



TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
SALA TERCERA PLENO
AUTO

Autos: REC.ORDINARIO(c/a)

Fecha Auto: 28/04/2006

Recurso Num.: 47/2006

Fallo: Auto sobre Medidas Cautelares

Ponente: Excmo. Sr. D.Óscar González González

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

Escrito por: Jas

Pieza de suspensión. Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 3 de febrero de 2006 por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del art. 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural, SDG. S.A..

Recurrente: ENDESA, S.A. y OTROS.

Recurso Num.: 47/2006 REC.ORDINARIO(c/a)

Ponente Excmo. Sr. D. : Óscar González González

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SALA TERCERA PLENO
A U T O**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ramón Trillo Torres

Magistrados:

D. Fernando Ledesma Bartret
D. Mariano de Oro-Pulido y López
D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Mariano Baena del Alcázar
D. Pedro José Yagüe Gil
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Antonio Martí García
D. José Manuel Sieira Míguez
D. Rafael Fernández Montalvo
D. Óscar González González
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Juan José González Rivas
D. Enrique Lecumberri Martí
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Francisco Trujillo Mamely
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Agustín Puente Prieto
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Eduardo Espín Templado
D. Juan Gonzalo Martínez Micó
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Rafael Fernández Valverde
D. Celsa Pico Lorenzo
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Margarita Robles Fernández
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas
D. Manuel Martín Timón

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Abril de dos mil seis.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador Don José Guerrero Tramoyeres, en nombre y representación de ENDESA, S.A., de la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y de la Federación Unión de Consumidores Europeos (Euroconsumo), se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 (B.O.E. de 4 de febrero), por el que se decide subordinar la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de ENDESA, S.A. por parte de GAS NATURAL, SDG., S.A., a las siguientes condiciones:

***"Primera.-** GAS NATURAL liberará en el mercado una cantidad anual de gas natural igual a la importada en el mercado español por ENDESA durante 2005.*

***Segunda.-** GAS NATURAL liberará en el mercado el exceso anual del contrato SAGANE I sobre la cantidad necesaria para garantizar el suministro a tarifa, con un máximo de 1 bcm., que se asignará en cantidades mensuales con un horizonte anual.*

Tercera.- a) La asignación del gas correspondiente a las condiciones primera y segunda se realizará mediante subasta pública a la que podrá concurrir cualquier operador que acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la condición decimosexta.

b) La liberación de gas correspondiente a las condiciones primera y segunda se realizará durante tres años a partir de 2007 inclusive. Las primeras subastas se realizarán antes del 31 de diciembre de 2006.

c) Los términos exactos del procedimiento de subasta serán fijados por la Comisión Nacional de Energía en el plazo de dos meses tras la adopción del presente Acuerdo de Consejo de Ministros. En todo caso, la subasta garantizará el acceso transparente y no discriminatorio de cualquier competidor presente o potencial en el mercado de comercialización de gas natural en España. Las condiciones de los contratos de suministro de gas correspondientes estarán en línea con las prácticas habituales del mercado español.

d) Como resultado de la subasta, GAS NATURAL suministrará al adjudicatario la cantidad de gas correspondiente en cualquiera de los puntos de entrada al sistema peninsular.

e) El precio mínimo de salida de las subastas estará determinado sobre la base del coste efectivo de aprovisionamiento de gas correspondiente. El precio percibido por GAS NATURAL como pago por el gas adquirido en virtud de la condición segunda durante los dos primeros años se corresponderá con el del contrato SAGANE I. El exceso que resulte de la subasta sobre dicho precio será aplicado por GAS NATURAL a incrementar las inversiones previstas en la mejora de las infraestructuras de almacenamiento de gas y de las redes transporte y distribución de energía.

Cuarta.- GAS NATURAL procederá a la venta de las participaciones de ENDESA, S.A. en las sociedades SAGGAS, S.A. y REGANOSA, S.A..

Quinta.- GAS NATURAL venderá cualquier participación accionarial, directa o indirecta, en ENAGAS, S.A. que exceda del 1% y no podrá tener ningún representante en el consejo de administración de dicha sociedad.

Sexta.- GAS NATURAL venderá centrales de generación de electricidad con una capacidad instalada en España peninsular equivalente a 4.300 MW de fuentes de generación retirables con un periodo útil de vida restante de al menos 10 años, que incluirán un mínimo de 400 MW tanto en Cataluña como en Andalucía.

En particular, deberá enajenar centrales de ciclo combinado o hidráulicas modulables con una capacidad instalada equivalente a 1.200 MW.

Séptima.- Durante un plazo de dos años a partir de la ejecución de la operación de concentración, GAS NATURAL no podrá adquirir de terceros, directa ni indirectamente, ninguna central de generación de electricidad de ciclo combinado que esté en funcionamiento o en pruebas.

Octava.- GAS NATURAL otorgará un derecho de rescisión unilateral sin penalización a sus actuales clientes en el aprovisionamiento de gas natural para la generación mediante ciclo combinado.

Novena.- GAS NATURAL venderá el equivalente a su negocio de suministro minorista a precio libre (comercialización) de electricidad y al negocio de comercialización de gas de ENDESA. A tal fin, segregará los correspondientes activos y contratos en, al menos, una sociedad que reúna los requisitos previstos en la condición decimosexta.

Décima.- GAS NATURAL venderá su participación accionarial, directa o indirecta, en cualquier competidor independiente en la comercialización de gas y electricidad. En concreto, deberá enajenar su participación en Naturgas Energía Grupo, S.A. (antigua Naturcorp Multiservicios, S.A.) y en Gas Natural de Álava, S.A..

Undécima.- GAS NATURAL venderá activos de distribución de gas natural que incorporen redes completas y contratos de suministro a tarifa con un mínimo de 1.500.000 puntos de suministro, dando lugar al menos a dos nuevos operadores con un mínimo de 250.000 puntos de suministro cada uno.

Decimosegunda.- En el plazo de seis meses a partir de la ejecución de la operación de concentración, GAS NATURAL cederá a una empresa o entidad independiente de cualquier actividad de suministro de energía la capacidad de formalizar los cambios de suministrador que tengan lugar por parte de aquellos clientes de electricidad y gas natural, tanto a tarifa como a mercado libre, cuyos puntos de suministro se encuentren en zonas donde la ejecución de la operación conduzca al solapamiento de redes de electricidad y gas natural bajo control de GAS NATURAL.

Para el cumplimiento de esta condición, será imprescindible poner a disposición de dicha empresa o entidad independiente encargada de gestionar los cambios de suministrador las bases de datos a que hacen referencia el artículo 43 del Real Decreto 1434/2005, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural y el artículo 7 del Real Decreto 1435/2005, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.

Decimotercera.- GAS NATURAL deberá adecuar su estructura de forma que asegure la separación funcional entre los negocios regulados y no

regulados. En particular, GAS NATURAL garantizará la separación funcional de los negocios de redes de distribución y de suministro minorista.

Decimocuarta.- *A los efectos de las condiciones anteriores, se entenderá que GAS NATURAL está formado por GAS NATURAL SDG S.A. y las empresas controladas por ella.*

Decimoquinta.- *Los activos que se desinviertan en aplicación de las condiciones anteriores deberán enajenarse junto con los contratos, el personal y otros recursos materiales e inmateriales precisos para su adecuado funcionamiento autónomo. En su caso, se incluirán los contratos de aprovisionamiento de gas correspondientes así como los contratos de suministro a precio libre o a tarifa con clientes.*

En relación con las centrales de ciclo combinado a las que hace referencia la condición sexta, GAS NATURAL ofrecerá el suministro del gas necesario para su operación durante los dos años siguientes a la enajenación de las mismas en condiciones equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración.

Decimosexta.- *La enajenación de los activos por desinvertir en aplicación de las condiciones anteriores estará sujeta, previo informe de la Comisión nacional de Energía, a la autorización previa del Servicio de Defensa de la Competencia, que valorará la idoneidad del comprador propuesto por GAS NATURAL atendiendo al cumplimiento de los siguientes requisitos:*

a) Ser un competidor existente o potencial, viable y sin vínculo alguno con GAS NATURAL.

b) Disponer de recursos financieros ajenos al vendedor, experiencia demostrada e incentivos para mantener y desarrollar la actividad cedida. En particular, el comprador deberá estar en condiciones de garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa sectorial aplicable, de realizar la correspondiente actividad y asumir los planes estratégicos originales de las correspondientes redes.

c) No crear nuevos problemas de competencia ni ocasionar riesgos de que se retrase la aplicación del compromiso.

La presente condición se entiende sin perjuicio de las autorizaciones que puedan resultar preceptivas en aplicación de la normativa vigente y, en particular, de las que se deriven, en su caso, del control de concentraciones empresariales por parte de las autoridades de competencia correspondientes.

Decimoséptima.- *La enajenación de los activos previstos en las condiciones anteriores se realizará de acuerdo con el calendario que se expone a continuación, cuyo cómputo se iniciará en el momento en que se*

ejecute la operación de concentración mediante la toma de control de ENDESA:

a) GAS NATURAL dispondrá de un plazo confidencial para concluir con terceros operadores acuerdos de compraventa de dichos activos. Dicha compraventa podrá convenirse en las condiciones que libremente negocien las partes, siempre que ello no incluya el intercambio de activos en España.

b) Si GAS NATURAL no ha logrado cumplir la condición correspondiente al término del plazo fijado en el apartado anterior, otorgará un mandato a un tercero independiente para que proceda a la desinversión (fideicomisario de desinversión) con el fin de que se suscriban los correspondientes acuerdos de compraventa en un plazo máximo confidencial.

c) Por lo que se refiere a la venta de activos de generación eléctrica prevista en la condición sexta, GAS NATURAL enajenará centrales con una capacidad instalada equivalente a 2.800 MW, incluyendo las centrales en Cataluña y Andalucía, atendiendo al calendario previsto en los puntos a) y b) anteriores. Los activos equivalentes a los 1.500 MW adicionales deberán ser vendidos en un proceso similar y según los plazos dispuestos en los apartados a) y b) anteriores, cuyo cómputo se iniciará al término del plazo máximo previsto en los mismos.

Se entenderá que se ha cumplido la condición correspondiente cuando GAS NATURAL haya suscrito un contrato de compraventa únicamente sujeto a la condición suspensiva de la aprobación del comprador según lo previsto en la condición decimosexta, al examen jurídico y técnico detallado de los activos y, en su caso, a las autorizaciones que puedan ser preceptivas en aplicación de la normativa vigente.

En caso de que surja alguna circunstancia que retrase la efectiva ejecución de las desinversiones previstas en las condiciones anteriores, GAS NATURAL informará inmediatamente al Servicio de Defensa de la Competencia. A solicitud de GAS NATURAL y previo informe de la Comisión Nacional de Energía, el Consejo de Ministros podrá acordar, en atención a las circunstancias concurrentes, una ampliación de los plazos máximos para la desinversión establecidos en la presente condición.

En caso de que la compraventa propuesta esté sujeta a control de concentraciones y las autoridades de competencia correspondientes no la autoricen, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá acordar, en atención a las circunstancias concurrentes, que los activos correspondientes sean vendidos por el fideicomisario de desinversión de acuerdo con lo previsto en el apartado b) de la presente condición.

Decimoctava.- *Durante el periodo transitorio que media entre la adquisición por GAS NATURAL del control de ENDESA y la efectiva*

enajenación de los activos prevista en las condiciones anteriores, GAS NATURAL se abstendrá de adoptar decisiones que puedan poner en riesgo la gestión autónoma y la garantía de mantenimiento de valor de los mismos. Igualmente, GAS NATURAL no tendrá acceso a la información sensible de los activos de ENDESA que se incluyen en el paquete de desinversión,

Con el fin de garantizar el cumplimiento de la presente condición, el Gobierno nombrará un gestor independiente de los activos por desinvertir, a propuesta de GAS NATURAL y previo informe de la Comisión Nacional de Energía. Dicho gestor será remunerado por GAS NATURAL, sin que la estructura de la correspondiente remuneración pueda poner en riesgo la independencia y eficacia del mismo en el cumplimiento de su trabajo.

Decimonovena.- En el plazo de un mes desde la fecha de este Acuerdo de Consejo de Ministros, GAS NATURAL SDG, S.A. deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan confidencial detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas. El Plan de Actuaciones recogerá una propuesta concreta de nombramiento y mandato al fideicomisario de desinversión previsto en el apartado b) de la condición decimoséptima así como el procedimiento para nombrar al gestor independiente de la condición decimooctava. En todo caso, se deberán establecer las adecuadas garantías en cuanto al acceso a la información comercial sensible de los activos por desinvertir que no estuviesen controlados por GAS NATURAL con anterioridad a la operación de concentración.

En el plazo máximo de un mes, dicho plan deberá ser aprobado, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, por el Servicio de Defensa de la Competencia, que podrá introducir en el las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de las condiciones del presente Acuerdo.

GAS NATURAL proporcionará al Servicio de Defensa de la Competencia, al gestor independiente y al fideicomisario de desinversión toda la información relevante para el adecuado ejercicio de sus funciones. En particular, en relación con el proceso de enajenación de activos, GAS NATURAL informará al Servicio de Defensa de la Competencia con periodicidad al menos mensual sobre los contactos y negociaciones con potenciales compradores de los activos por desinvertir y proporcionará un borrador del contrato de compraventa así como un informe sobre el potencial comprador en el que se recogerá toda la información relevante para determinar el cumplimiento de los requisitos recogidos en la condición decimosesta.

Vigésima.- En virtud del artículo 18.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de la ejecución y el cumplimiento del presente Acuerdo de Consejo de Ministros, contando para ello con la cooperación de la

Comisión Nacional de Energía, Asimismo, el Servicio podrá solicitar información o instar actuaciones del fideicomisario de desinversión previsto en la condición decimoséptima y del gestor independiente de los activos por desinvertir durante el periodo transitorio previsto en la condición decimoctava.

El presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de las autorizaciones que resulten preceptivas en aplicación de la normativa vigente. Igualmente, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por la Comisión Nacional de Energía en su resolución de 8 de noviembre de 2005 dictada en aplicación de la función 14 de la Disposición Adicional XI, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos".

Los recurrentes solicitan en su escrito de interposición, en segundo otrosí, la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la eficacia del Acuerdo impugnado, en tercer otrosí solicitan con carácter subsidiario la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de ENDESA S.A. que adquirirá GAS NATURAL SDG S.A. al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a las que el acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación de concentración, y por medio del cuarto otrosí la suspensión cautelar urgente y provisionalísima del acto impugnado, al amparo del art. 135 de la Ley de esta Jurisdicción.

SEGUNDO.- Por Auto de fecha 14 de febrero de 2006, la Sala, formada de acuerdo con lo dispuesto en el punto A) 2.d) de las Normas de Composición y Funcionamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para el año 2006, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en fecha 17 de noviembre de 2005 y publicadas en el Boletín Oficial del Estado de fecha 20 de diciembre de 2005 en virtud de Acuerdo de 29 de noviembre de 2005 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, acordó no haber lugar a adoptar como provisionalísima la medida de suspensión que se postula, prosiguiéndose el trámite en cuanto al recurso y a la suspensión ordinaria que se pide.

TERCERO.- Dado traslado de la petición de medidas cautelares a las demás partes personadas en el presente procedimiento, se evacuó dicho trámite por el Abogado del Estado en fecha 2 de marzo de 2006, mediante escrito en el que, tras manifestar lo que consideró oportuno a su derecho, suplicó a la Sala que previa la tramitación que proceda acuerde no haber lugar a la adopción de las medidas cautelares que se reclaman.

CUARTO.- Por la procuradora doña Africa Martín-Rico Sanz, en representación de GAS NATURAL, SDG, S.A., se presentó escrito en fecha 3 de marzo de 2006, en el que expuso los razonamientos que consideró pertinentes y solicitó se deniegue la solicitud de suspensión pretendida por las partes recurrentes.

QUINTO.- Por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de IBERDROLA, S.A., se presentó escrito en fecha 14 de marzo de 2006, en el que expuso los razonamientos que considero pertinentes y solicitó se deniegue la solicitud de suspensión pretendida por los recurrentes.

SEXTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 9 de marzo de 2006, se acuerda, para llevar a cabo una adecuada valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto (art. 130.1 de la Ley de la Jurisdicción), oír a las partes sobre la influencia que pueda tener en la resolución de este incidente cautelar la presentación de una oferta competidora por el grupo alemán E.ON.

SÉPTIMO.- Dado traslado a las partes personadas de la providencia dictada en fecha 9 de marzo de 2006, fue evacuado el trámite por el Abogado del Estado mediante escrito de fecha 24 de marzo de 2006, en el que alegó lo que a su derecho convino para, en su momento procesal oportuno, resolver este incidente denegando las medidas cautelares solicitadas.

Por la representación procesal de IBERDROLA, S.A. y GAS NATURAL SDG, S.A., mediante escritos de fechas 24 y 27 de marzo de 2006 respectivamente, se evacuó el trámite conferido, en los que alegaron lo que a su derecho convino, interesando se dicte resolución denegando las medidas cautelares solicitadas.

Por la representación de las partes recurrentes se evacuó dicho traslado mediante escrito de fecha 28 de marzo

OCTAVO.- Las presentes medidas cautelares fueron vistas en el Pleno de la Sala celebrado los días 20 y 21 de abril de 2006.

