos jurisdiccionales en materia de Derecho de Competencia, es el de realizar una interpretación integral de la competencia, buscando proteger tanto a los competidores, como a la competencia y al interés general.

Pues bien, resulta importante recordar que, entre los argumentos a favor de que la Comisión Europea pueda adoptar medidas cautelares, constan los que entre los fines de este organismo, están el de brindar una efectiva protección del derecho de la competencia, así como a los intereses de las empresas y a los de cada uno de los Estados miembros; protección que resultaba necesaria que la ejerza de forma eficiente y apropiada a las circunstancias concretas¹¹⁷; garantizando que se cumplan las resoluciones que se dicten, para lo que era necesario dotar a la Comisión Europea de la facultad de dictar medidas provisionales¹¹⁸. En este sentido, se habla de asegurar la eficiencia de la resolución, lo cual constituye el objetivo de la medida cautelar, más no el objeto de cautela, razón por la cual el objeto de protección es difuso, una vez que el texto refiere únicamente a evitar el daño que cause la conducta en relación con la pretensión del proceso principal.

En este mismo sentido, si observamos la legislación española encontramos que únicamente se hace referencia al objetivo de garantizar la efectividad de la resolución y su ejecución; sin embargo en su jurisprudencia se ha dicho que:

La situación jurídica cautelable se corresponderá aquí con el logro del objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, de "garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público [...]" (Exposición de Motivos de la LDC), evitando acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas que limitan la competencia en el mercado y que se concretan en los artículos 1, 6 y 7 [de la Ley de Defensa de la Competencia] LDC¹¹⁹.

¹¹⁶ Autoridad de competencia y Mercado. *Worldpay UK Limited vs. Visa UK Limited*. Decisión de 19 de diciembre de 2014. Expediente CE/4500/04.

¹¹⁷ Lluís Cases Pallares. *Derecho Administrativo...op.cit.*, pág. 124 y 125.

¹¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Camera Care vs. Comisión*. Auto de 17 de enero de 1980. Asunto 792/79 R, punto 18.

¹¹⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96, pág. 12.

Por lo que, el objeto de la protección, a través de la medida cautelar, viene dado por el enfoque global que persigue la Ley de Defensa de la Competencia y el Reglamento, como es por ejemplo en el sistema español.

En ese mismo sentido, tanto en relación con el sistema español como en el europeo comunitario se hace evidente la necesidad de una interpretación global de la competencia.

Conforme se estableció previamente, el Derecho Comunitario de Competencia, revestido de fundamentos políticos y sociales, en procura de una integración y consolidación del Mercado Común Europeo, busca proteger a la competencia, a los consumidores y a las empresas (operadores económicos).

Bajo este esquema, y dado que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hace referencia a la promoción de una economía de mercado abierta y de libre competencia¹²⁰, al establecerse que las medidas cautelares se dicten para evitar perjuicios graves e irreparables a la competencia, es de esperar una protección de la competencia en el más amplio sentido, para lo que se debe tomar en cuenta a todos los integrantes del mercado.

La interpretación de este concepto se ha manifestado de distintas maneras, por un lado se promueve la libre empresa y el desarrollo de actividades profesionales, como principios del Derecho Comunitario; sin embargo de lo cual, la alegación de estos no constituye prerrogativa absoluta, sino que además de estos principios debe tomarse en consideración su función en la sociedad¹²¹.

De igual forma, previa a la reforma normativa instaurada a través del Reglamento 1/2003, la jurisprudencia, tanto de Primera Instancia como del Tribunal de Justicia, determinó que el objetivo de la medida cautelar era evitar que se genere un daño grave e irreparable, para la parte solicitante o para el interés general¹²².

¹²⁰ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículos 119 y siguientes.

¹²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Reino de España y República de Finlandia vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*. Sentencia de 09 de septiembre de 2004. Asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, punto 51 y 52.

¹²² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Camera Care vs. Comisión*. Auto de 17 de enero de 1980. Asunto 792/79 R, punto 19.

Sobre este aspecto, la Autoridad de Competencia española ha determinado que al hablar de interés público, también se incluya el interés privado, pues la afectación que se le puede infringir a este, también genera afectación al interés general ¹²³; razón por la que es necesaria una protección integral tanto de particulares como del colectivo, con la finalidad de garantizar una adecuada competencia.

Consecuentemente, las distintas interpretaciones efectuadas por los organismos jurisdiccionales comunitarios, contienen una protección integral que es la búsqueda por el Derecho de Competencia en la Comunidad.

Por lo tanto, en forma previa a la decisión sobre la procedencia o no de una medida cautelar en materia de Derecho a la Competencia, se debe estar ante una situación que implique (1) urgencia en la adopción de una medida que evite se produzca (2) un daño grave e irreparable que afecte (3) la competencia, entendida desde una visión integral.

Finalmente a manera de conclusión, encontramos que en materia de Derecho de Competencia, en ciertos casos la normativa y la jurisprudencia, y en otros únicamente la jurisprudencia, han determinado como necesario el considerar tanto el presupuesto de *prima facie*, como el de urgencia ante un daño grave e irreparable para la competencia, ya que en caso de faltar uno de ellos, no cabría que se establezca la medida requerida ¹²⁴.

En este sentido la jurisprudencia española ha recogidos, a manera de requisitos para la adopción de las medidas cautelares, los siguientes elementos: (1) que se hubiere iniciado el proceso principal ante el órgano instructor (principio de accesoriadad); (2) que se aprecie *prima facie* la existencia de una infracción y que constituya objeto del expediente principal (principio de apariencia en buen derecho o *fumus boni iuris*); (3) que la conducta esté generando perjuicios al mercado y que de no evitarse, afecte a la eficiencia del proceso principal y su resolución (principio de peligro en la demora o *periculum in mora*); (4) que exista la solicitud de medidas cautelares, bien sea de oficio o a petición de parte; (5) que se escuche a los interesados, (principio contradictorio); (6) que la medida cautelar se adopte en un plazo breve y mediante trámite simplificado (procedimiento sumario y de urgencia);

¹²³ Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96, pág. 12.

¹²⁴ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *La Cinq vs. Comisión*. Sentencia de 24 de enero de 1992. Asunto T-44/90.

(7) que la medida cautelar adoptada no genere perjuicios irreparables o viole derechos fundamentales, justificando así la solicitud de fianza (principio de equilibrio); y (8) que el plazo de la medida cautelar no exceda de seis meses, a pesar de que este requisito no se encuentra contenido en la normativa vigente (esto último conforme lo establecido por la Autoridad de la competencia española)¹²⁵.