NOVENO.- No estando el Excmo. Sr. Magistrado Ponente designado conforme con el voto de la mayoría, corresponde la redacción del Auto a otro Magistrado, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habiéndoselo encomendado el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal al Magistrado Excmo. Sr. D. Óscar González González.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Óscar González González**,

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La entidad mercantil ENDESA S.A., la ASOCIACIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS, y la FEDERACIÓN UNIÓN DE CONSUMIDORES EUROPEOS, EUROCONSUMO, han interpuesto bajo una misma representación recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 3 de febrero de 2006, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se subordina la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de ENDESA S.A. por parte de GAS NATURAL SDG, S.A. al cumplimiento de determinadas condiciones. En el segundo OTROSÍ del escrito de interposición, con amparo en los artículos 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, han solicitado la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la eficacia del acuerdo impugnado, y subsidiariamente la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de ENDESA S.A. que adquirirá GAS NATURAL SDG S.A. al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a las que el acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación de concentración.

SEGUNDO.- Esta Sala, al examinar el alcance del artículo 130 de la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha señalado en reiteradas ocasiones -autos de 2 de noviembre de 2000, 29 de enero de 2002, 31 de octubre de 2002, 16 de mayo de 2003, entre otros-, que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto impugnado, es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado <<periculum in mora>>; esto es, que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el

recurso. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en auto de 26 de junio de 2003 señala que "debe determinarse si la anulación, en su caso, de la Decisión controvertida por el juez que conoce del fondo permitiría invertir la situación provocada por su ejecución inmediata y, al contrario, si la suspensión de la ejecución de dicha Decisión podría entorpecer la plena eficacia de ésta en el supuesto de que se desestimara el recurso".

La apreciación de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del citado artículo 130, ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación deberán ser muy relevantes, y la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca.

El examen del <<periculum in mora>> y de la ponderación de los intereses en conflicto, debe hacerse caso por caso, valorando las particulares circunstancias que presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren, que pueden no ser coincidentes con recursos precedentes, pese a que se desenvuelvan en los mismos sectores del ordenamiento jurídico. Esto es necesario ponerlo de manifiesto, habida cuenta de las constantes referencias que las partes, para apoyar sus posiciones, hacen a los autos de fechas 16 y 21 de mayo de 2003 dictados por esta Sala en relación con la concentración VIA DIGITAL/SOGECALE, pues sin perjuicio de admitir que los criterios recogidos en los mismos pueden ser un importante punto de partida para la resolución de este incidente, ello no significa que en el caso presente deban adoptarse de manera automática las soluciones a las que allí se llegó. Diferencias entre uno y otro asunto, tales como las de un mercado de telecomunicaciones liberalizado frente a unos mercados de gas y electricidad fuertemente regulados, la existencia de cierta elasticidad en aquél con servicios sustitutivos y la casi absoluta inelasticidad en éstos, el establecimiento por el Consejo de Ministros en aquella ocasión sólo de condiciones de comportamiento y no estructurales como las del presente caso que son de más difícil recomposición, y esencialmente venir precedido el acuerdo de un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia favorable a la operación con subordinación al cumplimiento de determinadas condiciones en el primer caso mientras que en éste el acto recurrido se aparta de dicho informe absolutamente contrario a la operación, llegando el acuerdo a imponer unas condiciones distintas, y, aparentemente menos rigurosas, de las que señalaban no sólo los votos discrepantes de éste órgano, sino incluso de las que derivaban del informe de la Comisión Nacional de la Energía, permiten a esta Sala tomar una decisión que no tiene que ser necesariamente del mismo sentido que en aquella ocasión, dada la indudable influencia que esas diferencias producen en la apreciación de los presupuestos legales de la medida cautelar.

En último lugar debe añadirse, también conforme a jurisprudencia de esta Sala dictada aplicando la nueva normativa -Autos de 25 de junio de 2001, 12 de

julio de 2002, etc.-, que la doctrina sobre la apariencia de buen derecho puede ser un factor que coadyuve a la adopción de la medida cautelar, pero que, en cualquier caso, su aplicación ha de hacerse con prudencia para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo.

La concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar a que se ha hecho referencia no requieren de una prueba plena, sino una razonabilidad de su producción, como se ha dicho en autos de 21 de marzo de 2001 y 9 de diciembre de 2005 y sentencia de 23 de octubre de 2002.

TERCERO.- En el supuesto presente no debe pasar inadvertido que la operación tiene una doble dimensión: una marcadamente mercantil consistente en una Oferta Pública de Adquisición (OPA) dirigida por Gas Natural a los accionistas de Endesa para la adquisición de sus acciones, y otra de carácter competencial, consistente en la afectación que se produciría en el mercado caso de que la OPA fuere aceptada en los términos de la propuesta, de tal forma que la entidad "oferente" adquiriera el control de la "afectada", con las consecuencias que ello tendría para la competencia en los mercados energéticos en que ambas actúan. En el primero, aunque prime la voluntad de los accionistas, que serán en último término los que decidan si la operación prosperará o no en función del porcentaje de la aceptación de la oferta, contiene también un interés público representado por la seguridad y fiabilidad de los mercados secundarios de valores, cuya protección está atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El segundo tiene un interés público indudable, que no es otro que la defensa de la competencia, por cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, debe velar el Consejo de Ministros, evitando que los efectos restrictivos de la competencia que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios o mayores precios. Aunque cada uno de estos ámbitos tiene su propio régimen -Real Decreto 1197/1991 de 26 de julio que desarrolla en este punto la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores, y Real Decreto 1443/2001 de 21 de diciembre, por un lado, y Ley de Defensa de la Competencia 16/89 de 17 de julio, por otro-, no pueden desconocerse las posibles interferencias que entre uno y otro se producen.

Ahora bien, cualquiera que sea la naturaleza que se otorgue al acuerdo del Consejo de Ministros, y cualquiera que sea en definitiva la voluntad mayoritaria de los accionistas sobre la aceptación de la OPA, lo cierto es que en este proceso se examina la legalidad de dicho acuerdo, y, por tanto, en vía jurisdiccional, cabe sin ningún tipo de restricciones su enjuiciamiento independiente en función del contenido y la finalidad que el ordenamiento atribuye a dicho acto, y cabe también en sede cautelar, acordar la suspensión si se dan los presupuestos previstos para ello en la Ley Jurisdiccional. No es posible en este trance, por tanto, tomar posiciones extremas como las esgrimidas por algunas de las partes en las que se aduce que la adopción de la suspensión sería funesta para el mercado de valores al crear un precedente que retraería a cualquier empresa en el futuro a formular una OPA hostil. Ni la adopción de la

suspensión en un caso supone que en otro distinto haya de suspenderse, ni puede concluirse que en este campo de los mercados secundarios de valores la justicia cautelar no tiene cabida. Tal extrema consecuencia va en contra del sistema procesal moderno que incluye a la medida cautelar dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto la misma tiene por objeto preservar el resultado del proceso de manera que una ejecución anticipada haga inviable la plena efectividad de esa tutela que el artículo 24 de la Constitución encomienda al juzgador.

Esto es aún más acentuado cuando se está en presencia de un proyecto de dimensiones económicas como el de autos, con gran repercusión para la economía nacional, y en un campo -el régimen de autorización administrativa previa de los proyectos u operaciones de concentración de empresas-, donde no es fácil recomponer situaciones anteriores, como el propio legislador ha tenido presente en las sucesivas modificaciones del artículo 15 de la Ley de Defensa de la Competencia, llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, y después por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, al disponer que estas operaciones no podrán llevarse a efecto, ni antes de ser notificadas, ni antes de que la Administración manifieste, de forma expresa o presunta, su no oposición a las mismas, o las subordine a la observancia de condiciones, suspensión que, si bien se constriñe al ámbito administrativo, pone de manifiesto las dificultades que entraña la desconcentración.

Por último, no es posible acoger el argumento de que se esta hablando de efectos perjudiciales futuros que solo se producirían si la OPA fuere aceptada y liquidada, ya que si en este momento no se suspendiere el acuerdo recurrido siendo procedente su suspensión, la posible aceptación que en su día pudiera producirse determinaría inexcusablemente los efectos perjudiciales que podían haber sido evitados con la medida cautelar.

CUARTO.- En el presente caso el "periculum in mora" debe contemplarse desde una doble perspectiva: una relativa a los efectos que la toma de control de ENDESA por GAS NATURAL va a producir en la competencia de manera inmediata y durante el tiempo que medie entre su consumación y la posible sentencia estimatoria que pueda dictarse, de tal forma que si no se suspendiese el acto impugnado sería imposible la ejecución de dicha sentencia por ser los cambios del mercado ya irreversibles, y otra referente a la estructura de la empresa recurrente y los cambios que experimentará como consecuencia de la operación, hasta el extremo de imposibilitar, cuando se produjera la hipotética estimación de su recurso, la recomposición de su estructura y la ejecución de su proyecto empresarial.

Sin embargo, tanto desde una como desde otra perspectiva, la irreversibilidad no puede significar, como se dijo en los autos de esta Sala anteriormente citados, " que, de no adoptarse la medida cautelar no podría lograrse la reproducción mimética de la situación previamente existente, pues si

así fuera en estos temas de competencia en el mercado, la suspensión de los actos recurridos transformaría lo que es excepción en regla, al ser difícil por no decir imposible que se vuelva a una situación anterior de idénticas características a las existentes antes de la concentración. Es indudable que el dinamismo del mercado habrá ocasionado variaciones en la competencia durante el tiempo que tarde en resolverse el recurso y que será imposible reproducir el estado precedente, caso de sentencia estimatoria". Es necesario, por consiguiente, como se infiere de los indicados autos, el peligro de una alteración sustancial tanto en uno como en otro aspecto, hasta el extremo de que la finalidad legítima del recurso sea imposible lograrla.

QUINTO.- En España, los mercados energéticos del gas y de la electricidad, regidos respectivamente por las Leyes 34/1998 de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que incorporaron al ordenamiento español la normativa comunitaria -hoy constituida por la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de gas natural que deroga la Directiva 98/30/CE, y por la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad que deroga la Directiva 96/92/CE-, se configuran como sistemas basados en los principios de libre competencia, y separación vertical de actividades. Son mercados que se encuentran en una fase de transición de un régimen de monopolio a un sistema liberalizado, con fuertes barreras de entrada a nuevos operadores, que pugnan con los que ya están establecidos casi siempre en posición de dominio. Por esta razón, son mercados especialmente sensibles a las prácticas colusorias y a los abusos de posición dominante, en los que adquieren especial relevancia operaciones de concentración o control de unas empresas por otras, en cuanto de ellas pueden derivar graves perjuicios a la competencia.

Es en este marco donde debe ser examinada la operación objeto del acuerdo, que consiste en la adquisición por parte de GAS NATURAL SDG del control sobre ENDESA S.A., mediante la formulación de una oferta pública de adquisición sobre el 100% de sus acciones, condicionada a la adquisición de, al menos, un 75% del capital. De esta forma se integraría el principal grupo gasista español, controlado conjuntamente por LA CAIXA (33,060%) y REPSOL (30,847%), con uno de los dos principales operadores eléctricos, dando lugar a un operador verticalmente integrado y con fuerte presencia en todos los mercados energéticos.

Ya, en un primer momento, el informe del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), señaló que con ello "desaparecería un competidor presente en los respectivos mercados de gas y electricidad, con perspectivas de crecimiento en el futuro inmediato", para añadir más adelante que "considerando los posibles efectos señalados en este informe, no cabe descartar que de la ejecución de la operación puedan derivarse perjuicios irreversibles para la

competencia durante el período máximo en el que se produzca la decisión final del Consejo de Ministros".

Posteriormente, distintos organismos y asociaciones -muchos de ellos de carácter oficial tales como diversas Consejerías de Gobiernos Autonómicos, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)- que intervinieron en el expediente tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, y los propios servicios técnicos de CNE reconocen en su mayoría estos efectos perjudiciales. En el mismo sentido de una forma más profunda se manifiestan los informes preceptivos emitidos por la Comisión Nacional de la Energía (CNE) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). Conviene detenerse en ellos y reproducir algunos pasajes importantes, dado lo ilustrativos que resultan a la hora de adoptar la decisión de este incidente.

La CNE señala en relación con los diferentes sectores integrados en el mercado del gas, que:

[...] cabe observar que la operación implicaría la eliminación de ENDESA como uno de los competidores más activos del Grupo GAS NATURAL en el aprovisionamiento al mercado español. En efecto, en los últimos años ENDESA había empezado a desarrollar una intensa actividad de trading mediante su filiar CARBOEX, contribuyendo también de forma crucial a la liquidez del mercado informal de flexibilidad entre pequeños importadores de FNL destinado a España (pág. 152).

[...] Por lo tanto, a nivel de Comunidades Autónomas se refuerza en general una situación de elevada concentración, con un único actor mayoritario a mucha distancia de los demás. Este efecto puede resultar especialmente negativo en Aragón, donde se pierde una empresa competitiva que tenía prácticamente el 50% del mercado y actuaba en competencia con GAS NATURAL y en Andalucía donde, aunque ENDESA tenía mucha menor cuota, en la práctica era la única empresa que competía por este segmento del mercado.

Si se observa el número de comercializadores con una cuota de mercado liberalizado superior al 5% en cada Comunidad Autónoma ..., en aquellas en las que ENDESA aparece actualmente con más de un 5%, después de la operación habría un actor menos. Teniendo en cuenta la cuota sobre ventas totales en mercado liberalizado, la situación empeora de forma grave en Galicia, Cataluña y Andalucía, sobre todo, donde quedarían únicamente 2 comercializadoras con una cuota superior al 5% en las dos primeras Comunidades y una única comercializadora en Extremadura.

Si se realiza esta misma comparación en el segmento doméstico del mercado liberalizado ... la situación es peor, dado que originalmente el número de empresas comercializadoras operando en ese mercado (como

máximo tres) es inferior al del segmento industrial. Así la situación empeora de forma notable sobre todo en Galicia, Andalucía y Cataluña donde sólo quedaría un comercializador con cuota de mercado superior al 5% y también en Aragón donde quedarían dos.

El análisis anterior indica que, como resultado de la operación propuesta, el grado de concentración en los mercados de aprovisionamiento y comercialización aumentaría y además desaparecería ENDESA como uno de los competidores más activos en ambos mercados. Esta situación refuerza la posición dominante actual del grupo GAS NATURAL. (pág. 182, 183 y 184).

[...] el Grupo GAS NATURAL reforzaría su actual posición de dominio en el mercado de los aprovisionamientos a España, integrando en su cartera los contratos de aprovisionamiento del Grupo ENDESA, con lo que pasaría a ostentar unas cuotas para el año 2004 en los aprovisionamientos incluidos autoconsumos de 70,3% a 73,5%, y excluyendo los autoconsumos de 74,5% a 76,8%. Estas cuotas están muy por encima de los umbrales considerados por las "Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales (...)" de la Unión Europea, como extraordinariamente elevado y por tanto prueba suficiente per se de la existencia de una posición dominante. Los índices de concentración, que ya son muy elevados en la actualidad, también aumentarían (considerando el año 2004 el HHI pasaría de 5649 a 6000).

Puesto que todo el gas contratado por ENDESA es GNL la operación también implicaría un aumento de la cuota de GAS NATURAL sobre el aprovisionamiento mediante GNL que pasaría del 54,2% al 59,3%. Asimismo, el nuevo Grupo incorporaría una participación del 12%, que actualmente ostenta ENDESA, en el proyecto del gasoducto del Medgaz, que prevé entrar en funcionamiento a partir del año 2009, con un volumen inicial de 8 bcm/año.

GAS NATURAL mantendría su cuota actual del 98,9% en la importación de gas por gasoducto (100% a través del gasoducto del Magreb y 97,7% en la conexión con Francia) y el 100% sobre el gas de producción nacional. Además, seguiría suministrando el 100% del mercado a tarifa.

En referencia a los diferentes mercados integrados de electricidad el mencionado informe señala que:

[...] el análisis de los indicadores de concentración indica que la operación propuesta comportaría un aumento significativo de la concentración en el mercado de generación eléctrica. Este resultado se obtiene al considerar tanto cuotas de energía como cuotas de potencia disponible, y es especialmente acusado si el análisis se restringe a la potencia retirable, que es la más relevante para establecer el incentivo económico a la retirada estratégica de centrales con el fin de alterar los precios de mercado. (pág. 223).

[...] Dado un margen de cobertura de la demanda similar al que existe en 2005, y que representa una previsión razonable para el medio-largo plazo, se estima la existencia de un alto porcentaje de horas/días en los cuales por lo menos un generador (mayormente IBERDROLA, pero también ENDESA) tiene una demanda residual positiva que le permite en principio fijar precios como un monopolista. Este porcentaje aumentaría de forma significativa como resultado de la operación, aún considerando sólo la potencia retirable. Además, el nuevo grupo se convertiría en el principal operador "pivote". (pág. 229).

[...] En cualquier caso, la implicación más importante de la operación es la pérdida de un competidor potencial importante. Aunque el incremento de cuota del nuevo grupo sería, de por sí significativa (Gas Natural ya mantiene una cuota del 8% en total y del 23% en el mercado de clientes domésticos), lo más significativo es que la participación de Gas Natural en el mercado minorista eléctrico hasta la fecha indica que se trata del competidor más exitoso y con mayor potencialidad de crecimiento.