¹²⁵ *Vid.* (1) Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sala de Competencia. *Criadores de Caballo 2*. Resolución de 30 de abril de 2014. Expediente MC/DC/ 0001/14. (2) Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sala de Competencia. *Tanatorios de Coslada*. Resolución de 26 de junio de 2012. Expediente MC/0006/12.

CAPITULO 3

3. Las medidas cautelares en el Derecho de Competencia y su aplicación en el Ecuador.

[...]La realidad de nuestros días está marcada por la existencia de una economía abierta y globalizada –como resultado del proceso de integración económica– que ha sido el elemento fundamental de la denominada transnacionalización del Derecho, razón por la cual resulta imposible visualizar la libre competencia sólo desde la perspectiva de cada legislación en particular¹²⁶.

Ante el desafío que tiene el Ecuador de insertarse en la expansión de los mercados hacia una globalización, requiere contar con herramientas suficientes que le permitan cumplir con este objetivo; herramientas, entre las que se destaca la adecuada promoción y protección de la competencia.

Por ello, en el presente Capítulo centramos el estudio en el Ecuador, para lo cual revisaremos, en primer lugar las medidas cautelares en su Derecho de Competencia, su surgimiento y concepción (1); en segundo lugar, los parámetros para la aplicación de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia (2); y, en tercer lugar, la falta de parámetros para la aplicación de medidas cautelares en el Derecho de Competencia y su efecto (3).

3.1. Surgimiento de la medida cautelar en el Derecho de Competencia del Ecuador.

3.1.1. Las medidas cautelares en Derecho de Competencia en la Comunidad Andina de Naciones.

El Ecuador se inició en la aplicación de disposiciones dirigidas a la promoción y protección de la libre competencia, a partir de la normativa Comunitaria Andina¹²⁷, y

¹²⁶ Ignacio Barón Alsina. *Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea*. Chile: Centro de Libre Competencia, 2007, pág. 3.

¹²⁷ La Comunidad Andina de Naciones en 1971 promulga la Decisión No. 45 relativa a “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”. Posteriormente, en 1987 se derogó la Decisión No. 45 mediante la promulgación de la Decisión No. 230 referente a “Normas para prevenir o corregir las prácticas que distorsionan la competencia dentro de la Subregión”. Ya para mi 1991 se aprobó la Decisión No. 285 sobre “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”. Finalmente se promulgó la Decisión 608 respecto de las “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina” de 29 de marzo de 2005, la cual, pasó a ser aplicada por parte del Ecuador mediante la Decisión 616 de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XII, No. 1221 de 25 de julio de 2005.

las normas internas para la aplicación de dichas regulaciones comunitarias¹²⁸. Posteriormente, estructuró su propio sistema normativo en materia de competencia, conforme lo analizaremos en la siguiente sección.

En relación con las medidas cautelares, la referida Decisión 608 establece que la Secretaría General de la Comunidad Andina podrá dictarlas, de oficio¹²⁹ o a petición de parte¹³⁰, en cualquier momento durante el procedimiento de investigación que se esté llevando a cabo ante dicha entidad¹³¹, para lo cual se debe cumplir con los siguientes requisitos: “[...] demostrar interés legítimo y la inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación”¹³² y para ello se basará en la información que tenga a su disposición¹³³.

Resulta interesante observar que la normativa andina recoge de forma expresa el presupuesto de peligro en la demora o *periculum in mora*, al establecer como requisito la inminencia o urgencia de daño o perjuicio, considerado irreparable o de difícil reparación. La determinación del cumplimiento con este requisito se la debe hacer con base en el análisis de “[...] la pruebas presentadas sobre el particular y los efectos que tendría la negativa de autorizar la aplicación de la medida cautelar”¹³⁴.

Respecto del segundo presupuesto requerido, a pesar de que no es específica la normativa en relación con el *prima facie* o *fumus boni iuris*, “[d]ebe entenderse por interés legítimo el derecho invocado en la pretensión principal de la solicitud, es decir que exista apariencia exterior de que lo invocado pudiere ser cierto al finalizar la investigación respectiva”¹³⁵; entendiéndose que conforme la normativa comunitaria andina, se deben cumplir los dos presupuestos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) para el establecimiento de medidas cautelares acorde con la Decisión 608.

¹²⁸ Decreto Ejecutivo No. 1614. Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. Registro Oficial No. 558 publicado el 27 de marzo de 2009.

¹²⁹ Decisión 608 (Comunidad Andina). Artículo 31. 33 de marzo de 2005.

¹³⁰ La Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones podrá requerir una caución, contracautela o garantía si la medida cautelar es solicitada por un tercero. *Vid.* Decisión 608 (Comunidad Andina). Artículo 31.

¹³¹ Decisión 608 (Comunidad Andina). Artículo 31. 29 de marzo de 2005.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Secretaría General de la Comunidad Andina. Guía Práctica para la Aplicación de la Decisión 608 “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina”. Documento SG/dt 396. 23 de octubre de 2007, pág. 31.

¹³⁵ *Ibíd.*

Como se deja señalado, en el Ecuador, se establecieron las “Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones”¹³⁶, cuyo propósito fue el de facilitar la aplicación de la normativa comunitaria, toda vez que el país, a esa fecha, no contaba con disposiciones específicas en materia de competencia.

Respecto a las medidas cautelares, estas Normas de aplicación de la Decisión 608, establecen el mismo procedimiento detallado en tal Decisión, previamente analizada. No obstante de lo anterior, hasta la actualidad no se ha hecho efectiva esta facultad de la Secretaría General de la Comunidad Andina, pues no se tiene conocimiento de casos en los que se hubiere establecido medidas cautelares de conformidad con la Decisión 608.

3.1.2. Normativa sobre medidas cautelares en el Derecho de Competencia del Ecuador.

Continuando con el análisis, ya en la esfera nacional, las Constituciones previas a la promulgada en el 2008, no contenían disposiciones sustanciales sobre la promoción y defensa de la competencia. Es recién con la Constitución Política de 2008¹³⁷, vigente hasta la actualidad, que se reafirman principios tales como el derecho a desarrollar actividades económicas¹³⁸, y se reconocen otros como la prohibición respecto de prácticas anticompetitivas y antimonopólicas¹³⁹. Asimismo se establece que el Estado regulará las transacciones económicas¹⁴⁰, buscando un equilibrio entre el Estado y el mercado¹⁴¹, siendo el individuo y el interés social el eje primordial¹⁴².

¹³⁶ Las Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, (contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1614) fue derogado expresamente con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011).

¹³⁷ La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante Referéndum de 28 de septiembre de 2008, y publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Su última reforma es del 30 de enero de 2012.

¹³⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, numeral 15. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Id.*, Artículo 335.

¹⁴¹ *Id.*, Artículo 283.

¹⁴² El Buen Vivir o Sumak Kawsay esta definido como: “La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno -visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro)”. *Vid.* Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional para el Buen Vivir (2009- 2013)*.

De lo mencionado previamente, la única normativa que el Ecuador mantenía en materia de competencia hasta el 2011, era la Comunitaria Andina y aquella de carácter interno dictada para su aplicación, ante lo cual tras un extenso período de debate y revisión, se promulgó la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado¹⁴³ y posteriormente a ello, el Reglamento para la aplicación de dicha Ley¹⁴⁴; normativa encaminada al establecimiento de un sistema de promoción y protección de la competencia en el país.

Originalmente, en el proyecto de Ley¹⁴⁵ se establecía que las medidas cautelares debían ser solicitadas por parte de la Autoridad Administrativa al juez. Posteriormente, se consideró y aprobó facultar directamente a la Autoridad Administrativa para que las pueda establecer directamente¹⁴⁶. Esta facultad para dictar medidas preventivas se encuentra contenida en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, conforme se detalla a continuación:

El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

¹⁴³ La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado fue promulgada el 11 de octubre de 2011 y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011. Su última reforma es del 12 de septiembre de 2014.

¹⁴⁴ El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado fue promulgada mediante Decreto Ejecutivo No. 1152 del 23 de abril de 2012, y publicado en el Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012. Su última reforma es del 11 de junio de 2015.

¹⁴⁵ Asamblea Nacional. Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Acta 126 de 27 de septiembre de 2011.

¹⁴⁶ La norma faculta de forma expresa el dictar medidas cautelares a la Autoridad de la competencia, que en este caso es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; institución de derecho administrativo, razón por la que, tanto el procedimiento de investigación y, eventualmente de sanción por incumplimiento de la normativa sobre competencia, así como las medidas cautelares dictadas en relación con estos procesos, son de carácter administrativo.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días.

Este artículo se encuentra desarrollado en las disposiciones del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado contenidas en los artículos 73 al 78.

3.2. Aplicación de las medidas cautelares en el Derecho de Competencia.

Conforme hemos estudiado a lo largo de este trabajo, las medidas cautelares de acuerdo a la normativa precitada, contienen una serie de características las cuales serán analizadas a continuación

3.2.1. Características de las medidas cautelares.

En primer lugar la solicitud, de oficio o a petición de parte de una medida cautelar, puede ser presentada bien sea durante el proceso de investigación, para lo cual el requerimiento deberá estar vinculado con la pretensión principal; o por el contrario, antes de la presentación de la denuncia que origina el proceso de investigación, situación que debe ser regularizada con el inicio del procedimiento principal durante el plazo otorgado, so pena de que la medida cautelar quede sin efecto.

Tanto en el caso del requerimiento de medida cautelar durante el proceso de investigación, como previo a su inicio, se hace visible la instrumentalidad de la medida cautelar.

Esta posibilidad de que se adopte una medida cautelar, a pesar de no estar iniciado el proceso principal, busca cumplir con la finalidad de rapidez y efectividad de la tutela administrativa, al evitar se generen, o se continúen generando, efectos de la práctica presuntamente anticompetitiva objeto de la investigación.

Además, el artículo citado señala que la medida cautelar deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretende evitar, de lo cual se desprende, nuevamente, el carácter instrumental de la medida cautelar ya que esta se la adopta en relación con la pretensión principal, evitando, así que la conducta objeto de la investigación despliegue sus efectos.

Por otro lado, se señala que la medida cautelar dejará de tener efecto en tres escenarios: primero si se suspende la medida cautelar¹⁴⁷; segundo si se vence el plazo de vigencia¹⁴⁸; o tercero, al dictarse la resolución final del proceso principal¹⁴⁹; todo ello en estricto apego a la consideración de que la medida cautelar debe ser temporal y provisional.

Así lo señala la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, cuando dice “[...] al haberse ordenado el archivo del expediente investigativo que constituye la causa principal, la acción accesoria se extingue con ella”¹⁵⁰.

En igual sentido, la misma Autoridad de la Competencia está facultada a suspender, modificar o revocar la medida cautelar dispuesta, siempre que se presenten nuevos elementos desconocidos al momento de su adopción¹⁵¹. Este precepto responde al carácter de variabilidad que tienen la medida cautelar, conforme revisamos previamente¹⁵².

El artículo citado señala que la medida cautelar debe ajustarse a la proporcionalidad del daño que se pretende evitar, de donde resulta indispensable que la autoridad de la competencia, establezca la medida cautelar adecuada a fin de que satisfaga la pretensión y no afecte los derechos de quién está obligado a cumplirla; derechos, que como la misma normativa lo señala no puede generar daños irreparables o violación de derechos fundamentales de los presuntos responsables¹⁵³.

Al igual que el Sistema Europeo de Competencia, y a diferencia de la normativa española, no se faculta a la autoridad de la competencia a establecer o aceptar caución alguna.

¹⁴⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011; y Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 76. Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

¹⁴⁸ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 74 y 78. Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

¹⁴⁹ *Id.*, Artículo 78.

¹⁵⁰ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *Chemplast del Sur vs. Magreb S.A.*. Resolución de 23 de febrero de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-006.

¹⁵¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011; y Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 76. Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

¹⁵² A este respecto la normativa es clara al establecer que tanto el establecimiento de medidas cautelares, así como su modificación o suspensión no suspende el desarrollo del proceso principal, razón por la cual no puede ser utilizado por las Partes procesales como mecanismo de dilatación o como incidente respecto del proceso principal.

¹⁵³ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 73. Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

Conforme queda analizado previamente, el argumento esgrimido para la solicitud de esta caución, es el de obtener una herramienta de reparación ante casos de aplicación injustificada de la medida cautelar. Ante lo cual, si bien es cierto nuestra normativa no contempla este mecanismo, brinda la posibilidad de que una vez archivado el procedimiento principal, y siempre que existan méritos para ello, el denunciado puede demandar judicialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubieren sido ocasionados¹⁵⁴. Cabe destacar que esta posibilidad determinada por la Ley, no solo sirve para obtener una reparación por los daños y perjuicios generados, sino que adicionalmente cumple con la función de disuadir la presentación de denuncias maliciosas y temerarias.

3.2.2. Objetivo de la tutela

De acuerdo a la normativa que venimos revisando, la finalidad de la medida cautelar es la de (1) preservar las condiciones de competencia afectadas, (2) evitar el daño que pueda producir la conducta objeto de la investigación, (3) asegurar la eficacia de la resolución definitiva¹⁵⁵, o (4) evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores¹⁵⁶.

Estos postulados describen, de forma abstracta, la finalidad de las medidas cautelares; sin embargo de ello, la calificación del tipo de medida cautelar vendrá dada en función de la medida cautelar concreta que la autoridad de la competencia adopte.