A pesar de que muchas empresas independientes entraron en el mercado desde el comienzo del proceso de liberalización, sólo GAS NATURAL se ha revelado capaz de captar clientes de manera significativa, así erosionando las cuotas de mercado de los operadores establecidos. En los cuadros siguientes se destaca el fuerte aumento de la cuota de GAS NATURAL durante el periodo junio 2003-junio 2005, desde el 5% al 19% en términos de clientes y desde el 5% al 8% en términos de energía vendida. Además, se nota como la estrategia de expansión de esta empresa se ha centrado en el segmento de los consumidores domésticos, que supone las mayores barreras a la entrada, debido a los altos costes de cambio de este tipo de consumidores y a la ventaja competitiva de las empresas eléctricas establecidas. El éxito de GAS NATURAL en este segmento se puede relacionar con un efecto "marca" asociado a la relación de los consumidores con esta empresa como distribuidor de gas en determinadas zonas geográficas.

[...] El nuevo grupo heredaría las relaciones verticales ya existentes en GAS NATURAL y ENDESA, que además se reforzarían debido a la mayor concentración horizontal que la operación generalmente produciría en los mercados ascendentes y descendentes. Esta situación se produciría en la integración existente entre aprovisionamiento-comercialización de gas, generación eléctrica-comercialización de electricidad y distribución-comercialización (de gas o electricidad).

El efecto vertical más novedoso de la operación estaría relacionado con la integración entre comercialización de gas y su empleo en el segmento de la generación eléctrica.

Sobre la base de precedentes que corresponden a operaciones muy similares, se podría concluir que en una situación de posición dominante

individual indiscutida de GAS NATURAL en el mercado de aprovisionamiento, y de la cuota elevada en los mercados de generación y comercialización de electricidad ostentada por ENDESA, la independencia del proveedor de gas respecto a los competidores en el sector eléctrico es un elemento crucial para el mantenimiento de la competencia efectiva de este último sector.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, las principales conclusiones del análisis sobre los efectos verticales de la operación relacionados con la integración entre comercialización de gas y la generación eléctrica, apuntan a que podría registrarse: Un efecto de cierre del mercado de aprovisionamiento, debido a un mayor incentivo del nuevo grupo a incrementar el precio del gas a otros generadores en el mercado eléctrico, que sería en su caso mitigado por la presencia de otras fuentes de suministro; Un efecto a largo plazo de cierre del mercado de generación, puesto que el nuevo grupo absorbería la demanda futura de gas para generación de ENDESA, retirándola del mercado. (pág. 296 y 297).

[...] Una segunda posibilidad, especialmente preocupante, sería el impacto sobre el proceso de arbitraje entre el mercado convencional de gas y el mercado de gas para la generación eléctrica. El hecho de que el crecimiento de la demanda de gas sea especialmente importante en generación, llevará a que la cuota del mercado gasista global para generación tenga cada vez más peso, y que por lo tanto, la imbricación de los sectores eléctricos y gasista sea mayor, pudiendo llegar a tener la actividad de comercialización la función de arbitrar precios entre ambos mercados: si los precios en el mercado eléctrico son atractivos, se reducirá la oferta de gas con destino a los consumidores industriales y domésticos, lo que llevaría a un encarecimiento de precios, en caso contrario, habría más gas disponible para los consumidores finales gasistas, y, previsiblemente mejores precios (este efecto es siempre difícil de prever pues, por ejemplo, no se opera en un mercado exclusivamente nacional). En este caso, una empresa bien posicionada en ambos sectores podría tener una posición de ventaja competitiva en ambos mercados.

El arbitraje debería en principio permitir optimizar en cada momento el empleo del gas en los mercados (convencional o de generación) y fomentar la competencia. Sin embargo esto requiere que los dos mercados involucrados funcionen de forma competitiva. Así, GAS NATURAL en la actualidad compite en el pool eléctrico contra otras tecnologías y es generalmente un generador precio aceptante. Está claro que este precio representa un coste oportunidad para el gas ofertado en el mercado convencional a los consumidores industriales y que si este precio sube GAS NATURAL tendrá un claro incentivo a ofertar el gas a los consumidores industriales a un precio más alto (ésta,, de hecho, es la situación que se está registrando en la actualidad). Por otra parte, si el precio de la electricidad en el pool baja GAS NATURAL no tendrá incentivo, dada su cota de mercado elevada y la opacidad de precios en el mercado convencional, a reducir su oferta a los consumidores

industriales. Como resultado de la operación este problema se ve agravado por el hecho de que el nuevo grupo tendría capacidad de afectar el precio del pool eléctrico, debido a su cuota de mercado mucho mayor que la actual del Grupo GAS NATURAL. Así, la capacidad de subir el precio en el mercado eléctrico se uniría a la capacidad de incrementarlo en el mercado de comercialización, reduciendo los beneficios teóricos del proceso de arbitraje. (pág. 302 y 303).

[...] El grupo resultante de la operación, sin considerar desinversiones, se convertiría en el único distribuidor de gas y electricidad en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Cataluña y sur de Extremadura, como se indica en el cuadro 153. Adicionalmente, en estas zonas el nuevo grupo sería también el principal comercializador de gas y electricidad (sobre la base de la información disponible a finales de 2004). (pág. 308).

[...] desaparecería el motor principal de la competencia observado hasta la fecha: en las zonas geográficas de Andalucía, Aragón, Cataluña y sur de Extremadura, GAS NATURAL-ENDESA se convertiría en el único distribuidor de gas y electricidad y, como comercializador, no se enfrentaría a la competencia procedente de ENDESA como comercializador asociado al distribuidor eléctrico de la zona.

En Baleares, el nuevo grupo, sin considerar desinversiones, también sería el titular único de las redes de gas y electricidad. Debido a que ambos suministros están sujetos a regulación en Baleares, la operación no generaría ningún impacto sobre la competencia. Sin embargo, teniendo en cuenta la posible liberalización de este mercado en un futuro no muy lejano, cabe apuntar que la operación podría hipotecar, desde su comienzo, el desarrollo de la competencia en esta Comunidad Autónoma. (pág. 311 y 312).

[...] El grupo resultante de la operación heredaría el fuerte grado de integración vertical y la posición dominante de GAS NATURAL en el sector del gas y de ENDESA en el sector eléctrico. Por tanto, tendría una presencia simultánea muy importante en los dos sectores, inigualable por otros operadores actualmente activos en el mercado. Esto sería problemático por varias razones: En primer lugar, el nuevo grupo tendría el incentivo y la capacidad de incrementar simultáneamente los precios del mercado de generación eléctrica y los precios de comercialización de gas, debido a sus cuotas elevadas en aprovisionamiento de gas y en el mercado de generación eléctrica. En segundo lugar, el grupo resultante de la operación sin considerar desinversiones aumentaría significativamente el número de puntos de suministro de gas y electricidad del cual es titular, y, en determinadas áreas geográficas (Aragón, Andalucía, Cataluña y el sur de Extremadura), obtendría un solapamiento de las redes de gas y electricidad. En el contexto actual, dada la relativa inmadurez del mercado (sobre todo doméstico y comercial) y la separación incompleta entre distribución y comercialización) esta integración de redes ofrecería al nuevo grupo el acceso a una amplia base de

potenciales clientes, fácilmente susceptibles de ser captados en el mercado libre, a bajo coste, por la comercializadora del grupo. Esta posición del nuevo grupo, que además dispondría de claras ventajas upstream en la oferta conjunta de gas y electricidad, podría obstaculizar seriamente el desarrollo de la competencia efectiva en las zonas afectadas, puesto que los comercializadores independientes difícilmente podrían competir en condiciones de igualdad. (pág. 312 y 313).

Por su parte el Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe ha señalado en relación con el mercado de gas:

Aprovisionamiento:[...] la posición de GAS NATURAL se vea reforzada con la operación analizada debido a: La adición de la cuota de GAS NATURAL de los aprovisionamientos de CARBOEX (ENDESA) (3%); La desaparición de ENDESA como competidor en el aprovisionamiento y como competidor potencial en los negocios de midstream, en los que la adquirente opera a través de una empresa en participación con una de sus matrices, REPSOL, de mayor gravedad. (pág. 124).

Transporte: [...] El Tribunal considera que en el mercado del transporte de gas natural y, específicamente, en lo que concierne a las infraestructuras de importación existe, previamente a la operación analizada, un elevado nivel de concentración, destacando la presencia de GAS NATURAL como principal demandante de los servicios de dichas infraestructuras. Atendiendo a dicha estructura y a los incentivos de comportamiento de los agentes, puede concluirse que, en este mercado, la posición del grupo resultante se vería reforzada con la operación analizada debido a: El solapamiento de las capacidades contratadas y las participaciones en las infraestructuras de importación de GAS NATURAL y ENDESA, tanto presentes (gasoductos de Lacq-Calahorra y El Magreb y plantas de regasificación de Barcelona, Huelva, Cartagena y Bilbao) como previstas en el corto y medio plazo (gasoducto de Medgaz y plantas de Mugaridos y Sagunto).; Los precedentes recientes de GAS NATURAL en este mercado, incurriendo en prácticas prohibidas por el artículo 6º de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea; La desaparición de ENDESA como empresa con participación en infraestructuras alternativas de importación, tanto gasoducto como plantas de regasificación. (pág. 129 y 130).

Distribución: [...] Atendiendo a los mercados geográficos relevantes que, en este caso, tienen un carácter regional, el Tribunal estima que la posición de GAS NATURAL se verá reforzada con riesgo para el mantenimiento de la competencia efectiva debido a: La adición de las redes de distribución de gas de GAS NATURAL con las de ENDESA, de escasa entidad a nivel nacional pero que se concreta en las Comunidades de Valencia, Andalucía, Castilla y León, Extremadura y Aragón, siendo especialmente preocupante en estas dos últimas. La desaparición de ENDESA de la actividad de distribución elimina un

agente efectiva en aquellos mercados en los que ENDESA ya está presente; Se dificulta una posible competencia referencial en diversas zonas geográficas en la que ENDESA, aún no teniendo actividad en la actualidad, podría estarlo en el futuro. En algunos de estos mercados geográficos, el tamaño y la densidad de la población son suficientes para que, evitando siempre la duplicidad de redes y una vez agotadas el resto de las economías de escala de la actividad de distribución, pueda ser de interés económico la presencia de dos o más oferentes en el servicio de distribución de gas. (pág. 136 y 137).

Suministro minorista a grandes clientes::[...] el Tribunal estima que la operación de concentración reforzará la posición de GAS NATURAL en este mercado, con riesgo para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mismo. (pág. 140).

Suministro a centrales de generación eléctrica:[...] En conclusión, en este mercado, que tiene un carácter al menos nacional, el Tribunal estima que, aunque no exista adición de cuotas, la posición de GAS NATURAL se verá, en principio, reforzada debido a que la operación evita una posible competencia futura de ENDESA en el mercado de suministro a CGCC. (pág. 142).

Suministro a clientes domésticos y PYMES:[...] el Tribunal estima que la operación de concentración reforzará la posición de GAS NATURAL en este mercado, con riesgo para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mismo. (pág. 144).

En referencia al mercado de electricidad dicho informe del TDC indica:

[...] El Tribunal subraya que el mercado mayorista de la electricidad tiene, previamente a la operación analizada, un elevado nivel de concentración. Adicionalmente, el mercado se caracteriza por la existencia de dos empresas dominantes (ENDESA e IBERDROLA) con mixes de generación relativamente complementarios, indispensables para atender la demanda en numerosos períodos, y una cuota conjunta de, aproximadamente el 80% que les capacita para fijar precios. Atendiendo a esta estructura del mercado y a los incentivos de comportamiento de los agentes, puede concluirse que, en este mercado, la posición del grupo resultante se vería reforzada con la operación analizada debido a: El solapamiento de las producciones de electricidad y las capacidades de generación de ENDESA (40%) y GAS NATURAL (3%), de moderada entidad cuantitativa; La desaparición de GAS NATURAL como competidor en la generación de energía eléctrica. (pág. 153).

Distribución: [...] Atendiendo a los mercados geográficos relevantes que, en este caso, tienen un carácter regional, el Tribunal estima que la posición de la entidad resultante, GAS NATURAL-ENDESA, se verá reforzada con riesgo

para el mantenimiento de la competencia efectiva debido a: La adición de las redes de distribución de electricidad de ENDESA con las de GAS NATURAL. Este solapamiento, de escasa entidad a nivel nacional, se concreta en las Comunidades de Castilla y León, Valencia y Cataluña. La desaparición de GAS NATURAL de la actividad de distribución elimina un agente efectivo en aquellos mercados en los que GAS NATURAL ya está presente. Se dificulta una posible competencia referencial en diversas zonas geográficas en las que GAS NATURAL, aún no teniendo actividad en la actualidad, podría estarlo en el futuro. En algunos de estos mercados geográficos, el tamaño y la densidad de población son suficientes para que, evitando siempre la duplicidad de redes y una vez agotadas el resto de las economías de escala de la actividad de distribución, pueda ser de interés económico la presencia de dos o más oferentes en el servicio de distribución de electricidad. (pág. 159 y 160).

Aspectos verticales:

[...] La operación analizada supone un refuerzo de la integración vertical del grupo GAS NATURAL, fortaleciendo su poder de mercado en los sectores gasista y eléctrico, siendo de especial importancia su posición en el aprovisionamiento de gas natural, el combustible empleado para generación eléctrica de más rápido crecimiento.

El Tribunal estima que el fortalecimiento de la posición de GAS NATURAL en el mercado de aprovisionamiento y de acceso a infraestructuras básicas de importación (gasoductos y refinerías) puede obstaculizar la competencia en otros mercados relacionados verticalmente. Estos efectos son especialmente probables en los mercados de suministro de gas natural, tanto el destinado a grandes clientes como el destinado a clientes domésticos y PYMES.

En segundo lugar, cuando el grupo de la empresa distribuidora de gas se encuentra activo también en el suministro a mercado (comercialización), la información sobre los patrones de consumo de los clientes finales a disposición de los distribuidores permite que las ganancias de poder en este mercado tengan, previsiblemente, efectos en el mercado de suministro. El incremento de la presencia del grupo resultante en distribución de gas implica una mayor integración vertical en estos dos mercados y, en consecuencia, origina que la información con la que cuenta el distribuidor para realizar su función regulada se convierte en valiosa información asimétrica frente a sus competidores en comercialización. Estos efectos son previsibles incluso teniendo en consideración que la distribución es una actividad regulada debido a su carácter de monopolio natural.

Finalmente, manteniendo el análisis en la cadena de valor de la electricidad, el fortalecimiento en el mercado de aprovisionamiento de gas natural tiene efectos verticales adicionales cuando el grupo empresarial pasa a ser también uno de los principales generadores en electricidad. En primer lugar, la información que las CGCC deben facilitar obligatoriamente a los

aprovisionadores (las nominaciones diarias de gas) adquiere un valor adicional cuando el proveedor se convierte no sólo en suministrador y competidor potencial, sino en el principal competidor en el mercado de generación de electricidad. Por otro lado, se incrementan los incentivos a elevar los precios del gas a competidores en generación que empleen dicho input para la producción de electricidad. (pág. 165, 166 y 167).

[...] Adicionalmente, el control conjunto de GAS NATURAL por parte de REPSOL implicaría que al arbitraje entre gas y electricidad en generación eléctrica, deba sumarse el posible arbitraje entre gas y productos petrolíferos comercializados por REPSOL, especialmente fuelóleos. La mayor presencia de la nueva entidad GAS NATURAL-ENDESA en generación eléctrica incentiva estas posibles limitaciones a la competencia, fomentando los comportamientos estratégicos respecto a posibles entrantes. (pág. 168).

[...] Inicialmente, para este Tribunal, el reforzamiento de los niveles de concentración, junto con la desaparición de sendos entrantes creíbles y con incentivos de permanencia en los mercados respectivos (GAS NATURAL en electricidad y ENDESA en gas) agravan los efectos horizontales, verticales y conglomerales de la operación analizada, originando que los perjuicios sobre la competencia sean superiores a los que se desprenderían de un análisis simple basado en la adición de cuotas. (pág. 185).

[...] Esta posición quedaría reforzada después de la operación y agudizaría el hecho de que los consumidores de pequeño tamaño, sin volumen suficiente para negociar en los mercados internacionales, como el caso de generadores eléctricos que quieran entrar en el mercado de generación eléctrica con una central de ciclo combinado, podrían depender excesivamente de GAS NATURAL para su abastecimiento. No cabe duda de que esta dependencia supondría un freno para la entrada de nuevos competidores, tanto en el mercado de generación eléctrica, como en el mercado de suministro de gas a clientes finales, ya que su proveedor, GAS NATURAL, sería a la vez su competidor y, por lo tanto, tendría mayores incentivos a incrementarles el precio de su materia prima, con el fin de que su precio final a consumidores fuera menos competitivo que el de GAS NATURAL en los mercados de suministro final o en generación eléctrica. (pág. 186 y 187).

[...] Por otra parte, la operación elimina, en buena medida, la asimetría la estructura productiva de GAS NATURAL, muy dependiente de la tecnología de ciclo combinado. Este Tribunal entiende que, en esta hipotética nueva situación, en la que el suministrador de gas para producción de electricidad poseerá una importante cuota en generación, existen incentivos para que el suministrador incremente los precios del gas destinado a ciclo combinado. Con ello obtendrá un doble beneficio: primero, un mayor margen por el gas suministrado y, segundo, un aumento en el precio final del pool, al marcar precio los ciclos combinados. En consecuencia, toda la energía generada

sería remunerada a un precio superior sin incremento alguno en sus costes de generación. Este incentivo no es operativo con las actuales cuotas de GAS NATURAL en generación (3,5%) y su estructura de generación, puesto que una acción como la señalada aumentaría más los ingresos de los competidores que los propios. (pág. 188).

[...] Por lo que respecta a los mercados de distribución de gas, fuertemente integrados antes de la operación con las actividades de aprovisionamiento, generación y comercialización, la valoración de los efectos que hace este Tribunal es que la concentración refuerza la implantación geográfica del nuevo grupo, pero sobre todo que se pierde de forma irreversible uno de los tres distribuidores de gas más importantes. GAS NATURAL está presente en gas o electricidad en todas las Comunidades Autónomas con un porcentaje superior al 80% en gas, tanto en redes de distribución como atendiendo al gas vehiculado. El Tribunal considera importante el papel de ENDESA como distribuidor independiente de gas antes de la operación. Tiene actividad en algunas Comunidades Autónomas, con un coste reconocido por la Administración de un 5% del total. Lógicamente, la situación desde el punto de vista geográfico se agravaría tras la OPA, puesto que en cinco CCAA, (Andalucía, Castilla y León, Aragón, Extremadura y Valencia) en tanto que desaparecería como competidor referencial. Igual que se señalaba más arriba para el caso de las relaciones distribución-comercialización en electricidad, teniendo en cuenta los incentivos existentes a dar acceso privilegiado a comercializadoras del propio grupo y el más que posible perjuicio de las asimetrías comentadas para los comercializadores independientes, se puede concluir que se acrecientan a causa del mayor tamaño y la presencia simultánea del nuevo grupo en electricidad y gas.

[...] A juicio de este Tribunal, de concretarse la operación de concentración, se produciría el solapamiento de redes de distribución eléctrica y de gas en zonas que abarcarían la totalidad del territorio de algunas Comunidades Autónomas, como sería el caso de Cataluña, Andalucía y Aragón. En consecuencia, se eliminaría el mecanismo de la competencia referencial en esas regiones, hecho de especial relevancia al considerar que dichas zonas geográficas representarían, previsiblemente, el 35% del consumo nacional de gas, el producto con mayores expectativas de crecimiento hasta el año 2011. El efecto peor sería el de un conglomerado con monopolio natural conjunto en las redes de gas y electricidad y, por lo tanto, con muy escasas posibilidades para la competencia efectiva en comercialización de gas, de electricidad y de ofertas duales. (pág. 191).

[...] Como consecuencia de todo lo anterior, este Tribunal considera que esta operación tiene profundos efectos sobre el nivel de competencia efectiva de los mercados relevantes definidos, pero, además, altera gravemente la dinámica competitiva de unos mercados en pleno proceso de liberalización sectorial que, además, ha ido acompañado de un cambio técnico importante en la generación de electricidad. Todo lo cual está haciendo creíble un tipo de

empresa de conglomerado que explica por qué el interés competitivo de ENDESA en los mercados de gas y de GAS NATURAL en los mercados de electricidad. La virtud fundamental de este proceso de mercado es que se trata de operadores con posiciones muy asimétricas en cada uno de esos mercados, lo que les obliga a competir unos con otros en aquellos mercados en los que no tienen una posición de dominio. Esto estaría explicando buena parte de la evolución a la baja de los indicadores de concentración y de la pérdida de capacidad pivotal en electricidad o las cuotas en aprovisionamiento de gas. Por el contrario, la operación produce una estructura de conglomerado con posición de dominio conjunta en gas y electricidad que modifica, de manera notable los incentivos a la competencia en ambos mercados, y en un sentido muy negativo por la eliminación de competidores independientes que incorporan, con su realidad conglomeral tan asimétrica, lo mejor de la apertura de los mercados relevantes definidos en este informe. (pág. 194, 195, 196, 197 y 198).

SEXTO.- A la vista de los anteriores informes, que aparte de los pasajes transcritos contienen otros de similares prevenciones, la consecuencia que hay que extraer con un alto grado de previsibilidad, es el grave perjuicio que la operación de control supone para el mantenimiento de la competencia en la práctica totalidad de los mercados concernidos, en los diferentes sectores que lo integran, perjuicios que comenzarán a producirse en la mayoría de ellos desde el momento mismo de la liquidación de la OPA. Bien es verdad que el informe del CNE después de indicar que "la realización de la operación de concentración examinada tendría como efecto una merma de las condiciones de competencia existentes", añade que "tal efecto podría ser paliado y consecuentemente aprobado mediante la imposición de determinadas condiciones"; sin embargo, el TDC -órgano central del sistema de defensa de la competencia español establecido por la Ley 16/1989, de 17 de julio, con plena independencia en el ejercicio de sus funciones y en el logro de sus fines últimos dirigidos a garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados, preservando su funcionamiento competitivo, como así lo indica la Exposición de Motivos de su Ley Reguladora, y el Real Decreto 864/2003 de 4 de julio, aprobatoria de su Estatuto, y cuya importante función institucional ha sido puesta de relieve por esta Sala en sentencias de 2 de abril de 2002, 29 de marzo de 2004, 7 de noviembre de 2005-, después de indicar que,

"por todo ello, es muy complicado intentar paliar el daño realizado desde la perspectiva de la competencia con un movimiento de enajenación de activos más o menos intenso. No sería sino un intento erróneo de recomposición de cuotas de mercado anteriores a la operación. Es decir, en este caso, las posibilidades de la ingeniería económica son claramente insuficientes para compensar la ruptura de la dinámica económica generada por los propios mercados reales a partir de un nuevo marco regulador y de las nuevas tecnologías de producción. En el contexto concreto de los mercados españoles actuales de gas y electricidad, hay una asimetría entre enajenación de activos y

desaparición de competidores creíbles y exitosos que hace imposible un trade off razonable y reparador de las consecuencias de la operación sobre la competencia",

concluyó en su informe (condición 21^a) que "Ante un panorama de efectos anticompetitivos como el descrito, no resulta posible asegurar que un conjunto de condiciones razonables, realistas, proporcionales y eficaces, sean éstas estructurales, conductistas o reguladoras, o cualquier conjunto posible de ellas, puedan compensar los daños de carácter irreversible que la operación conlleva"

Debe admitirse, por tanto, que los efectos perjudiciales a que se refieren ambos informes se producirán de inmediato, e incluso no desaparecerán con las medidas propuestas, ya que incluso para CNE son meramente paliativas, y, por tanto, no absolutamente recuperadoras de la competencia. Esta postura de CNE que podría tener trascendencia a la hora de valorar en la sentencia la validez del acto recurrido, ya que en el sistema de la Ley de Defensa de la Competencia es posible admitir la concentración, aún con restricciones de la competencia, si se dan alguno de los supuestos que contempla el artículo 17 LDC, no debe interferirse en el examen de la procedencia de la medida cautelar, porque, como se ha dejado dicho anteriormente, la suspensión procederá si estos daños son substanciales e irreversibles caso de una sentencia estimatoria.

Pues bien, la lectura detenida de los mencionados informes no puede llevar a esta Sala a otra conclusión que a la de que ambos presupuestos se producen en el caso presente. La sustancialidad deriva no solo del incremento de la posición de dominio de la empresa resultante de la operación, que puede llegar a ser agobiante para los pocos operadores actuales en el sector del gas, sino también del incremento de las barreras de entrada, que si ya actualmente son muy intensas en ambos mercados, como muy gráficamente ponen de manifiesto los informes anteriores, los haría prácticamente inexpugnables para los nuevos operadores que desearan establecerse en ellos, por el aumento del grado de la concentración, integración y efecto conglomerado que la operación produciría. La irreversibilidad es clara si se tiene en cuenta que la huida de competidores daña siempre al mercado en competencia al fortalecer a las empresas actuantes en él, de difícil por no decir imposible recuperación y marcha atrás caso de sentencia favorable, después de un período de tiempo relativamente largo -en mercados con incipientes grados de liberalización, cualquier lapso de tiempo es importante, ya que el cliente capturado por una empresa se fideliza a ella-, máxime, si, como ocurre en el presente caso, uno de los competidores de Gas Natural más activos en el mercado del gas -Endesa- desaparece durante ese período, y otro -Gas Natural-, que desarrolla una importante actividad en el de la electricidad ya no tiene interés para competir en él, con el efecto añadido de que esta empresa gasista es la que domina en absoluto el mercado de suministro a las empresas generadoras de electricidad de ciclo combinado.

Podría decirse que las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros remedian la importancia del daño que se producirá a la competencia. Sin

embargo, sobre no ser ésta la opinión del TDC, hay que añadir que su establecimiento haría más irreversible el mismo, dado su carácter estructural con desinversiones que difícilmente permitirían recomponer el panorama actual de los mercados de gas y electricidad. Pero es que además las condiciones que ha impuesto el Consejo de Ministros son menos exigentes que las que proponía en su informe la CNE, e incluso los votos particulares del informe del TDC, como, por ejemplo, en el mercado de aprovisionamiento de gas las cantidades liberadas son inferiores en cantidad y duración a las propuestas en dicho informe y votos, en materia de generación eléctrica no se imponen las limitaciones específicas en cuanto a quienes deben ser los compradores de las plantas de generación que deben ser enajenadas conforme se sugiere en los mismos, la venta de redes para evitar el solapamiento no afecta a determinadas Comunidades Autónomas.

Desde otra perspectiva, no puede desconocerse la irreversibilidad de los perjuicios que con la operación se producirían a la empresa recurrente. Su control por la sociedad "oferente" afectaría sin duda a su proyecto empresarial a corto plazo, a su estructura administrativa y laboral, e incluso a sus expectativas en el mercado del gas con desinversiones importantes -venta de participaciones en SAGGAS S.A. y REGANOSA S.A., en ENAGAS, venta del equivalente al negocio de comercialización de gas, de activos de distribución de gas natural, etc.-. Aunque considerados aisladamente cada una de estos perjuicios podría hacer pensar en la no irreversibilidad de sus efectos, apreciados en su conjunto no hay duda que la nueva Endesa aparecida tras la ejecución de una hipotética sentencia favorable, si es que tal aparición fuera posible en ese momento, sería diferente a la que actualmente actúa en ambos mercados. Frente a esta conclusión los argumentos esgrimidos por los demandados de que en definitiva serían los accionistas de la propia empresa al aceptar la oferta los que habrían decidido sobre su destino futuro tal cual surge de la OPA y del acto del Consejo de Ministros, no pueden tener la trascendencia que quiere dárseles, pues supondría desconocer que junto a Endesa existen otros demandantes, unos interesados en la defensa de la competencia, como es la Federación de usuarios recurrente, y otros, accionistas minoritarios, también recurrentes, interesados en el mantenimiento del proyecto empresarial de la compañía. Pero es que además, Endesa, en su consideración abstracta de entidad mercantil, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y este derecho se ejerce, según la Ley de Sociedades Anónimas (art. 127 y 128), por sus administradores, a los que los accionistas, reunidos en Junta General, les han otorgado la defensa de los intereses sociales (art. 123 LSA), y, entre estos se encuentran, sin duda, evitar una serie de desinversiones, que caso de producirse de forma inmediata, dificultarían de manera notoria la reversión, con el complemento añadido de posibles indemnizaciones a los que en su momento fueron adquirentes de los activos liberados, que la compañía tendría que soportar.

SÉPTIMO.- Admitido por la Sala que se produce en el presente caso el "periculum in mora", interesa examinar a continuación si existen intereses de trascendencia que pese a ese peligro impongan preferentemente la ejecución del

acto recurrido. Las partes demandadas hacen referencias al interés de los accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores.

Son, sin lugar a duda, intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuando se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos. A parte de que no puede hablarse de que haya un interés público de que la OPA prospere, ni que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el número de los inversores en Bolsa a los que pueda afectar la operación, siempre será menor que el de los usuarios, ya que en los mercados de la electricidad y el gas están afectados todos los residentes en España, pues son servicios de primera necesidad hoy imprescindibles en cualquier hogar, comercio o industria, y que además inciden de modo directo en el presupuesto de dichos usuarios e indirectamente en la cesta de la compra, repercutiendo en el índice de precios al consumo (IPC). Pues bien, el mantenimiento de un mercado competitivo, con las menores barreras de entrada posibles, con el mayor número viable de operadores actuando, en el que la posición de dominio de alguno de ellos no sea extrema, constituye el pilar imprescindible de una economía de mercado, en orden a la libre formación de los precios, de tal forma que los usuarios resulten beneficiados por esa competencia con la obtención de mejores servicios a mejores precios.

Es sin duda el interés público que subyace en la potestad que la Ley de Defensa de la Competencia atribuye al Consejo de Ministros, el que debe estar muy presente en este incidente de medidas cautelares. Como la propia Exposición de Motivos de esa Ley señala "la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución".

Ese interés público es previo al de libertad de empresa, pues como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre "la Ley de Defensa de la Competencia establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986, fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo

tempranamente en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3º, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado". Y añade, más adelante: "La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE". Termina diciendo que "una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste".

Gas Natural SDG, S.A., partiendo de que la naturaleza del acuerdo del Consejo de Ministros en el proceso de toma de control de Endesa por dicha parte no es la de una autorización, llega a la conclusión de que, de acordarse su suspensión, las consecuencias no podrían ser otras que: o bien, entender que en ausencia de dicho acuerdo, la entidad "oferente" podría llevar a cabo su operación de concentración sin estar sujeta a las condiciones impuestas por ese acuerdo lo que, reconoce, resultaría paradójico; o bien, equivaldría a materialmente o sustituir el acuerdo del Consejo de Ministros de aprobación de condiciones por otro de contenido diverso, como es el de la declaración de improcedencia o prohibición de la operación, aunque sea provisionalmente, ejercitando así la Sala una potestad discrecional atribuida al Consejo de Ministros por la LDC, infringiendo de esta forma lo dispuesto en el artículo 71.2 "in fine" LJ, que impide a los órganos jurisdiccionales determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

La Sala no puede compartir estas alegaciones. La intervención del Consejo de Ministros en las operaciones de concentración trata de verificar, como se dijo más arriba, que la operación no impide, restringe o falsea la competencia en todo el territorio nacional, o que ese efecto puede compensarse mediante la imposición de las correspondientes condiciones. Es, por tanto, una autorización administrativa inserta en el procedimiento mercantil que se desarrolla en el mercado bursátil y cuya denegación determina que ese procedimiento no pueda seguir adelante. La suspensión de aquel acuerdo produce, en consecuencia, el efecto de que ese procedimiento mercantil quede también suspendido hasta tanto no se dicte sentencia en este recurso. Y esto no supone sustitución alguna de potestades discrecionales porque el efecto de la medida es, como ocurre con todas las que se adoptan en estos incidentes, la de suspensión de la ejecutividad de actos administrativos objeto de recurso, e impedir que estos produzcan efectos hasta que se haya dictado sentencia en los autos principales. Si ésta fuere desestimatoria la suspensión se alzará y el procedimiento continuará en el punto en que quedó interrumpido, desplegando entonces todos sus efectos el

acuerdo del Consejo de Ministros, cuya ejecución futura no se ha hecho imposible, por tanto, con la medida cautelar.

OCTAVO.- Conforme al artículo 133.1 de la LJ. cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de ellos. Se trata de una decisión para cuya adopción el Tribunal requiere inexcusablemente de la colaboración de las partes, tanto para la identificación de esos perjuicios como para la concreción de su identidad en términos que permitan la exigencia de la garantía con la adecuada proporcionalidad, y se ha de advertir que esa colaboración ha sido en este incidente muy insatisfactoria.

El Abogado del Estado no pide que se exija caución a la parte recurrente, ni hace expresa mención a los perjuicios que pudieran derivarse de la suspensión. Alude únicamente a los intereses generales cuya perturbación grave debería determinar la denegación de la medida cautelar solicitada, según lo dispuesto en el artículo 130.2 de la LJ, intereses que concreta en un principio de defensa de la competencia a cuyo servicio se orienta, a su juicio, el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este proceso, pero no a los perjuicios susceptibles de ser garantizados con la caución a que se refiere el artículo 133.1 LJ.

Gas Natural tampoco incorpora al Suplico de su escrito de alegaciones petición de exigencia de caución al recurrente para el caso de que se acordase la suspensión, ni en sus alegaciones hace referencia alguna a esta garantía. Sin embargo, al hablar de la ponderación de los fines públicos y privados afectados por la suspensión se refiere al perjuicio derivado del hecho de que Gas Natural "vería limitada por un periodo de tiempo injustificadamente largo su capacidad de actuación". Sucinta expresión en la que refleja realmente el ámbito de los perjuicios que pueden protegerse por la adopción de una caución. Son los perjuicios derivados del retraso que la medida cautelar puede suponer en la toma de control de Endesa por Gas Natural si la sentencia finalmente fuera desestimatoria. Aunque también ha de ponerse de manifiesto que dicha parte ni concreta dichos perjuicios, ni ofrece fórmula alguna que permita a la Sala determinar la cuantía de la fianza que a estos efectos hubiera de pedirse.

Por su parte, Iberdrola, S.A., aunque concreta los perjuicios que a ella se le ocasionarían con la suspensión, no los cuantifica ni señala criterios sobre los cuales debiera realizarse su valoración, y se limita a decir que "dada la magnitud de los daños derivados de la suspensión, tal cuantía (la de caución) debería ser muy elevada".