De forma general podemos establecer que la medida cautelar en materia de Derecho de Competencia en el Ecuador, es conservativa, de aseguramiento e innovativa, según la apreciación que se haga.

La medida es calificada como conservativa, una vez que busca preservar las condiciones de competencia; en otras palabras, pretende mantener el *statu quo*, sin que las prácticas, objeto de la investigación, modifiquen este estado.

Es medida de aseguramiento, cuando busca afianzar la eficacia de la resolución definitiva, garantizando su ejecución.

¹⁵⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 64. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

¹⁵⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

¹⁵⁶ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 73. Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

Finalmente, es innovativa o anticipatoria, al evitar un daño o lesión, a través del establecimiento de una prevención, que posteriormente puede ser determinada como permanente con la resolución definitiva.

Se debe tomar en consideración, que durante los debates previos a la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se requirió detallar las medidas que puede adoptar la Autoridad, para así limitar el espacio de discrecionalidad de esta¹⁵⁷; sin embargo, el precitado artículo, no dio paso al listado taxativo y por el contrario, adoptó la figura ejemplificativa, detallando las medidas cautelares a ser adoptadas, entre las cuales se encuentran el cese de la conducta (objeto de la investigación); imposición de condiciones; suspensión de efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida (objeto de la investigación); y, adopción de comportamientos positivos.

A primera vista, las medidas propuestas en el articulado, constituyen medidas anticipativas como son por ejemplo, el cese de actividades, donde la sanción en caso de que se confirme la existencia de una infracción, sería el cese definitivo de dicha práctica anticompetitiva o la suspensión de los efectos de un acto jurídico, que de igual forma implica la anticipación de los efectos de la decisión definitiva.

En relación con la imposición de condiciones, como medida cautelar, podrían de igual forma, constituir una medida anticipativa, dado que la misma condición establecida durante el proceso de investigación, se confirme con la decisión final, una vez comprobada la existencia de la infracción; sin embargo esta medida también puede ser entendida con el carácter de conservativa, una vez que la condición permite mantener el *statu quo*, hasta la resolución por parte de la Autoridad de la Competencia.

Asimismo, la adopción de comportamientos positivos, pueden ser determinados de igual forma, no solo como medida cautelar, sino en la decisión definitiva, luego de concluido el proceso de investigación; o, como una medida conservativa de la situación jurídica hasta el final del proceso principal.

¹⁵⁷ Asamblea Nacional. Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Acta 126 de 27 de septiembre de 2011.

Adicionalmente, una vez que la norma permite que la Autoridad establezca aquellas medidas que considere pertinentes¹⁵⁸, se estaría dando la oportunidad de establecer otro tipo de medidas, como son las de carácter conservativo, tales como las de disponer que se continúe proveyendo y distribuyendo un producto a fin de evitar una afectación en la cadena de producción o en su defecto a los consumidores; o medidas de aseguramiento, como es por ejemplo el embargo.

En este sentido, cabe señalar que, al igual de lo contenido en la legislación española, la norma excluye en forma expresa a la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo, entre las medidas cautelares que pueden ser adoptadas¹⁵⁹; excluye también a las que puedan originar daño irreparable a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En definitiva, esta gama de posibilidades facilitan a la Autoridad de la Competencia el establecer medidas cautelares realmente efectivas que permitan cumplir con la finalidad para la cual se adoptan.

3.3. Los presupuestos para la adopción de medidas cautelares.

Como señalé anteriormente, según la doctrina y la jurisprudencia extranjera, para la adopción de medidas cautelares se debe cumplir con el presupuesto de apariencia en buen derecho (*fumus boni iuris* o *prima facie*) y el presupuesto peligro en la demora (*periculum in mora* o urgencia ante daño grave e irreparable).

A simple vista nuestra legislación no contempla estos presupuestos, razón por la cual resulta necesario el estudio de ellos a la luz de la normativa y la jurisprudencia extranjera, con el propósito de que estos elementos sean considerados en nuestro Derecho de Competencia de manera expresa.

3.3.1. Apariencia en buen derecho (*fumus boni iuris* o *prima facie*)

De acuerdo al análisis desarrollado en los capítulos anteriores, para la configuración del presupuesto de apariencia de buen derecho se observan los siguientes elementos: (1) la aparente infracción debe ser una de aquellas contenidas en la legislación y por ende sancionable; y (2) la determinación de la probabilidad de

¹⁵⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011; y Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 73, literal e). Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

¹⁵⁹ Adicionalmente, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 17 establece: "Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna [...]"

éxito al sancionarse la infracción, basado en un estudio de verosimilitud; para lo que es necesaria la valoración de la prueba bajo un estándar determinado sin caer en el prejuzgamiento de la causa principal.

Tanto la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como su Reglamento, establece que la medida cautelar se la puede solicitar en cualquier estado del procedimiento de investigación, con lo cual se estaría vinculando a esta medida cautelar con el procedimiento principal. En tal sentido, para que se cumpla el presupuesto de apariencia en buen derecho, debe existir un análisis de probabilidad, con base en la pretensión; sin que la simple existencia de un proceso de investigación sobre la pretensión pueda ser considerado como suficiente, o menos aún, remplazar el análisis de probabilidad referido.

De igual forma, en relación con este presupuesto, requerido para el establecimiento de medidas cautelares, las resoluciones dictadas por la Autoridad de la Competencia tampoco lo desarrolla a profundidad.

En la argumentación dada en uno de los casos en los cuales se negaron medidas preventivas, la Autoridad sostuvo que:

[...] las medidas preventivas pueden ser declaradas siempre que exista un proceso de investigación en curso, dada su naturaleza jurídica cautelar, razón por la cual, son consideradas como medidas accesorias que siguen la suerte de la acción principal. En la especie se advierte que la eficacia en la adopción de medidas preventivas no se encuentra justificada [...] ¹⁶⁰.

Como podemos ver, se establece la necesidad de que la medida cautelar se la requiera de conformidad con la pretensión del proceso principal, vinculación que resulta necesaria; sin embargo, no existe un análisis de probabilidad sobre la infracción en si y la posibilidad de que dicha infracción sea sancionada luego de finalizado el proceso de investigación.

Dicho análisis de probabilidad es indispensable, ya que a través de este se estaría no solo determinando la presunta infracción, sino que adicionalmente se estaría delimitando el bien o situación jurídica objeto de cautela y por ende la presunta infracción y sus consecuencias, todo lo cual debe ser considerado para determinar la medida cautelar apropiada que se debe adoptar.