En estas condiciones la Sala considera razonable atenerse a la caución que ya ha sido exigida y prestada ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid en el procedimiento seguido a instancia de Endesa, S.A. contra Gas Natural SDG, S.A. e Iberdrola, S.A. teniendo en cuenta que los perjuicios que en aquel

procedimiento se tratan de garantizar son los mismos que en éste, y que esta Sala no cuenta con dato ni valoración alguna que contraponer a los que la titular de ese Juzgado tuvo en cuenta para adoptar aquella decisión. A estos efectos se fija en 1.000 millones de euros dicha caución para cuya garantía puede valer el aval prestado ante dicho Juzgado, siempre, naturalmente, que las entidades avalistas en aquel procedimiento manifiesten su voluntad de extender a este recurso los efectos del aval prestado; pudiendo en su defecto prestarse garantía o caución suficiente para cubrir los perjuicios en cantidad equivalente.

NOVENO.- No se dan circunstancias que establece el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional para la imposición de costas en este incidente.

LA SALA ACUERDA:

Acceder a la suspensión solicitada por ENDESA S.A., la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y de la Federación Unión de Consumidores Europeos (Euroconsumo) en el recurso contencioso-administrativo nº 47/2006, interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 3 de febrero de 2006, siempre que se preste caución por 1.000 millones de euros, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, dentro del plazo de un mes; sin expresa condena en costas.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

D. Ramón Trillo Torres

D. Fernando Ledesma Bartret

D. Mariano de Oro-Pulido y López

D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Mariano Baena del Alcázar

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Antonio Martí García

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Montalvo

D . Óscar González González

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Juan José González Rivas

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Francisco Trujillo Mamely

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Agustín Puente Prieto

D. Santiago Martínez-Vares García

D. Eduardo Espín Templado

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Margarita Robles Fernández

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Manuel Martín Timón



TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/04/2006

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL PRESIDENTE DE LA SALA EXCMO. SR. D. RAMÓN TRILLO TORRES EN RELACIÓN CON EL AUTO DICTADO POR EL PLENO DE LA SALA EN FECHA 28 DE ABRIL DE 2006 EN EL RECURSO Nº 47/2006.

PRIMERO.- Con todo el respeto que me merece la decisión adoptada en el Auto respecto al que emito este voto particular, debo de manifestar, sin embargo, mi desacuerdo con partes tan sustanciales de su argumentación como para considerarme obligado a dejar constancia procesal de cuál es mi opinión sobre la cuestión en él resuelta.

Mi punto de partida -lógicamente al igual que el de la resolución que no comparto- es que la razón material de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar la pérdida de la finalidad del proceso y garantizar la eficacia de un posible fallo favorable para la parte actora, como resulta de lo dispuesto en el artículo 130.1, inciso segundo, de la Ley Jurisdiccional, que, en coherencia con lo dispuesto en el precepto anterior, ordena que *"la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"*.

Paralelamente, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, la Ley exige una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero, y, por eso, en el artículo 130, párrafo 2º, señala que no obstante la concurrencia del periculum in mora, *"la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero"*.

Por eso, la adopción de las medidas cautelares ha de tener en cuenta una doble referencia: en primer lugar, la posibilidad de que la ejecución del acto, sin adopción de medida cautelar alguna, pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y, en segundo lugar, la posibilidad de que con la medida cautelar pueda producirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. El segundo dato actúa como contrapeso del primero, debiendo ponderarse la concurrencia de uno y otro de forma circunstanciada, esto es, casuística (SSTS de 14 de octubre de 2005, 9 de febrero y 14 de marzo de 2006, RRC 4098/2003, 7724/2003 y 10373/2003, por citar algunas de las últimas).

Dando un paso más en el razonamiento, esta Sala ha declarado en numerosas sentencias que la adopción de las medidas cautelares debe acordarse sin prejuzgar la cuestión de fondo, porque la resolución de la pieza separada correspondiente tiene lugar, por lo general, cuando se carece todavía de elementos bastantes para hacer esa clase de enjuiciamiento. De lo contrario, se produciría el efecto indeseable de que por amparar el derecho a la efectiva

tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

El aserto adquiere singular relevancia a la hora de sopesar la aplicabilidad de la doctrina de la "apariencia de buen derecho" (*fumus boni iuris*), que permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera sea a los meros fines de la tutela cautelar. Es doctrina jurisprudencial reiterada y uniforme que esa apariencia de buen derecho, por sí sola, únicamente puede fundamentar la adopción de la cautelar en los limitados casos en que la solidez de la acción resulta ya desde el momento liminar del proceso manifiesta, evidente y rotunda, hasta el punto de poder ser apreciada con seguridad sin necesidad de mayores datos. Fuera de esos reducidos casos, la alegación del *fumus boni iuris* únicamente surte alguna eficacia en la medida en que, al evidenciar la consistencia -al menos provisional e indiciaria- de los argumentos impugnatorios, contribuya a reforzar el juicio sobre el *periculum in mora*, que sigue siendo el criterio general rector de la adopción de las cautelares.

Por eso, una jurisprudencia constante (hasta el punto de hacer ociosa la cita de resoluciones concretas) viene diciendo que la aplicación de la doctrina de la apariencia del buen derecho, como fundamento para la adopción de las medidas cautelares, sólo cabe en determinados supuestos, tales, como, v.gr., los de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; o de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, pues sólo entonces cabe apreciar con la seguridad exigible la ostensibilidad o evidencia de la apariencia que se invoca. En los demás casos, la invocación de la apariencia de buen derecho reviste una utilidad u operatividad práctica más modesta, que pudiéramos llamar de "segundo grado", orientada a iluminar y sostener el juicio valorativo sobre los intereses en conflicto, pues no hay duda de que la apreciación del *periculum in mora* se puede hacer con mayor fundamento cuando se aprecia -insistimos, de forma indiciaria y provisional- que la acción ejercitada no parece infundada ni endeble.

Estas consideraciones generales son oportunas porque la resolución de la que discrepo comienza su fundamentación jurídica recordando la doctrina jurisprudencial sobre el "*periculum in mora*", para añadir, inmediatamente, que la doctrina de la apariencia de buen derecho puede ser un factor que coadyuve a la aplicación de la medida cautelar, si bien "*su aplicación ha de hacerse con prudencia para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo*". Empero, aun cuando las consideraciones que siguen a este punto de partida dicen construirse fundamentalmente sobre la base de la valoración del *periculum in mora*, lo cierto es que los argumentos relativos al peligro de pérdida de efectividad de una eventual sentencia estimatoria se

entremezclan y sustentan con disquisiciones en torno a la apariencia de buen derecho de la pretensión de los actores, que son, a mi entender, las que realmente sirven de soporte argumentativo para la medida cautelar adoptada, de forma que, al final, al margen o por encima del planteamiento de partida, ha sido esa supuesta apariencia de buen derecho la que pienso que ha determinado la decisión mayoritaria, que concluye que existe un alto grado de previsibilidad de que la operación de control produzca un grave perjuicio para el mantenimiento de la competencia en la práctica totalidad de los mercados concernidos (perjuicios que comenzaran a producirse "dice la resolución- *"desde el momento mismo de la liquidación de la OPA"*), para afirmar a continuación que *"debe admitirse, por tanto, que los efectos perjudiciales a que se refieren ambos informes [los del TDC y la CNE] se producirán de inmediato, e incluso no desaparecerán con las medidas propuestas"*.

Al resolver así, creo que el Auto se ha apartado no solo de los presupuestos de análisis que a sí mismo se había fijado, sino también de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la significación y alcance en el proceso contencioso-administrativo de la "apariencia de buen derecho" como fundamento de la suspensión cautelar de los actos administrativos.

SEGUNDO.- No está de más hacer, con carácter preliminar, tres puntualizaciones sobre el objeto de este proceso contencioso-administrativo:

La primera, que el Acuerdo impugnado no impone -mal podría hacerlo- una transmisión de acciones ni fuerza una concentración empresarial ni decreta el éxito de la OPA concernida ni ordena la desaparición de la empresa actora. Simplemente, fija una serie de condiciones de obligado cumplimiento para el caso hipotético y futuro de que la OPA prospere, si es que los accionistas de la empresa afectada la aceptan.

La segunda, que, ciertamente, ese Acuerdo del Consejo de Ministros (único impugnado en las presentes actuaciones) no se caracteriza como un mero acto de trámite dentro del largo y complejo procedimiento de concentración, del que es un eslabón más, sino que adquiere perfiles sustantivos propios, derivados de su misma naturaleza y funcionalidad, que lo hacen susceptible de una impugnación separada y de un análisis individualizado. Ahora bien, no es menos cierto que una hipotética sentencia anulatoria determinaría el resultado final negativo de la OPA, como es asimismo obvio que nuestra decisión, y singularmente la decisión sobre las medidas cautelares, debe partir de una contemplación panorámica de aquel Acuerdo dentro del contexto jurídico y económico en que se integra, sopesando todos los factores concurrentes en el caso.

No puedo compartir, por eso, sin reparos sustanciales la rotunda afirmación que se hace en el fundamento jurídico tercero del Auto, en el sentido de que en este proceso cabe un enjuiciamiento independiente ("sin ningún tipo de

restricciones") del referido Acuerdo en función del contenido y la finalidad que el Ordenamiento atribuye a dicho acto. Diferentemente, la valoración del contenido y la finalidad propios o típicos del Acuerdo impugnado no puede hacerse en forma aislada o desgajada de la operación de concentración en que se inserta, sino que es obligado realizarla en conexión con los intereses característicos de una operación mercantil de concentración de empresas cotizadas, como es la contemplada.

Y la tercera, que las concentraciones empresariales económicas, además de obedecer de ordinario a una lógica empresarial en principio inobjetable desde los poderes públicos, son beneficiosas en la mayor parte de las ocasiones para fomentar y favorecer la competitividad empresarial, lo que aleja la figura de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la posición de dominio en el mercado que, ab initio, son enjuiciadas negativamente por el Ordenamiento, tanto el nacional (artículos 1 y 6, respectivamente, de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia), como comunitario. En este sentido, puede recordarse que ya el Memorandum sobre el problema de la concentración en el Mercado Común, de 1 de diciembre de 1965, de la Comunidad Económica Europea manifestaba que *"las concentraciones contribuyen frecuentemente a los objetivos de la Comunidad, ya que de las mismas resultan frecuentemente cambios deseados en la estructura industrial"*, criterio seguido en nuestros días, pues el reciente Reglamento Comunitario 139/2004, afirma nítidamente que la reestructuración de empresas mediante operaciones de concentración *"debe valorarse de forma positiva porque responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad"*. Estas manifestaciones son concordantes con la tesis subyacentes en los Tratados comunitarios consistentes en que, contrariamente a los acuerdos entre competidores, las operaciones de concentración son modificaciones estructurales del mercado pero no suponen necesariamente una *"conspiración contra el mercado"*.

Evidentemente, de los textos citados no puede colegirse que las operaciones de concentración empresarial no dañen en ningún caso las condiciones de competencia en un mercado dado; lo que quiere ponerse de relieve es que dicha afectación deberá probarse, porque existe una presunción de bondad para el sistema económico en su conjunto de dichas operaciones, que deberá ser desvirtuada convenientemente desde la perspectiva concurrencial, si lo que se pretende es denegar la autorización para su ejecución. No debe olvidarse, en esta misma línea, que la propia normativa nacional consagra la posibilidad de autorización presunta de las operaciones notificadas (artículo 15.bis 2 del texto legal últimamente citado). Todo lo anterior, en fin, obliga a extremar las precauciones a la hora de adoptar la decisión de suspender operaciones económicas que, salvo que *"obstaculicen el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado"* (artículo 15.bis de la Ley de Defensa de la Competencia), son vistas por el Ordenamiento de manera positiva, contrariamente a la neutralidad observada por éste en relación con el resto de

conductas empresariales y con la prohibición, absoluta, de las que consisten en un abuso de posición de dominio o, relativa, en los acuerdos de tipo colusorio. Esta diferencia entre ambos sectores en el Derecho de la competencia, estructural, de un lado, y conductual, de otro, y su diferente percepción por el Ordenamiento debe también operar en sede de medidas cautelares, obligando a adoptar con mayor ponderación la decisión de suspender el acuerdo autorizatorio en el primer caso que en el segundo.

TERCERO.- Hechas estas salvedades, el estudio de la resolución impugnada (siempre a los limitados efectos que son propios de esta pieza separada) debe partir de la determinación precisa de su contenido y finalidad, que en este caso son, con toda evidencia, la protección y salvaguardia de la competencia en el mercado.

Así, leemos en las "consideraciones generales" que le sirven de motivación que *"el presente Acuerdo tiene por objeto la protección de la competencia efectiva en los mercados y está guiado por el principio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los potenciales obstáculos para el mantenimiento de la misma derivados de la operación de concentración"*.

Más adelante, formula el Acuerdo gubernamental unas consideraciones que conviene transcribir en su integridad:

"En este contexto, el control de concentraciones debe garantizar la proporcionalidad de las decisiones con los objetivos que persigue. En particular, es preciso buscar el adecuado equilibrio entre la libre toma de decisiones empresariales y la protección de la competencia efectiva en los mercados. El objeto del control de concentraciones no es moldear la estructura de las empresas o de los mercados con el fin de ajustarlos a un diseño óptimo predeterminado ni suplir las carencias del marco regulador sino evitar que los cambios estructurales en los mercados derivados de operaciones de concentración resulten en una obstaculización al mantenimiento de la competencia efectiva, sin intervenir innecesariamente en la libre toma de decisiones por parte de los operadores económicos. En este sentido, las operaciones de concentración son fruto de decisiones empresariales y no pueden ser prohibidas simplemente porque resulten en una modificación de la estructura competitiva de los mercados preexistente o porque no respondan a la estructura de mercado teóricamente más deseable, sino únicamente cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Ello exige al Gobierno un análisis detallado de las posibles condiciones a imponer y, en su caso, una decisión motivada sobre su adecuación para aportar al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia tratando con ello de lograr el equilibrio entre el principio de libre empresa y el de libre competencia".

Siempre en la misma línea, apunta el Acuerdo del Consejo de Ministros que

"no resulta procedente acordar la prohibición de la operación de concentración consistente en la adquisición por Gas Natural del control de Endesa por cuanto es posible subordinar su autorización a la observancia de un conjunto de condiciones que aportan al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la concentración y, por tanto, garantizar que su ejecución no resultará en una obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados..... La determinación de las condiciones se basa en el principio de proporcionalidad, en función del cual se exige que las mismas sean adecuadas para compensar los obstáculos para la competencia efectiva derivados de la operación de concentración y que, en caso de que haya más de una condición posible para resolver los problemas concretos detectados, se opte por la menos restrictiva de la libertad empresarial. Las condiciones impuestas se refieren a todos los ámbitos en que los distintos informes que obran en el expediente han detectado la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva como consecuencia de la operación de concentración y se relacionan claramente con los obstáculos concretos para la competencia derivados de la misma".

En fin, termina el Acuerdo con unas "consideraciones finales" que no hacen más que remarcar lo ya señalado en los párrafos precedentes:

"Finalmente, cabe señalar que las condiciones impuestas no tienen por objeto determinar la estructura empresarial que debe haber en los respectivos mercados ni realizar una reforma del marco regulatorio de los mercados del gas y de la electricidad en España sino aportar al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la operación de concentración que han sido identificados a lo largo del expediente no es función del control de concentraciones determinar cuál ha de ser la estructura de las empresas o del mercado siguiendo algún modelo, hipotético o real, sino compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia efectiva derivados de la operación de concentración concreta".

Sirva esta larga reseña para constatar que el fin de interés público que ha guiado la decisión del Gobierno aquí impugnada, según resulta de sus propias y bien claras expresiones, ha sido únicamente compensar los efectos restrictivos o desfavorables para la competencia que pudieran sobrevenir como consecuencia de la operación de concentración impulsada por Gas Natural SDG S.A. a través de la OPA. Consiguientemente, procede determinar en esta pieza separada de medidas cautelares si, a tenor de los datos aportados en este momento aún inicial del proceso existe, como afirma la resolución mayoritaria de la Sala, una elevada probabilidad de que la eventual consumación de la OPA y consiguiente puesta en práctica de dichas condiciones implique una situación

fáctica irreversible de grave distorsión de la competencia efectiva en el mercado energético.

Junto al interés público señalado se han esgrimido también, en este incidente cautelar, intereses privados en juego. Las compañías mercantiles enfrentadas se han referido extensamente a su propio interés como personas jurídicas, así como a los intereses de sus respectivos accionistas. Han argumentado, también, en torno a la afección que conllevarían las medidas cautelares solicitadas sobre el mercado, en general, y sobre el mercado de valores, en particular. Todos estos intereses deben ser asimismo valorados a la hora de resolver sobre la procedencia de la medida cautelar, pues no son ajenos sino, al contrario, connaturales a la operación de concentración concernida en la que el Acuerdo impugnado se inserta.

CUARTO.- En el examen de los intereses mencionados que es preciso tener presentes para realizar su jurídicamente obligada ponderación circunstanciada, habrá de tenerse en cuenta no tanto el dato material de cuál sea la entidad cuantitativa o cualitativa del interés de que se trate, considerado aisladamente en su propia sustantividad, sino el hecho de cuál sea la valoración y protección que merezca del Ordenamiento Jurídico, tanto en el procedimiento administrativo de que traiga causa el proceso como en su aptitud para hacerse presente y operativo en la vía jurisdiccional, todo ello sobre el fondo de derecho material que regula la institución a que se refiere el enjuiciamiento.

Acorde con este criterio, se hace preciso insistir en que el fondo material sobre el que ha actuado la resolución del Consejo de Ministros es una institución que se desarrolla en el ámbito del Derecho Mercantil y Financiero, de modo que los derechos a ejercitar por las partes intervinientes en la misma –esto es, la entidad adquirente y los accionistas de la sociedad afectada- son derechos subjetivos de naturaleza jurídico privada, no sustancialmente diferentes a los presentes en el ordinario concurso de la oferta y de la aceptación sobre entrega de cosa determinada y pago de precio cierto para perfeccionar una compraventa, aunque en la expresión del consentimiento y en la consumación del contrato se sujeten a normas específicas, cuyo cumplimiento conforme a criterios de igualdad, transparencia y competitividad se somete en determinados tramos a vigilancia y autorización de la entidad reguladora del mercado de valores, esto es, la CNMV, en cuanto que, en su caso, la OPA ha de consumarse y liquidarse dentro de este mercado, pero ello no empece a que la misión de aquella se mueva en el ámbito del ejercicio de derechos subjetivos privados por parte de los concernidos por la oferta pública, esto es, oferentes y aceptantes, que expresan libremente su consentimiento, aunque este quede después bajo condiciones temporales de irrevocabilidad, derivadas del régimen institucional de las OPAS.

Distinta es la decisión administrativa sobre la eventual conformidad de la concentración resultante de la OPA con el interés público a que se mantenga una competencia efectiva en el mercado. En este caso, lo que está en juego no

es la libre voluntad de los accionistas para aceptar o no las ofertas, sino un condicionante público para que aquella voluntad pueda ser eficaz y, desde este punto de vista, alguien que no sea alguno de los inmediatos protagonistas de la relación jurídica que se traba con la OPA (adquirente y accionistas de la sociedad afectada) puede alcanzar a ser titular de un interés legítimo en relación con el acuerdo administrativo que autorice o deniegue la autorización a la oferta pública de adquisición desde la perspectiva del Derecho de la competencia, pero en ningún caso puede aducir en su favor la existencia de un derecho subjetivo, que normalmente estará reservado a los mencionados protagonistas, siendo de notar, en este punto, que obviamente el interés material de estos que constituye el soporte de su derecho subjetivo demandará normalmente que se les apliquen las mínimas condiciones o restricciones en función del mantenimiento del interés público de la competencia efectiva, puesto que, cuanto menores sean, más libertad tendrán unos para fijar los términos de la oferta y mejor precio podrán obtener los otros por el objeto de la enajenación.

Son estos datos jurídicos y materiales y el hecho también relevante para el Derecho de que los administradores de las sociedades tengan que cuidar del interés social, los que explican los mecanismos que ha arbitrado la legislación de ofertas públicas sobre sus posibles actividades mientras permanezcan vivas, que acreditan, por un lado, que de ninguna manera el ordenamiento considera protegido en este ámbito un eventual interés de pervivencia de la sociedad o empresa afectada, en cuanto ello iría contra la libertad de disposición de la entidad adquirente, una vez que aquella hubiese sido adquirida, ni, por esta razón, admite que el interés jurídicamente protegido de los accionistas, consistente en su libertad de decidir sobre una oferta de compra, sea perturbado en el sentido de no hacerla viable o perjudicar su cuantía a favor de una voluntad de pervivencia expresada por los administradores de la sociedad, lo que sería sustancialmente opuesto al evento de una oferta pública de adquisición, cuya característica más esencial es el de consistir en un llamamiento formalizado y dirigido directamente a los propietarios para que dispongan libremente y por sí mismos de sus bienes.

QUINTO.- Cuanto acabo de apuntar permite hacer una precisión referida a los intereses esgrimidos por la sociedad actora, Endesa S.A., precisión que resulta, además, obligada en el caso que nos ocupa, habida cuenta que las partes demandadas han coincidido en negar, discutir o relativizar la legitimación de esta entidad (de sus administradores) para comparecer y sostener su posición procesal del modo como lo ha hecho, enfatizando que el juicio sobre la bondad y la consiguiente aceptación de la OPA concernida corresponde sólo y únicamente a los accionistas de la empresa y no a sus administradores.

Creo necesario recordar, llegados a este punto, que ciertamente existe una ya larga controversia doctrinal en torno a si el título legitimador de la acción del poder empresarial es la propiedad, o si, por el contrario, esa visión de la empresa debe ser sustituida por una "concepción institucional" o de la "empresa

en sí", según la cual se habría roto la correlación entre propiedad, riesgo y poder empresarial. Quienes sostienen este segundo planteamiento hablan de una pérdida de poder de los accionistas (propietarios) frente a los administradores e incluso frente a los propios trabajadores, predicándose, en este sentido, una función social de la empresa que trasciende al interés de sus propietarios. Esta polémica doctrinal se encuentra en el trasfondo de la cuestión examinada, en la medida en que nos estamos planteando si el interés que deben defender los representantes orgánicos (administradores) de la sociedad actora, esto es, el interés social, ha de identificarse con el de sus accionistas y sólo el de estos, o si confluyen otros intereses que también deben ser incluidos, como los de los trabajadores, proveedores, o el interés institucional de la empresa, autónomo de los anteriores.

Es frecuente, en este sentido, la cita de la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991, donde leemos que *"en torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social"*. Esta sentencia ha sido recogida por otras posteriores, que han asumido la teoría contractualista, coincidiendo en caracterizar el interés social como la suma de los intereses particulares de los socios (sentencias de esta misma Sala Primera de 18 de septiembre de 1998, 4 de marzo de 2000 y 29 de noviembre de 2002); aunque no ha faltado algún autor que ha preconizado un cambio de la jurisprudencia a la vista de la actual redacción del art. 127.bis de la Ley de Sociedades Anónimas (introducido en el Texto Refundido de dicha Ley por obra de la reforma operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas para el reforzamiento de la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas), donde se establece que *"los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad"*.

No obstante, en reciente sentencia de 7 de marzo de 2006, la Sala Primera ha ratificado su constante doctrina sobre esta materia al decir que los intereses sociales *"no han de ser los de los socios en particular (sentencia de 1 de julio de 1.961), sino los de la sociedad, por más que éstos resulten de la suma de los de todos aquellos"*.

Sin desconocer la complejidad de esta polémica doctrinal, lo cierto es que por encima de los planteamientos dogmáticos generales y descendiendo al nivel del asunto concretamente examinado, que es el que ahora interesa, dicha

polémica puede considerarse resuelta en el ámbito aquí concernido por la normativa específica que regula las concentraciones de empresas realizadas a través de una OPA, de la que, como antes apunté, resulta con claridad que el interés social relevante o predominante en estos casos es el de los accionistas, esto es, el de los propietarios de la empresa, no existiendo frente este interés fuerte un interés distinto que pueda ser esgrimido como prevalente por sus administradores.

En esta línea se mueve la Directiva de la Unión Europea 2004/25 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, que, al regular las obligaciones del órgano de administración o dirección de la sociedad afectada por una OPA, establece en su artículo 9.2 que el mismo deberá *"obtener la autorización previa de la junta general de accionistas ... antes de emprender cualquier acción que pueda impedir el éxito de la oferta, con excepción de la búsqueda de otras ofertas"*. Ciertamente es que el artículo 21 de la Directiva dispone como fecha límite para su trasposición el 20 de mayo de 2006, pero no hay duda de que aun no siendo Derecho directamente aplicable, *ratione temporis*, al asunto examinado, ilumina el razonamiento sobre la preponderancia del interés de los accionistas sobre el de los administradores. Y a la misma conclusión se llega desde la perspectiva del Derecho español vigente y aplicable, singularmente a la vista de lo establecido en el artículo 14 del reglamento regulador del régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores, aprobado por RD 1197/1991, de 26 de julio, donde se dispone que *"a partir de la publicación de la suspensión de la negociación de las acciones de la sociedad afectada y hasta la publicación del resultado de la oferta, el órgano de administración de la sociedad afectada se abstendrá de realizar o concertar cualesquiera operaciones que no sean propias de la actividad ordinaria de la sociedad o que tengan por objeto principal perturbar el desarrollo de la oferta, debiendo en todo momento hacer prevalecer los intereses de los accionistas sobre los suyos propios"*.

Resulta, por lo demás, lógico que sea así, examinada la cuestión en atención a la propia naturaleza y funcionalidad de las operaciones de concentración de empresas que se realizan a través de una OPA. Cuando la empresa oferente promueve la OPA, el futuro de la empresa afectada queda en manos de sus propios accionistas, quienes, con plenitud de conocimiento, adoptarán la decisión que más convenga a sus intereses, intereses que se resumen en la obtención de la mayor rentabilidad para su inversión. La misma naturaleza de los mercados de valores implica que no puedan ni deban coartarse las facultades de los accionistas para disponer de su inversión con la máxima liquidez en el sentido que estimen más favorable, partiendo de la base de que los accionistas forman libre y maduramente sus decisiones con arreglo a criterios de racionalidad orientada a la consecución del mayor beneficio. Por eso, si una empresa, actuando en legítimo ejercicio de su libertad empresarial (derecho constitucionalmente garantizado *ex art. 38 CE*) promueve una oferta pública de adquisición de acciones de otra, no pueden pretender erigirse los administradores de la sociedad afectada en una suerte de tutores de esos accionistas, que

decidan por ellos lo que más les conviene, ni pueden obstaculizar las decisiones de los accionistas en orden a la aceptación o rechazo de la OPA so pretexto de que la oferta es desaconsejable.

Podrán, por supuesto, e incluso deberán los administradores de la empresa expresar su parecer sobre la oferta (y en este sentido el reglamento de OPAS prevé, en su artículo 20, un trámite específico de informe del Consejo de Administración de la sociedad afectada, en el que manifestará su opinión y observaciones a favor y en contra de esa oferta). Más aún, la expresión de ese parecer no debe coartarse sino, al contrario, facilitarse, habida cuenta que los administradores, por su mayor cercanía a la práctica diaria de la empresa a la que sirven, gozan de un conocimiento acabado de la realidad organizativa y funcional de la sociedad y sus perspectivas de futuro, que les permite valorar con abundantes elementos de juicio la bondad de la oferta de adquisición de las acciones de la empresa, de forma que su opinión constituye un importante dato más para los accionistas a la hora de formar estos libremente su criterio sobre la OPA. No obstante, aun constatando la relevancia de la posición institucional de los administradores de la empresa y el peso de su opinión, el argumento no puede estirarse hasta el extremo de servir de base para legitimar una hipotética actuación autónoma del Consejo de Administración de la sociedad, orientada a tratar de entorpecer o frenar la decisión última de los accionistas sobre la aceptación o rechazo de la OPA, sirviéndose de un supuesto interés de la empresa distinto o al margen del interés de dichos accionistas.

Resulta de lo anteriormente indicado la advertencia de que los intereses esgrimidos por los administradores de la entidad actora, en cuanto conciernen a la entidad "en sí" y a sus accionistas, no deben ser distintos o discurrir al margen de los intereses de esos accionistas, que, por lo demás, lejos de ser unívocos, pueden divergir, ya que parece razonable pensar que podrá haber accionistas interesados en concurrir a la oferta formulada por Gas Natural junto con otros que preferirán no hacerlo, sin que pueda darse en modo alguno por supuesta una voluntad apriorísticamente concorde de todos los accionistas, más allá del interés común que puede presuponerse en todos ellos de obtener la mejor rentabilidad para su inversión.

Frente a estas consideraciones, la resolución de la que discrepo afirma (fundamento jurídico sexto, "in fine") que Endesa, en su consideración abstracta de sociedad mercantil, tiene derecho a obtener la tutela judicial y añade que ese derecho se ejerce por sus administradores, a quienes les corresponde evitar los efectos lesivos que derivarían del éxito de la OPA. No comparto estas apreciaciones, por las razones que acabo de expresar y las que indicaré a continuación.

Aun en el caso hipotético de que admitiéramos la existencia de un interés institucional de la empresa por encima o al margen del interés de sus accionistas, ese interés institucional podrá ser relevante en otros ámbitos, pero no en el de una operación de concentración articulada a través de una OPA, en la que dicho

interés está expresamente excluido por la normativa de aplicación, que enfatiza el mayor valor y predominio de la voluntad mayoritaria de los accionistas, hasta el punto de vetar a los administradores la realización de cualesquiera acciones que puedan obstaculizar la formación de esa voluntad. El noble interés en la pervivencia de un proyecto empresarial por el que se litiga es tan feble dentro del régimen jurídico de las OPAS, que este ni lo protege ni lo menciona en absoluto, al considerarlo embebido dentro de las facultades de libre disposición de los enajenantes y los adquirentes, siendo de notar que, además, si es esgrimido por alguien ajeno a ellos, pero obligado a cuidar de sus intereses, puede llegar a ser contradictorio con el sistema y perjudicial a los mismos, cuando para su defensa se postula por la vía del interés público la agravación de condiciones que puedan alcanzar a frustrar la OPA o hacerla menos ventajosa para sus verdaderos protagonistas.

En este sentido, si, como acabo de decir, en operaciones de concentración promovidas a través de una OPA la única actuación legítima de los administradores de la empresa afectada es la que se orienta a la defensa de los intereses de los accionistas, ha de concluirse que dichos administradores, en su condición de tales, no deben esgrimir cualesquiera otras consideraciones que (siendo desde luego legítimas si se sostienen desde otras instancias) puedan entrar en colisión con su función institucional primordial de defensa del interés de los accionistas. Difícilmente cabe, en efecto, aceptar como legítima una actuación procesal de los administradores de la empresa afectada que, so pretexto de defender otros intereses como la integridad del mercado o la competencia efectiva en el mismo, puedan llegar a perjudicar a aquellos (los propios accionistas) cuyos intereses económicos tienen la obligación institucional de defender.

Recuerda la resolución mayoritaria de la que respetuosamente discrepo, tratando de eludir este inconveniente, que no cabe desconocer que junto a la sociedad actora, Endesa, también litiga un grupo de accionistas interesados en el mantenimiento del proyecto empresarial de la compañía y una asociación de consumidores, a quienes no se podrían extender las consideraciones que se acaban de exponer. La objeción es formalmente cierta, pues es verdad que en este proceso litiga en calidad de litisconsorte activo una asociación de accionistas de Endesa, junto con la propia sociedad Endesa S.A. y una asociación de consumidores. Ahora bien, llama la atención que ni ese grupo de accionistas ni esta asociación de consumidores han presentado unas alegaciones diferenciadas, pues las razones aportadas en pro de la adopción de las cautelares son únicas y comunes a todos los recurrentes, sin matices singularizados de ninguna clase para cada uno de ellos; pareciendo más bien que su incorporación al recurso ha revestido un cariz meramente estratégico e instrumental, dirigido precisamente a eludir u obviar el reproche formulado por las partes enfrentadas sobre el discutible título legitimador de los administradores de la empresa para sostener su impugnación del modo que lo han hecho.

SEXTO.- Cuanto se acaba de razonar permite, de entrada, descartar los argumentos expuestos por los recurrentes acerca del peligro de que en caso de prosperar la OPA, las transmisiones accionariales realizadas devengan irrevocables y definitivas y la propia Endesa S.A. llegue a desaparecer de modo irreversible.

La argumentación, bajo su sólo aparente vigor, carece en realidad de fundamento suficiente para sostener la medida cautelar.

Por supuesto que en caso de dictarse una sentencia estimatoria, la estructura empresarial de la sociedad actora muy difícilmente podría volver a ser la misma que hubiera antes de la operación de concentración, pero eso no justifica la cautelar interesada, ya que el Acuerdo combatido carece, por sí mismo, de efectos sobre la existencia y configuración empresarial de Endesa y únicamente surtirá efectos en tanto en cuanto los accionistas de esta sociedad expresen su voluntad ampliamente mayoritaria de aceptar la OPA, de forma que si Endesa, en el futuro, llegara a desaparecer por efecto de la OPA y del nuevo control accionarial de la sociedad, no será porque el Gobierno lo haya impuesto u ordenado (que no lo ha hecho ni podría hacerlo), sino porque sus dueños legítimos -los accionistas- lo consintieron (por estimarlo favorable para sus intereses) y actuaron en consecuencia. Mal puede alegar la empresa actora un derecho a subsistir en su estructura societaria actual si sus propios accionistas no lo desean.

SÉPTIMO.- Cabe añadir que tampoco hay, desde la perspectiva de los propios accionistas de Endesa, intereses que justifiquen la suspensión que se ha acordado. Los accionistas saben de la pendencia de este litigio, no sólo por la evidente notoriedad de su existencia, ampliamente pregonada en los medios de comunicación, sino también y sobre todo porque el folleto de la OPA presentado por Gas Natural y aceptado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores llama la atención expresamente sobre esta circunstancia, al advertir a los accionistas sobre los posibles riesgos de la operación. Se refiere, en efecto, el folleto, en su capítulo V, a los "factores de riesgo" que han de sopesar los accionistas antes de acudir a la oferta, situando entre ellos el siguiente: "*Endesa ha iniciado varias acciones legales y presentado varios recursos contra resoluciones recaídas en el procedimiento de la oferta o contra actos o acuerdos relacionados con la misma*". A continuación, enumera esas acciones, citando entre ellas el presente recurso y advirtiendo que Endesa ha solicitado medidas cautelares. Termina esta nota señalando, ya en relación con el presente recurso contencioso-administrativo, que "*en caso de ser concedidas las medidas cautelares, no existe certeza sobre sus consecuencias jurídicas y, en particular, sobre si permitirá o no a Gas Natural continuar el proceso de adquisición. Por otro lado, si el Tribunal Supremo estimara el recurso de Endesa, tampoco existe certeza jurídica sobre las consecuencias de la revocación de la autorización obtenida*".