Resulta curioso que la Autoridad de la Competencia al hablar de la urgencia de suspender las actividades que podrían generar una afectación señala que “[...] la adopción de estas medidas [no implica] un reconocimiento del cometimiento de [una]

¹⁶⁰ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONELEC S.A. vs. CNT – EP.*. Resolución de 18 de marzo de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-009.

infracción al ordenamiento jurídico”¹⁶¹. Al parecer, se busca evitar el prejuzgamiento de la pretensión principal, sin embargo, conforme lo referido en los capítulos anteriores, el riesgo de prejuzgamiento se produce al momento de efectuar el análisis de probabilidad de la existencia de la infracción.

La alusión a este criterio, sin que exista mayor análisis o profundización acerca del no juzgamiento del proceso principal a través de la medida cautelar y la falta absoluta de análisis de la probabilidad, generan otra serie de problemas como son la ausencia de legitimidad de la resolución; y la inseguridad jurídica; todo lo cual será analizado en su momento.

En relación con la prueba, según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ¹⁶², por regla general, la carga de la prueba la tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado; excepcionalmente, se invertirá la carga de la prueba en casos de acuerdos conforme lo detallado en la propia disposición legal.

Adicionalmente, encontramos que en la mayoría de los casos, la argumentación de la Autoridad va dirigido a la valoración de la prueba; sin que de dichas Resoluciones se desprenda una análisis sobre el estándar de la prueba empleado o la suficiencia requerida para su evacuación.

En este mismo sentido, en principio, la normativa no establece procedimiento alguno a través del cual se escuche a las partes, lo cual, impide permitir el ejercicio al derecho de contradicción, que es fuente de información para la adopción de la medida cautelar. Sin embargo, en uno de los procesos de medidas preventivas, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dispuso que:

[...de conformidad con el] Código de Procedimiento Civil se abre la causa a prueba por el término de tres días en el cual los operadores económicos involucrados deberán demostrar la existencia o no de la afectación al interés económico general que se pretende tutelar mediante las [...] medidas preventivas, expirado dicho término [...] Comisión emitirá la correspondiente resolución [...]¹⁶³.

¹⁶¹ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *TEVECABLE S.A. vs. DIRECTV Ecuador Cía. Ltda.* Resolución de 25 de junio de 2014. Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014.

¹⁶² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 48.

¹⁶³ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *CNT – EP vs. Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONELEC S.A.* Resolución de 30 de abril de 2013. Expediente 002-SCPM-CRPI-2013.

Por todo ello, se puede concluir que la normativa no es clara respecto a la valoración de la prueba aplicada, lo que deja a discreción de la Autoridad de la competencia el mecanismo para su análisis.

3.3.2. Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Los elementos que forman parte de este presupuesto, de acuerdo a lo establecido en secciones anteriores, son: (1) la existencia de la urgencia, ante el excesivo paso del tiempo para resolver, así como por los efectos que dicha demora puedan generar; y (2) la generación de un daño grave e irreparable para el bien jurídico protegido.

A este respecto cabe recalcar, que al igual que con el presupuesto que le antecede, no se lo detalla expresamente en la norma legal; pues de forma tangencial se establece que la medida provisional, se adopta con la finalidad de evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento principal se refiere, sin considerar a la urgencia o a la demora.

En primer término, en relación con la urgencia, se ha señalado que “[e]n el derecho de la competencia, la medida preventiva, tiene como objetivo el cesar en forma urgente la actividad que podría generar una afectación al mercado y a los consumidores [...]”¹⁶⁴; reconociéndose así la necesidad de suspender las acciones que efectúa un operador determinado, que se encuentren generando daño.

Sin embargo, al no existir norma expresa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado considera a la urgencia al resolver dos de los casos planteados ante ella¹⁶⁵; en los demás no se hace alusión a dicho aspecto, lo que constituye una deficiencia importante, ya que el elemento de la urgencia es esencial para la adopción de la medida cautelar, pues evidencia la necesidad de adoptar una medida, en forma previa a la resolución definitiva que dicte el órgano tutelar.

En segundo término, como efecto de una práctica anticompetitiva, se encuentra el daño, el cual, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia extranjera es considerado como (daño) grave e irreparable.

¹⁶⁴ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *DIRECTV Ecuador Cía. Ltda. vs. TEVECABLE S.A.* Resolución de 07 de julio de 2014. Expediente 0026-SCPM-CRPI-2014.

¹⁶⁵ 1) Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *TEVECABLE S.A. vs. DIRECTV Ecuador Cía. Ltda.* Resolución de 25 de junio de 2014. Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014; y 2) Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *DIRECTV Ecuador Cía. Ltda. vs. TEVECABLE S.A.* Resolución de 07 de julio de 2014. Expediente 0026-SCPM-CRPI-2014.

Sobre esto, la Autoridad de la competencia hace alusión al daño o lesión grave únicamente al señalar que “[...] el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño [...]”¹⁶⁶, lo cual considero no es suficiente, pues este aspecto requiere una mayor profundización.

Respecto de la valoración de la irreparabilidad del daño, en uno de los casos en el que solicitó medidas cautelares, la Autoridad de la competencia, al resolver negativamente, dijo que el demandante (1) no justificó ser competidor directo del demandado, (2) no demostró la existencia de una ventaja en el mercado por parte del demandado y (3) no se cuantificó el monto del perjuicio ocasionado al demandado, en función de la comercialización del producto, objeto de la disputa, por parte del demandado¹⁶⁷; entendiéndose así que la calificación del daño al demandado debe ser medida con base en su posición en el mercado y la cuantificación del perjuicio que se le irroge; apreciación válida, pero insuficiente, ya que este análisis debe ser amplio y abarcar todos los factores que pueden ser vulnerados.

Adicionalmente, al considerar que la medida cautelar sirve de mecanismo de protección frente al posible daño grave e irreparable producido, es necesario determinar cual es el objeto de la protección.

En este sentido, al referirnos brevemente al objeto de la Ley encontramos que esta se enfoca en la eficiencia de los mercados, el comercio justo y el bienestar general, tanto de consumidores como de usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible, lo cual se estaría garantizando al proteger la competencia, la que, desde una perspectiva integral, abarca a los agentes económicos, al mercado, a los consumidores y a la libre competencia, como lo he señalado previamente.

Igualmente, con la finalidad de cumplir con el referido objeto de la Ley se deberá prevenir, evitar, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos que tengan poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de prácticas restrictivas y prácticas desleales; y, el control y regulación de concentración económica¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONELEC S.A. vs. CNT – EP.*. Resolución de 18 de marzo de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-009.

¹⁶⁷ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *Chemplast del Sur vs. Magreb S.A.*. Resolución de 23 de febrero de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-006.