Consiguientemente, partiendo de la base de que el Acuerdo del Consejo de Ministros aquí impugnado carece de contenido imperativo alguno para los accionistas, quienes son totalmente libres de acudir o no a la OPA, es claro que si estos proceden en tal sentido lo harán con plenitud de conocimiento sobre el riesgo que deriva de la acción promovida por Endesa S.A., por lo que no podrán alegar después cualesquiera perjuicios patrimoniales derivados de lo que decidamos en este proceso (ya en la pieza separada de medidas provisionales, ya en la sentencia). Y en cuanto a los accionistas que no deseen acudir a la OPA, tampoco el Acuerdo del Consejo de Ministros les produce perjuicios irreparables, no sólo por lo ya resaltado sobre la ausencia de efectos directos de tal Acuerdo sobre ellos, sino también, y en definitiva, porque está en la naturaleza de las cosas, en el Derecho de Sociedades, que los accionistas minoritarios tengan que asumir las decisiones de los mayoritarios sobre el devenir de la empresa y en todo caso la regulación legal y reglamentaria de las OPAS tiene por objeto, justamente, procurar la defensa de los accionistas minoritarios en operaciones de esta índole, al asegurarles un trato similar a los demás.

A la misma conclusión se llega si valoramos la situación de los accionistas de Endesa desde la perspectiva general del mercado bursátil. Un mercado estructurado sobre los principios de seguridad jurídica, transparencia y liquidez, que puede verse fuertemente distorsionado por la adopción de medidas cautelares que prolonguen en el tiempo situaciones de indefinición o incertidumbre, cuando no de entorpecimiento e incluso bloqueo (siquiera temporal) de la libre disposición de su capital por parte de los accionistas de las empresas afectadas. Como he apuntado antes, los accionistas y los ciudadanos saben de la existencia de este proceso, por su notoriedad social y por reflejarse así con claridad en el folleto explicativo de la OPA, de modo que el mercado ya cuenta con la existencia de este proceso a la hora de tomar sus decisiones inversoras y asume el riesgo del resultado final del mismo. Sentado esto, la suspensión que se ha acordado producirá una situación de prolongada incertidumbre e indefinición en la propia gestión y toma de decisiones de las empresas afectadas que podría repercutir negativamente en su situación bursátil, pues la mercantil actora, Endesa, tendrá que limitarse en el ínterin (al mantenerse al fin y al cabo subsistente la OPA concernida) a una gestión ordinaria de la sociedad, sin poder adoptar estrategias dinámicas o iniciativas innovadoras en un mercado tan competitivo y cambiante como este. Por su parte, Gas Natural tendrá que mantener provisionadas las cantidades necesarias para hacer frente a la OPA en caso de despejarse los obstáculos procesales promovidos por Endesa, viendo lastrada también su capacidad para adoptar estrategias empresariales; e, incluso, la sociedad codemandada Iberdrola tendrá que provisionar asimismo las cantidades necesarias para hacer frente al acuerdo suscrito con Gas Natural en torno a la enajenación de activos de Endesa (Acuerdo este que no constituye el objeto de este litigio y sobre cuya validez no cabe formular en este momento ningún juicio, visto que la propia resolución impugnada señala de forma expresa que *"el Acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola no forma parte de la operación de concentración objeto del presente expediente. De hecho, constituye otra operación de concentración que, en su*

caso, debería ser notificada, en el marco del procedimiento de control de concentraciones, a las autoridades competentes en función de su dimensión"). Razonablemente, esa situación mantenida en el tiempo de provisionalidad sólo podría perjudicar a la buena marcha de esas empresas y a los intereses de sus accionistas, quienes además pueden ver seriamente mermado un interés de la mayor importancia en la estructuración del mercado de valores, cual es el de la protección y garantía de la máxima liquidez de sus títulos.

Esta conclusión se apuntala más todavía si se pone en relación con la presentación de una oferta competidora por parte del grupo empresarial alemán E.On.

La presentación de esa oferta competidora ha determinado la aplicación del régimen previsto para tales situaciones en el Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, concretamente en su capítulo V, arts. 31 y ss., siendo digno de ser resaltado, a los efectos que ahora interesan, que este nuevo estado de cosas determina una tramitación paralela de ambas ofertas, ya que un principio esencial del régimen de las OPAS competidoras es el de concurrencia y coincidencia de las ofertas, plasmado en el claro tenor del artículo 35, donde se establece que *"salvo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente, el oferente u oferentes precedentes decidieran retirar su oferta, el plazo de aceptación de las mismas se prorrogará automáticamente hasta la expiración del plazo de aceptación de la última oferta competidora"*. Interesa enfatizar aquí que el plazo de aceptación de todas las ofertas competidoras autorizadas ha de concluir en la misma fecha y este dato conduce necesariamente a concluir que la eventual adopción de una medida cautelar que afecte al desarrollo de la oferta inicial conllevaría la suspensión o paralización de las ofertas competidoras mientras dure el proceso, quedando ambas ofertas abiertas con carácter indefinido hasta que se resuelva el presente recurso contencioso-administrativo.

Situados en la perspectiva de examen que fluye de este dato sobrevenido, creo que cabe apreciar con aún mayor solidez que la adopción de medidas cautelares no sólo conllevará una situación de provisionalidad en el gobierno de las empresas afectadas, dilatada en el tiempo, que con alta probabilidad influirá negativamente en su dirección y gestión. Más aún, producirá una situación perjudicial para los propios accionistas, quienes quedarán privados durante toda la pendency del pleito de la facultad de aprovechar tanto la oferta de Gas Natural como la de E.On, al prolongarse en el tiempo la paralización de ambas, frustrándose la expectativa del beneficio económico que resulta de la concurrencia de ambas ofertas competidoras en un procedimiento de "subasta" como es el concernido.

De hecho, parece claro que la formulación de la oferta competidora por E.ON, en concurrencia dialéctica con la de Gas Natural, ha mejorado la situación de los accionistas, desde el momento en que estos pueden elegir libremente entre una y otra oferta y las empresas competidoras se sitúan en un sistema de

subasta que les exige articular sus ofertas de la manera más atractiva para conseguir la aceptación de aquellos. La paralización, siquiera cautelar, de este escenario competitivo podría afectar negativamente mucho más que beneficiar a esos accionistas.

OCTAVO.- Tampoco aprecio la existencia de un *periculum in mora* determinante de la suspensión cautelar desde la perspectiva de los trabajadores de la mercantil Endesa. A fuerza de ser reiterativo, he de insistir en que el Acuerdo del Consejo de Ministros aquí impugnado no adopta decisión alguna sobre esos trabajadores, cuyo status, si es que llega a verse afectado (lo cual no deja de ser una conjetura), lo sería por obra de actos hipotéticos y futuros, esto es, por la aceptación y consumación de la OPA y la consiguiente reestructuración del grupo empresarial resultante. En cualquier caso, los factores concurrentes, lejos de dar sustento al temor de los actores sobre eventuales perjuicios a los trabajadores de Endesa, parecen descartar dichos temores. No solo porque el Derecho Laboral prevé mecanismos de protección de los trabajadores en caso de concentraciones de empresas, sino también, y sobre todo, porque el folleto explicativo de la OPA dice que "*la sociedad oferente no prevé cambio alguno de relevancia en relación con el personal y con el equipo directivo de nivel medio de la sociedad afectada como consecuencia de la reorganización anteriormente mencionada, incluso aunque la misma suponga la fusión entre Gas Natural y Endesa*", sin que frente a este dato puedan prevalecer las conjeturas de los actores sobre las supuestas intenciones ocultas o subrepticias de la empresa promotora de la OPA.

NOVENO.- Descartadas las alegaciones de los actores sobre la afección a los intereses de la empresa afectada y sus accionistas, queda centrado el asunto en torno al único interés que puede resultar determinante de la medida cautelar interesada por los actores: la salvaguardia de la competencia real y efectiva en el mercado energético. Aquí se encuentra, realmente, la médula argumental del Auto del que discrepo, pues la suspensión cautelar acordada se ha fundamentado, sustancialmente, en la apreciación de que existe una elevada probabilidad de que la liquidación de la OPA y la consiguiente consumación de la operación de control, con sujeción a las condiciones marcadas por el Consejo de Ministros, suponga o produzca efectos gravemente lesivos e irreversibles para la competencia.

Centrado el examen en torno a este punto, advierto, entrando en el estudio de la cuestión -como ya adelanté *supra*-, que aun cuando la resolución mayoritaria de la Sala trata de reconducir sus apreciaciones al *periculum in mora*, en realidad su juicio sobre la posible pérdida de efectividad de la sentencia que pudiera dictarse en el pleito se apoya o sustenta en una previa toma de posición sobre la bondad jurídica de las alegaciones de los recurrentes acerca de la insuficiencia o inanidad de las condiciones fijadas en el Acuerdo impugnado para preservar, justamente, la competencia en el mercado afectado. Se concluye en el

Auto que existe una posibilidad real y elevada de que la sentencia que en su día pueda dictarse carezca de efectividad porque los efectos anticompetitivos derivados de la ejecución de este Acuerdo serán muy difícilmente corregibles, pero tal conclusión descansa en la premisa dialéctica de que esos efectos anticompetitivos se van a producir o, al menos, existe una elevada probabilidad de que se produzcan y esta apreciación se basa, a su vez, en la conclusión -siquiera indiciaria- de que efectivamente, tal y como los actores alegan, las condiciones fijadas por el Gobierno parecen notoriamente insuficientes o vacuas.

No comparto el razonamiento ni las premisas en que se sustenta, primero, porque no puedo aceptar que exista una elevada probabilidad de que una eventual sentencia estimatoria que recaiga en este pleito -si no se acuerda la suspensión cautelar interesada- sea ineficaz o estéril a la hora de restablecer la competencia y segundo, porque las alegaciones de los actores no parecen venir revestidas de una apariencia de buen derecho tan consistente como para justificar la suspensión cautelar.

El Auto parece haber asumido expresa o implícitamente los extensos razonamientos de la parte recurrente acerca de los graves daños que -dice esta parte- sobrevendrán de forma irreversible sobre la competencia en el mercado energético en el caso de que la OPA llegue a consumarse y se produzcan las operaciones previstas en el Acuerdo del Consejo de Ministros. Desde luego, no puede sino reconocerse que los actores desplegaron una cuidada argumentación para poner de manifiesto que, siempre desde su particular perspectiva, las condiciones fijadas por el Consejo de Ministros son notoriamente insuficientes para restablecer el marco competitivo del mercado energético. Ahora bien, esas consideraciones de parte únicamente podrían revestir la ostensibilidad imprescindible para apreciar una “apariencia de buen derecho” -en el sentido exigido por la jurisprudencia, al que anteriormente me referí- en el caso de que el Acuerdo del Consejo de Ministros se hubiera limitado a aceptar pura y simplemente la operación de concentración, sin someterla a condiciones de ningún tipo, o si aun habiéndolo sometido a condiciones, estas fueran tan sumamente endebles o fútiles que resultaran ya a simple vista, y sin necesidad de profundizar en el examen del asunto, palmariamente insuficientes. No es este el caso, pues el Acuerdo combatido somete la operación de concentración a numerosas condiciones cuya suficiencia no puede negarse mediante un simple examen preliminar y la extensa y compleja argumentación desplegada por la parte actora en pro de su tesis es buena prueba de ello.

De hecho, tanto la Abogacía del Estado como las empresas codemandadas han desarrollado, en sus respectivos escritos de oposición a las medidas cautelares interesadas, un esfuerzo argumentativo parejo al de los actores en extensión y profundidad, con el objeto de justificar la suficiencia y racionalidad de las condiciones fijadas en el Acuerdo impugnado, de manera que la solidez del escrito de la parte actora se ve compensada por la pareja contundencia de los de las partes enfrentadas, sin que existan razones para dar,

en este momento inicial del proceso, a los argumentos de la parte recurrente un valor superior a los de las demandadas. Esa será, cabalmente, la cuestión que habremos de resolver en sentencia, una vez concluido el debate procesal y con plenitud de conocimiento sobre el tema controvertido.

La posición mayoritaria de la Sala parece haber entendido que la tesis de los actores goza de un "plus" de fortaleza que viene dado por el hecho de que la decisión del Consejo de Ministros se aparta del dictamen desfavorable del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). e incluso fija en términos globales unas condiciones más suaves que las recomendadas por cualquiera de los componentes de los organismos consultivos intervinientes en el procedimiento (salvo quizás la 7ª condición del Acuerdo impugnado, en la que se dice que *"durante un plazo de dos años a partir de la ejecución de la operación de concentración, GAS NATURAL no podrá adquirir de terceros, directa ni indirectamente, ninguna central de generación de electricidad de ciclo combinado que esté en funcionamiento o en pruebas"*).

Es, desde luego, cierto que el Consejo de Ministros se ha apartado del dictamen del TDC, que se pronunció en contra de la autorización de la OPA (bien que contra el parecer de algunos de sus miembros, que entendieron más adecuado proponer una aceptación condicionada) e, incluso, se ha apartado en algunos extremos del precedente informe de la Comisión Nacional de la Energía - CNE-, que recomendó autorizarla, pero con sometimiento a unas condiciones que no han sido asumidas en su totalidad en la resolución final del Gobierno. Aun así, no por ello puede darse por existente una "apariencia de buen derecho" con vigor suficiente para edificar sobre ella la medida cautelar. En todo caso, el Auto no razona por qué los concretos términos en que el Consejo de Ministros autoriza la OPA, y las razones que expresa para justificarlos, son insuficientes para paliar su alcance anticompetitivo.

En efecto, no es inhabitual en sede de Derecho Público el carácter no vinculante de los informes de los órganos consultivos, al contrario, la excepción es el carácter vinculante y en este caso los dictámenes emitidos por esos organismos no eran vinculantes para el Consejo de Ministros, quien podía resolver apartándose de su parecer. Ciertamente es, desde luego, que una actuación semejante del órgano decisorio debe ser valorada con precaución, sobre todo estando como estamos ante organismos consultivos que gozan de reconocida autoridad técnica en su ámbito. Justamente por eso se exige en casos así la motivación de la resolución (siguiendo la regla general expresada en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prevé expresamente la posibilidad de que las resoluciones administrativas se aparten del criterio expresado en los dictámenes de órganos consultivos -art. 54.1.c-, bien que requiriendo en tales casos una motivación suficiente que justifique la razón del apartamiento). Por tal razón, podría aducirse una apariencia de buen derecho bastante para dar lugar a la medida cautelar si la decisión del Consejo de Ministros hubiera carecido de cualquier motivación o la incorporada no fuera digna de tal nombre, pero,

insistimos, no ha sido así, ya que la resolución aquí impugnada razona explícitamente los motivos que le han llevado a adoptar una decisión distinta de la recomendada en aquellos dictámenes, sirviéndose de unos argumentos que no pueden descartarse sin mayores consideraciones en este momento aun inicial del proceso como manifiestamente insuficientes hasta el extremo de dar lugar a la cautelar solicitada.

Dicho esto, no procede confundir la irrevocabilidad de las transmisiones accionariales con la irreversibilidad de los efectos anticompetitivos. La irrevocabilidad de las transmisiones accionariales que pudieran producirse en caso de prosperar la OPA es consecuencia de la propia configuración del mercado de valores y de la exigencia de seguridad jurídica que lo vertebra. Pero, aun partiendo de este dato, no por eso los supuestos efectos anticompetitivos generados por la concentración serían irreversibles, pues, como en seguida razonaré con mayor extensión, siempre cabría disponer la recomposición del mercado, v.gr., mediante una desconcentración del grupo resultante de la OPA, articulada mediante una oferta pública de venta de acciones, tal y como se prevé en la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, cuyo artículo 17.c.2) se refiere a las operaciones de concentración declaradas improcedentes, recogiendo expresamente la posibilidad de “Ordenar las medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración”. De manera que no cabe aceptar como evidente que una eventual sentencia estimatoria del recurso quede desprovista de eficacia alguna por el hecho de que Endesa no pueda volver a ser la misma empresa anterior a la concentración, toda vez que la situación de competencia en el mercado, en la hipótesis de que fuese distorsionada por obra del Acuerdo anulado, siempre podría recomponerse o reconducirse hacia un nuevo escenario de equilibrio competitivo, tal y como prevé la referida Ley 16/1989. Desde la perspectiva de los intereses generales afectados, estos se verán salvaguardados por una sentencia que ordene la recomposición de la competencia en el mercado y esa hipotética sentencia no precisa de una reconstrucción de Endesa en términos miméticos a los actuales, sino de una reestructuración del mercado energético que reponga objetivamente la situación competitiva general previa al Acuerdo. En este sentido nos hemos pronunciado en nuestro Auto de 16 de mayo de 2003 (expresamente mencionado en el Auto del que discrepo) a propósito de otra importante operación de concentración empresarial, donde señalamos que *“el periculum in mora no puede significar que, de no adoptarse la medida cautelar, no podría lograrse la reproducción mimética de la situación previamente existente, pues si así fuera en estos temas de competencia en el mercado, la suspensión de los actos recurridos transformaría lo que es excepción en regla, al ser difícil por no decir imposible que se vuelva a una situación anterior de idénticas características a las existentes antes de la concentración. Es indudable que el dinamismo del mercado habrá ocasionado variaciones en la competencia durante el tiempo que tarde en resolverse el recurso y que será imposible reproducir el estado precedente, caso de sentencia estimatoria. Ahora bien, ello no implica sin más que se haya impedido alcanzar la finalidad legítima del recurso”*. La finalidad legítima del recurso desde la perspectiva del interés general

concernido –restablecimiento de la situación de la competencia en el mercado- se logrará si por obra de una eventual sentencia estimatoria se vuelve al marco de competencia anterior a la concentración, sea con las mismas empresas ahora litigantes o con otras distintas y no hay razones para dar por supuesto que ese restablecimiento de la situación competitiva anterior sea imposible o muy difícil.