¹⁶⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

Pues bien, si nos adentramos un poco más en el articulado referente a medidas cautelares, contenido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, vemos que el objeto es (1) preservar las condiciones de competencia¹⁶⁹, lo cual es asimilable al concepto de competencia como tal; y (2) se protege la libre concurrencia de los operadores¹⁷⁰, es decir igualdad de condiciones para los agentes que deseen participar en el mercado.

A este respecto la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus Resoluciones, al tratar de la publicidad considerada imprecisa y engañosa dice: “[...] la medida preventiva, por su misma naturaleza, tiene como objetivo el cese en forma urgente la actividad que podría generar una afectación al mercado y a los consumidores[...]”¹⁷¹.

Así también a dicho que:

Es de la naturaleza de las medidas preventivas, el ser actuaciones de la administración protectoras del proceso competitivo, traducidas en la adopción de disposiciones precautorias cuyo objeto inmediato es el cese de la conducta investigada¹⁷²

En otras palabras, la adopción de medidas cautelares, por parte del órgano tutelar es un mecanismo de garantizar la libre concurrencia y el acceso al mercado en igualdad de condiciones para todos los competidores.

En otra ocasión el análisis de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado señala varios elementos al establecer que:

[...] el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño que afecte a la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios¹⁷³.

¹⁶⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011; y Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 73, literal e). Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

¹⁷⁰ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 73, literal e). Registro Oficial No. 697 del 07 de mayo de 2012.

¹⁷¹ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *TEVECABLE S.A. vs. DIRECTV Ecuador Cía. Ltda.* Resolución de 25 de junio de 2014. Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014.

¹⁷² Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *DIRECTV Ecuador Cía. Ltda. vs. TEVECABLE S.A.* Resolución de 07 de julio de 2014. Expediente 0026-SCPM-CRPI-2014.

¹⁷³ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *Chemplast del Sur vs. Magreb S.A.* Resolución de 23 de febrero de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-006.

En este caso, no solo se protege la competencia y la libre concurrencia de los agentes económicos, sino que se introduce el bienestar general, denotando un interés social, así como también los derechos de los consumidores o usuarios.

Por lo tanto, se puede concluir que a través de las medidas preventivas se busca una protección integral, tanto de consumidores y operadores económicos, como de la competencia.

3.4. Falta de parámetros de aplicación y su efecto.

Una vez analizadas la normativa en el Derecho de Competencia y las Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre medidas preventivas, nos queda revisar cuales son los efectos y por qué es necesaria la consideración de parámetros generales para su adopción.

3.4.1. La necesidad de parámetros generales para la adopción de medidas cautelares.

Del estudio realizado tenemos que la normativa de la Unión Europea, en materia de competencia, contiene en su Reglamento 1/2003, los parámetros que deben ser observados por parte de las autoridades de la competencia. De igual forma la jurisprudencia emanada de los órganos comunitarios responden a estos criterios.

A diferencia de ello, en la legislación del Ecuador así como en la legislación española, contenida en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Reglamento de Defensa de la Competencia, no requieren de la presencia de estos parámetros para la adopción de una medida cautelar.

Sin embargo, sus respectivas jurisprudencias difieren, ya que en España, la Autoridad de la competencia a través de sus decisiones ha identificado e implementado estos criterios, justificando así su actuación, mientras que las Resoluciones emanadas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el Ecuador, no hacen alusión expresa a estos parámetros y simplemente los abordan de manera tangencial y con poca profundidad.

Esta realidad pone en evidencia algunos problemas. En primer lugar, la medida cautelar constituye una herramienta destinada a proteger situaciones jurídicas expuestas a eventuales riesgos, los cuales pueden generar consecuencias temporales o incluso permanentes, a otros operadores, al mercado e incluso a la competencia. Sin embargo, el establecimiento de una medida cautelar debe darse de conformidad con parámetros y criterios que garanticen su correcta y justa aplicación, a fin de que

efectivamente cumpla con esta función y que por el contrario no se vulneren los derechos de operadores económicos. En definitiva, la medida preventiva constituye un instrumento que brinda balance entre las acciones efectuadas por un agente dentro del mercado y las posibles afectaciones que dichas acciones puedan generar.

Segundo, las decisiones emanadas de la Autoridad, que no contengan una argumentación suficiente, generan vacíos que pueden generar inseguridad jurídica. Además, la falta de motivación de la decisión, puede llevar a cuestionarla en su legitimidad, no respecto de la legalidad del mismo, sino en función de la insuficiencia de su justificación.

En tercer lugar, la escasa argumentación de una decisión, así como el no contar con parámetros como guías al momento de establecer o negar una medida cautelar, llevan a la apertura de espacios para la discrecionalidad, los que a su vez pueden producir vulneración de derechos.

Como cuarto problema, tenemos que la falta de criterios para la valoración de la prueba al momento de adoptar una medida cautelar, puede generar inseguridad jurídica, una vez que de forma discrecional la autoridad aplicará los criterios que considere necesarios sin que exista uniformidad, ni referencia a precedentes de otros casos.

3.4.2. Los parámetros para la adopción de medidas cautelares.

3.4.2.1. Apariencia en buen derecho (*fumus boni iuris* o *prima facie*).

La falta de aplicación del criterio de apariencia en buen derecho implica la no observancia de un requisito de admisibilidad, ya que los elementos que constituyen este presupuesto, a mi criterio, deben ser observados para poder determinar si procede o no la medida cautelar.

Tal es así que si una medida cautelar no es requerida con base en una de las prácticas consideradas como infracciones de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no se puede establecer.

De igual forma, la medida cautelar se la debe requerir de acuerdo a la presunta infracción objeto del proceso principal de investigación, sea que este se encuentra en proceso o si es previo a su inicio para lo cual se lo debe formalizar; caso contrario, si no existe esta relación entre el proceso principal y la medida cautelar tampoco se puede dar paso a la adopción de dicha medida.

Ya entrando en el análisis sobre la probabilidad de éxito, y con ello la determinación de la existencia de una infracción, considero que este es un elemento fundamental que debe ser analizado por la Autoridad de la competencia y por ende reflejado en sus Resoluciones. Esta evaluación de probabilidad se obtiene del análisis probatorio; es decir, se debe determinar que pruebas son suficientes y que valoración se hará.

Si bien es cierto, el nivel de prueba vendrá dado por el tipo de medida cautelar requerido y de conformidad con la presunta infracción y su posible sanción, no es menos cierto que, la falta de estándares que determinen la valoración de prueba, nuevamente generar un espacio de discrecionalidad, donde el nivel de exigencia de la prueba será variable y no responderá a un criterio predeterminado.

Por lo tanto, considero que el presupuesto de apariencia en buen derecho, mas que ser un criterio recogido en la doctrina y en las decisiones de otras jurisdicciones, es un elemento de la naturaleza de la medida cautelar el cual debe ser considerado y analizado a profundidad ante el requerimiento de su adopción.

3.4.2.2. Peligro en la demora

A mi criterio la determinación de la existencia del peligro en la demora o *periculum in mora* constituye un requisito de fondo, ya que sus elementos, entendidos como la urgencia y el daño grave e irreparable, requieren de un análisis más detallado, en el cual se deben considerar otras variables y se deben efectuar valoraciones en relación con los efectos.

En primer lugar, la determinación de la urgencia es una pieza clave al momento de establecer una medida cautelar, ya que de no existir dicha urgencia se puede esperar la resolución definitiva de parte de la autoridad competente sin que sea necesario una cautela preventiva.

Adicionalmente la urgencia es la que va determinar la necesidad de adoptar una medida cautelar para detener al operador y con ello que se evite la afectación.

En segundo lugar, la evaluación de la urgencia debe darse en relación con el daño que se pueda generar, es decir se deben conjugar ambos elementos a fin de determinar si es necesaria la medida cautelar. Este análisis implica la valoración de la afectación como producto de la presunta infracción; así como también, la evaluación de la gravedad y la irreparabilidad del daño, a fin de determinar la procedencia o no de la medida cautelar, conforme se indicó en el punto anterior.

De igual forma que en el presupuesto anterior, para la valoración de estos elementos se necesita una adecuada valoración de la prueba, la que debe estar determinada previamente y seguir un criterio concreto.

Así como también, resulta necesaria una valoración adecuada de la prueba ya que constituye un elemento fundamental para la obtención de una decisión razonada, que goce de legitimidad y que por ende sea aceptada por las partes como una decisión justa.

Finalmente, este análisis sobre la necesidad de considerar presupuestos para la adopción de una medida cautelar, que no se base exclusivamente en la pretensión pura y simple, constituye el elemento fundamental para el cumplimiento de los demás requisitos señalados en la normativa, para su real y adecuada aplicación.

A este respecto, si bien es cierto es cuestionable el motivo por el cual se deben aplicar presupuestos diseñados en jurisprudencia extranjera, considero que en primer lugar los presupuestos, conforme lo hemos venido revisando, no solo que han sido adoptados por parte de órganos tutelares en otras jurisdicciones, sino que además de ello se encuentran establecidos en algunas normativas, como por ejemplo la de la Unión Europea; aparte de que se encuentran ampliamente desarrollados en la doctrina.

Adicionalmente, cabe señalar que, la normativa comunitaria europea, así como la jurisprudencia y directrices dictadas por los organismos comunitarios, a más de regular el sistema comunitario del Derecho de Competencia, constituye un referente para la normativa de los Estados miembros y para su aplicación, así como para los demás Estados de corriente romana. Esto se debe, sobretodo, a su amplio desarrollo en materia de Derecho de Competencia.

En el caso del Ecuador, considero que la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea y de los Estados europeos que mantienen la corriente romana son, en efecto, un referente importante; especialmente en el caso de Derecho de Competencia, dado que en esta materia la legislación ecuatoriana se basa en la legislación española.

En este mismo sentido, y al estar dentro de un proceso de globalización y crecimiento de los mercados, considero que la unificación de criterios, generales en el Derecho de Competencia, responde a la naturaleza de esta rama del Derecho y resulta fundamental para la regulación de las relaciones entre los agentes económicos participantes. A este respecto cabe señalar que “[a]l hablar de unificación, se está

haciendo referencia a una técnica o proceso de sustitución de normas diversas en dos o mas ordenamientos jurídicos, por una sola.”¹⁷⁴

Sin embargo es importante resaltar que:

“[...] por unificación no debe entenderse la abolición lisa y llana de las divergencias jurídicas fundadas en una real diferenciación de las formas o condiciones de vida de cada pueblo [...]; lo que se pretende es eliminar las barreras que para el tráfico jurídico supone una diversidad de normas que, tratando de dar satisfacción a una misma necesidad o interés jurídico, proceden por vías diferentes, creando la inseguridad y, en muchos casos, la injusticia.”¹⁷⁵

Finalmente, a fin de evitar que la decisión sobre la adopción o no de una medida cautelar sea ineficaz o ilusoria y por el contrario, brinde una protección y defensa de la competencia de forma integral, es necesario el establecimiento de parámetros para la adopción de dichas medidas cautelares.

¹⁷⁴ Javier Elola. “El Estudio del Derecho Comparado. Instrumento de la Unificación Jurídica Internacional”. Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bruselas 4 – 9, agosto, 1958. [Sesión I (General), G., punto 1 del programa del Congreso]. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* (1958), pág. 20.

¹⁷⁵ *Id.*, pág. 20 y 21.

CONCLUSIONES

La medida cautelar, es el instrumento idóneo para proteger derechos, tanto individuales como de la sociedad, ante conductas abusivas que buscan reducir o eliminar la competencia dentro del mercado.

En el Derecho de Competencia, la medida cautelar sirve para frenar los efectos que puedan generar conductas anticompetitivas de los operadores económicos frente a la posibilidad de la generación de daños graves e irreparables para la competencia o para uno de los agentes que la conforman.

De igual forma, la medida cautelar es una herramienta que facilita a la Autoridad de la Competencia el ejercicio tutelar.

Su adopción debe sujetarse a parámetros previamente establecidos, con una motivación justificada, suficiente y proporcional, donde, previo a la resolución se determine la existencia a primera vista de una posible infracción, donde se valore el posible daño, su gravedad e irreparabilidad, y donde se tome en cuenta la urgencia para aplicarla, a fin de que sea efectiva y cumpla con su función.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en las Resoluciones analizadas, no profundiza en el análisis sobre los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares, ni motiva suficientemente las razones para negar o aceptar dichas medidas cautelares, lo que limita su labor como ente de control del poder de mercado.

La falta de difusión y conocimiento sobre el Derecho de Competencia y su importancia para el desarrollo de los mercados y de los sujetos involucrados, así como la comprensión de la necesidad de medidas cautelares que ayuden a mantener la competencia, son factores que influyen en la falta de análisis al momento de establecer dichas medidas.

La normativa en materia de Derecho de Competencia en el Ecuador, en efecto es un instrumento válido de promoción y defensa de la competencia, y adicionalmente, al reconocer la posibilidad de establecerse medidas cautelares, abre la puerta a la posibilidad de garantizar y proteger el real ejercicio de los derechos de competencia; no obstante, este instrumento no es completamente efectivo, a través de la aplicación de la normativa actual por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Esto se debe a la falta de estándares claros, así como por la falta de profundización en el análisis de parte de la Autoridad de la competencia, ya que el hecho de que las Resoluciones sobre medidas cautelares, se otorguen sin un adecuado examen, deslegitima la efectividad de dichas Resoluciones, una vez que no constituyen el mecanismo adecuado de precautelar la competencia, ante la urgencia por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable.

Ante esta realidad, es pertinente que las decisiones sobre la adopción o no de una medida cautelar se base en parámetros determinados bien sea mediante una reforma legal que los contenga y que con ello sirvan de base para la adecuada interpretación y aplicación; o por el contrario, que sea la propia Autoridad de la Competencia a través de sus Resoluciones, quien desarrolle los parámetros que deben ser considerados y el alcance de los mismos, sentando precedentes que enriquezcan la figura de la medida cautelar en el Derecho de Competencia ecuatoriano.

BIBLIOGRAFÍA

Textos citados

- Baño León, José María *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3era. ed. España: Thomson Reuters Legal Limited, 2012.
- Barón Alsina, Ignacio. *Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea*. Chile: Centro de Libre Competencia, 2007.
- Barona Vilar, Silvia. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional*. Tomo I. Valencia : Tirant lo Blanch, 2008.
- Bork, Robert H. *The antitrust Paradox*. Nueva York: The Free Press - Macmillan, Inc., 1993.
- Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Perú: ARA Editores E.I.R.L., 2005.
- Cases Pallares, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995.
- Díez Estella, Fernando. "Los objetivos del Derecho Antitrust". *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, No. 224 (2003 Marzo/Abril).
- Díez Estella, Fernando. *La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- Fairen Guillen, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal general*. Barcelona: Librería Bosch, 1999.
- Falcón, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV: Sistemas Cautelares. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
- Fuster, Luis Berenguer; Giner Parreño, César A. y Robles Martín, Antonio. *La nueva legislación Española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2010.
- Gallegos Fedriani, Pablo. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002.
- Korah, Valentina. "EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency, Current Legal Problems". *Oxford Journal*, V. 39, No.1 (1986).
- Ortells Ramos, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Madrid: La Ley – Actualidad, 2000.
- Pérez Daudí, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*. España: José María Bosch editores S.A., 1996.
- Secretaría General de la Comunidad Andina. *Guía Práctica para la Aplicación de la Decisión 608 "Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina"*. Documento SG/dt 396. 23 de octubre de 2007.
- Temple Lang, John. "The powers of the Commission to order interim measure in Competition cases". *Common Market Law Review*, Issue 1 (1981).

Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Segunda edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Witker, Jorge. *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica: "Prácticas desleales y prácticas restrictivas"*. Primera edición. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia económica en el TLCAN*. México: Editorial Porrúa S.A., 2003.

Textos consultados

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. 2da edición. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

Claus-Dieter, Ehlermann y Mel, Marquis (eds.). *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2011.

Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.

García Machmar, William. *Manual de la Libre Competencia*. Volumen I. Santiago de Chile: Thomson Reuters Puntolex, 2010.

Ortiz Blanco, Luis, Et Al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos, 2008.

Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Normativa legal

Ecuador

Asamblea Nacional. *Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Acta 126 de 27 de septiembre de 2011.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Decreto Ejecutivo No. 1152. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012.

España

Ley Defensa de la Competencia. Ley 15/2007. Boletín Oficial del Estado No.159 de 04 de Julio de 2007.

Reglamento de Defensa de la Competencia. Real Decreto 261/2008. Boletín Oficial del Estado No. 50 de 27 de Febrero de 2008.

Reino Unido

Competition Act. Chapter 41. 09 de noviembre de 1998.

Enterprise & Regulatory Reform Act 2013. Order No. 892. 01 de abril de 2014.

Unión Europea

Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE "Texto pertinente a efectos del EEE". Diario Oficial No. C101 de 17 de abril de 2004.

Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (2002).

Reglamento No. 17 del Consejo relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (1962).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). Diario Oficial de la Unión Europea, año 55 de 26 de octubre de 2012.

Comunidad Andina de Naciones

Decreto Ejecutivo No. 1614. Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.

Jurisprudencia

Autoridad de competencia y Mercado. *Worldpay UK Limited vs. Visa UK Limited*. Decisión de 19 de diciembre de 2014. Expediente CE/4500/04.

Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sala de Competencia. *Criadores de Caballo 2*. Resolución de 30 de abril de 2014. Expediente MC/DC/ 0001/14.

Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sala de Competencia. *Tanatorios de Coslada*. Resolución de 26 de junio de 2012. Expediente MC/0006/12.

Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG vs. Comisión*. Orden de 29 de marzo 1982. Asunto 107/82.

Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Atlantic Container Line AB y otros vs. Comisión*. Orden de 19 de julio de 1995. Asunto C – 149/95 R.

Presidente del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Gestevisión Telecinco vs. Comisión*. Orden de 14 de diciembre de 1993. Asunto T-543/93 R.

Presidente del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Société Commerciale des Potasses et de L'Azote y Entreprise Minière et Chimique vs. Comisión*. Auto de 15 de junio de 1994. Asunto T-88/94 R.

Presidente del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Unión Carbide Corporation vs. Comisión*. Auto de 02 de diciembre de 1994. Asunto T-322/94 R.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *CHEMPLAST DEL SUR vs. MAGREB S.A.* Resolución de 23 de febrero de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-006.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONELEC S.A. vs. CNT – EP*. Resolución de 18 de marzo de 2015. Expediente SCPM-CRPI-2015-009.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *TEVECABLE S.A. vs. DIRECTV Ecuador Cía. Ltda.* Resolución de 25 de junio de 2014. Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *DIRECTV Ecuador Cía. Ltda. vs. TEVECABLE S.A.* Resolución de 07 de julio de 2014. Expediente 0026-SCPM-CRPI-2014.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. *CNT – EP vs. Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONELEC S.A.* Resolución de 30 de abril de 2013. Expediente 002-SCPM-CRPI-2013.

Tribunal de Defensa de la Competencia. Pleno. *Airtel – Telefónica*. Resolución de 18 de julio de 1996. Fundamentos de Derecho. Expediente MC 10/96.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Camera Care vs. Comisión*. Auto de 17 de enero de 1980. Asunto 792/79 R.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink vs. Comisión*. Auto de 28 de marzo de 1984. Asunto 29/83 y 30/83.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *National Carboniing Company vs. Comisión*. Orden del Presidente del Tribunal de 22 de octubre de 1975. Asunto 109/75 R.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Reino de España y República de Finlandia vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*. Sentencia de 09 de septiembre de 2004. Asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02.

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *La Cinq vs. Comisión*. Sentencia de 24 de enero de 1992. Asunto T-44/90.

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. *Microsoft Corp. vs. Comisión*. Auto del Presidente del Tribunal de 22 de diciembre de 2004. Asunto T-201/04 R.