DÉCIMO.- Al contrario, atendiendo al contenido del Acuerdo impugnado, en cuyo estudio no se detiene el Auto, y centrándonos en las condiciones más decisivas, podemos detenernos en un breve examen de las relativas a los problemas competenciales que la concentración podría generar al aprovisionamiento de gas, a la generación eléctrica, a las consecuencias del efecto conglomerado o, en fin, en la condición decimoséptima. Examen que permitirá comprobar que dichas condiciones o bien no resultan tan manifiestamente endebles o insuficientes como alegan los actores o bien no darían lugar, en caso de ejecutarse, a una situación de imposible reversibilidad en caso de sentencia estimatoria.

Entrando en este análisis, cabe hacer aún una consideración liminar más, referida a la afirmación de que aquellas condiciones tienen mayoritariamente una naturaleza estructural, lo que justificaría la afirmación de su difícil reversibilidad. En este sentido, se suele diferenciar entre condiciones estructurales, que incluirían las consistentes en la cesión de activos o desinversión por parte de la entidad resultante de la operación (incluyendo cesión de negocios o ramas de actividad, participaciones accionariales, etc), y conductuales o de comportamiento, que no incluyen una obligación de desinversión o ruptura de vínculos estructurales y están generalmente destinadas a evitar situaciones de discriminación comercial frente a otros competidores o a proteger los intereses de suministradores o distribuidores de las empresas afectadas. Pues bien, en la actualidad existe una tendencia a relativizar la distinción dogmática absoluta entre ambas figuras, que se ha traducido, por ejemplo, en la posibilidad introducida por el artículo 7 del Reglamento 1/2003, de imponer remedios o condiciones estructurales, no sólo en los casos de control de concentraciones, sino, incluso, cuando se constate la existencia de una infracción conductual de las previstas en los artículos 81 y 82 TCE, reconociéndose además que, en ocasiones, los remedios o condiciones de comportamiento pueden ser más gravosos que los estructurales. En línea de continuidad con lo manifestado, esta indistinción en la posibilidad de optar por unas medidas u otras, se prevé en la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en el asunto T-102/96 GENCOR Ltd. c. Comisión, que manifiesta que “por consiguiente, es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural. Es cierto que los compromisos de carácter estructural, como la reducción de la cuota de mercado surgida de la concentración mediante la venta de una filial, son en principio preferibles desde el punto de vista del objetivo perseguido por el Reglamento, en la medida que impiden definitivamente, o al menos de manera duradera, que aparezca o se refuerce la posición dominante previamente

identificada por la Comisión, sin requerir, por otra parte medidas de control a medio o largo plazo. No obstante, no puede excluirse a priori que compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como la no utilización de una marca durante un período de tiempo determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o, más genéricamente, el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerze una posición dominante”.

Una segunda consideración general aplicable a las condiciones impuestas por el Acuerdo de Consejo de Ministros, y que afectaría necesariamente a la reversibilidad de su ejecución, radica en su mayor o menor intensidad. En este sentido no parece ocioso enfatizar que en todo el cuerpo del escrito de interposición del recurso formulado por ENDESA, en el que se inserta su solicitud de medidas cautelares, dicha mercantil viene considerando que las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros son insuficientes, por poco exigentes, para lograr paliar o compensar los efectos restrictivos para la competencia que se derivarían de la operación de concentración (así, a título de ejemplo, en relación únicamente con las condiciones de orden sustantivo, pueden mencionarse los siguientes: al folio 117, se refiere a la “levedad” de la condición primera; al 118 considera “insólito” que no se obligue a ceder con carácter permanente contratos de aprovisionamiento de gas; al 122 manifiesta que la enajenación de las participaciones accionariales en las sociedades SAGGAS y REGANOSA debería acompañarse de el correspondiente “derecho a regasificar”; al folio 126 pone de relieve la insuficiencia de las desinversiones de centrales eléctricas exigidas para enervar todos los problemas de competencia de la operación; al folio 133 adjetiva como “sustancialmente más permisivas” las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros para compensar los efectos negativos del solapamiento de redes que las propuestas por los organismos reguladores; al folio 141 menciona la “extraordinaria suavidad” de las condiciones impuestas por el Acuerdo impugnado, etc).

De sus propias manifestaciones debemos deducir que la tesis de ENDESA, promotora del presente recurso contencioso-administrativo, sería en todo caso favorable a la imposición de unas condiciones más exigentes que las finalmente aprobadas por el Consejo de Ministros, esto es, que sería preferible, a su juicio, la imposición de unas obligaciones estructurales notoriamente más intensas; pero lo cierto y verdad es que la pretendida levedad de las condiciones vendría justamente a favorecer la posibilidad de que, caso de que se dicte finalmente una sentencia estimatoria de la pretensión, pueda producirse con mayor facilidad la reversibilidad de las situaciones jurídicas creadas, promoviendo la vuelta a la inicial, modulando en suma, el periculum in mora que pudiera eventualmente producirse.

UNDÉCIMO.- Sentadas las consideraciones generales sobre el conjunto de las condiciones impuestas, seguidamente paso al análisis de los principales

aspectos en relación a las condiciones en particular y a su eventual reversibilidad en función de la competencia efectiva.

Las cinco primeras se enderezan a paliar las consecuencias sobre la competencia en el mercado de aprovisionamiento de gas natural. Las condiciones propuestas contemplan, en primer lugar, un programa de liberación de gas en subasta pública durante tres años a partir de 2007 inclusive, debiendo no obstante realizarse las primeras subastas antes del 31 de diciembre de 2006. Obvio es decir que la extensión en el tiempo del programa de liberación de gas hace altamente improbable la ejecución total del mismo antes de que se dicte sentencia en el presente procedimiento. Por otro lado, en cuanto a la valoración del precio mínimo del gas de las subastas que se lleven a cabo, y que ENDESA considera que podrían suponer una sobrefinanciación para la entidad resultante, debe recordarse que dicho beneficio resulta vinculado a un fin concreto – la mejora de infraestructuras de almacenamiento y redes- y no puede ser objeto de libre disposición por dicha entidad. Más aún, si se concluyera que las cantidades a subastar fijadas en el Acuerdo impugnado son escasas o insuficientes, no habría problema alguno para ejecutar una sentencia estimatoria desde esta perspectiva, mediante el simple expediente de exigir una mayor liberación de gas en las subastas. Y, en cualquier caso, es doctrina de esta Sala la de que en los actos de contenido económico, la ejecución no obsta a la posibilidad de reparación (Auto de esta Sala de 3 de octubre de 1996 y, en la concreta materia de control de concentraciones, Auto de 16 de abril de 1999, asunto de la concentración Tambrands/Procter and Gamble – Fundamento de Derecho segundo-). Como resultado, pues, de lo expuesto, no se aprecia en relación con el programa de liberación de gas un periculum in mora que hiciera imposible, en su caso, la ejecución de la sentencia, eventualmente desestimatoria.

La condición sexta, por su parte, obliga a Gas Natural a vender centrales de generación de electricidad con capacidad instalada en España peninsular equivalente a 4.300 MW de fuentes de generación retirables con un período útil de vida restante de al menos diez años, incluyendo un mínimo de 400 MW tanto en Cataluña como en Andalucía. En particular, se obliga a enajenar centrales de ciclo combinado o hidráulico modulable con una capacidad instalada equivalente a 1.200 MW. Debe notarse que esta obligación de desinvertir no se contempla en términos completamente perfilados, puesto que no se determinan cuales son las centrales concretas que se deben enajenar, a salvo el caso concreto de Andalucía y Cataluña, debido a la existencia en estas Comunidades de restricciones técnicas que permiten arbitrar precios. Por otro lado, la propia desinversión está fuertemente tutelada por la Administración, tal y como se determina en la Condición Décimo Séptima, y sometida a una serie de plazos, incluso ampliables por el Consejo de Ministros, que permiten aventurar que se alargará en el tiempo. En todo caso, la venta de los activos concretos no supondría la imposibilidad de ejecutar la sentencia que en su día se dicte puesto que nada impide ni desde la lógica jurídica ni desde la económica el restablecimiento de la competencia si fuesen precisas más enajenaciones, debiendo destacarse que las desinversiones requeridas por el Acuerdo

impugnado coinciden sustancialmente con las avaladas por la Comisión Nacional de la Energía.

Finalmente, debe hacerse una somera alusión al párrafo 4º de la condición décimo séptima que, en opinión de ENDESA, permite desactivar todas las condiciones, en particular las de desinversión de activos materiales, puesto que, a su entender, en el caso de que no se cumplan las condiciones suspensivas (por ejemplo, porque el examen técnico o jurídico realizado por la Administración no sea favorable) ya se entiende cumplida la obligación de desinvertir con la simple firma del contrato condicionado. Frente a esta interpretación, cabe la realizada por Gas Natural, que considera que si no se cumple la condición suspensiva, porque la transacción propuesta no se puede llevar a cabo, no obstante la obligación de desinvertir permanece; interpretación esta que adquiere una especial relevancia habida cuenta que quien la sostiene es, precisamente, la sociedad adquirente, que queda comprometida por sus propias declaraciones y que además podría ser impuesta por vía de la interpretación judicial de la cláusula.

En cuanto al efecto conglomerado de la operación -esto es, el efecto producido por la interrelación entre mercados a consecuencia de una gestión de activos distinta de la mera relación entre estos derivada de la organización de la empresa- ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la doctrina es casi unánime en considerar que tal efecto no se produce en forma contraria a la competencia en todos los casos, por lo que el análisis del mismo en este ámbito debe hacerse, tal y como exige la jurisprudencia comunitaria, de manera “precisa, respaldada por pruebas sólidas, de las circunstancias que supuestamente producirán dichos efectos” (negativos) – sentencias del Tribunal de Primera Instancia Tetra laval Bv. C Comisión, Asunto T-5/02 y Airtours/Comisión-. En cualquier caso, y en cuanto ahora importa, el efecto conglomeral está relacionado con un comportamiento empresarial ulterior que puede ser controlado y reprimido con posterioridad, sobre todo cuando existen unos mecanismos de vigilancia y ejecución del acuerdo de concentración (condiciones décimo sexta, décimo séptima, décimo octava y décimo novena). En el presente caso, los efectos de conglomerado que podrían producirse se derivarían de la comercialización y distribución de gas y electricidad, separada o conjuntamente, y se concretarían, básicamente, según se pone de manifiesto a lo largo de los dictámenes evacuados a lo largo de todo el procedimiento y, en particular, en el formulado por el Servicio de Defensa de la Competencia en su apartado VI.2.4 - de la captura de información sobre potenciales clientes tendentes al mercado liberalizado efectuada por el distribuidor y del solapamiento de redes, así como de la existencia de ofertas multiproducto. A la vista de la condición novena, que prevé la venta por Gas Natural SDG, del equivalente a su negocio de suministro minorista a precio libre (comercialización) de electricidad y al negocio de comercialización de gas de ENDESA, la propia condición podría paliar -a los meros y limitados efectos de tutela cautelar se hace esta afirmación- la posible captura de información.

En cuanto a la posibilidad de lanzar ofertas multiproducto, ciertamente en España se trata de una estrategia que en el momento actual tiene un grado de penetración bajo, pero que exige un tiempo para su estudio, lanzamiento, comercialización y aceptación por los consumidores, que no permiten, en principio, su consumación antes de que se dicte sentencia. En cualquier forma, cabe recordar que el propio Servicio de Defensa de la Competencia es absolutamente cauto a la hora de cuantificar estos efectos de conglomerado, afirmando nítidamente que “la información disponible no permite cuantificar en este momento la magnitud de los efectos positivos y negativos de los efectos conglomerado identificados”, lo que se sitúa en línea con informes precedentes de la Comisión Nacional de la Energía, que afirman que “la ausencia de estimaciones oficiales sobre ahorros de costes procedentes de confluencia de redes y la inexistencia de estudios de la CNE sobre la materia impide emitir opinión sobre su importancia cuantitativa que, en cualquier caso, dependerá de las especificidades de cada empresa” (Res. CNE Gas Natural Iberdrola, de 30 de abril de 2004), reflexión aplicable en particular a la adición de redes de distribución de gas y electricidad.

También deben plantearse aquí los efectos verticales de la operación, derivados de la presencia de las partes en mercados de producto ascendentes y descendentes, que responden a una lógica económica de innecesaria explicación, como demuestran los precedentes en el ámbito europeo (así, entre otros, E.ON/MOL). El dictamen de la Comisión Nacional de la Energía cifra dichos efectos en los siguientes aspectos:

El aprovisionamiento del gas como input para la comercialización de gas.

La comercialización de gas para generación eléctrica.

La generación eléctrica como input para la comercialización de electricidad.

La integración entre distribución y comercialización de gas.

La integración entre distribución y comercialización de electricidad.

Para el mencionado dictamen, estos aspectos podrían provocar dos efectos principales:

“Un efecto de cierre del mercado de aprovisionamiento, debido a un mayor incentivo del nuevo grupo de incrementar el precio del gas a otros generadores en el mercado eléctrico, que sería en su caso mitigado por la presencia de otras fuentes de suministro.

Un efecto a largo plazo de cierre del mercado de generación, puesto que el nuevo grupo absorbería la demanda futura de gas para la generación de ENDESA.”

Ahora bien, como puede observarse del análisis efectuado por la Comisión Nacional de la Energía, ambos efectos o consecuencias no son irreversibles. En primer lugar, en cuanto al primero de ellos se cifra en un aumento de precios, aspecto esencialmente variable en el tiempo, de forma que un potencial cierre del mercado provocado por dicho aumento podría cesar inmediatamente al volver a bajar dichos precios, sin perjuicio de que se habla de estos efectos de cierre en hipótesis. Por otro lado, en relación al cierre del mercado de generación, no debe olvidarse que la propia ENDESA ha puesto de relieve que las importaciones de gas están creciendo de manera continua y rápida por lo que no cabe calificar de irreversible este efecto posible derivado de la integración vertical. Y ello sin contar con que se ha obligado a la resultante a efectuar un programa de liberación de gas en el mercado.

Por otra parte, ambos efectos no sólo no son irreversibles, como ha quedado expuesto, sino que se producirán a largo plazo. Así se dice expresamente en relación al cierre del mercado de generación y así también se puede deducir en relación al segundo de los mercados, porque en gran medida el precio en los contratos de suministro a otros generadores no puede ser variado inmediatamente.

DECIMOSEGUNDO.- Recapitulando las consideraciones precedentes, nos hallamos ante un asunto en el que hay un interés público reconocible (la protección de la competencia en el mercado) que no se ve irremisiblemente afectado por el hecho de que el acto impugnado despliegue los efectos que le son propios, pues no hay, desde la perspectiva de ese interés público, un peligro real de que una eventual sentencia estimatoria carezca de efectividad. Junto a ese interés público, se han esgrimido en pro de la suspensión intereses particulares que no se ven realmente afectados por la resolución aquí impugnada o no presentan una trascendencia nuclear en el conjunto del sistema que exija su protección preferente sobre otros intereses concurrentes; habiendo, por el contrario, distintos intereses particulares, tan relevantes como aquellos, cuando no más trascendentes, que sí podrían verse claramente perjudicados por la adopción de las medidas cautelares interesadas. Por otra parte, los daños que se alegan como consecuencia de la ejecutividad del acto impugnado o son meramente conjeturados y carecen de bases sólidas para apreciarlos en este momento o no traen causa de dicho acto sino de acontecimientos posteriores al mismo, hipotéticos y futuros. No hay, en fin, una apariencia de buen derecho en la tesis de los actores con la manifiesta evidencia que la jurisprudencia ha exigido para sustentar en ella la adopción de medidas provisionales.

En atención a las razones expuestas, entiendo que no procedía adoptar en este caso ninguna de las medidas cautelares interesadas por los recurrentes y en tal sentido expreso mi voto particular.

Finalmente, expreso mi coincidencia sustancial con la argumentación que se expone en el voto particular del Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret.

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/04/06

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. FERNANDO LEDESMA BARTRET, EN LA PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES DEL RECURSO N° 47/2006.

Con el mayor respeto hacía el auto mayoritario, discrepo de sus fundamentos y de su pronunciamiento.

I.-

A mi juicio una correcta interpretación del ordenamiento jurídico aplicable (especialmente, los arts.129 y 130 de la L.J. 29/1998, 16 y 17 de la LDC y R.D. 1197/1991, de 26 de julio, modificado por R.D. 432/03, de 10 de abril) conduce, de conformidad con los criterios establecidos por la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en todos los supuestos anteriores en que se han planteado análogas pretensiones, a la denegación de la medida cautelar de suspensión. Bien entendido que cuantas consideraciones se hacen en este voto particular tienen el carácter provisional propio de todo incidente cautelar, que se tramita y resuelve cuando el proceso está en sus comienzos y por tanto no se han agotado las alegaciones, ni practicadas las pruebas que sean admitidas, es decir cuando no han desplegado sus respectivas exigencias los principios de contradicción, igualdad de armas y plenitud alegatoria.

II.-

Comienzo exponiendo -en resumen- la jurisprudencia (contenida en resoluciones de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo) sobre la intervención administrativa en materia de concentraciones económicas.

1. De las dos posibilidades que el art. 17.1.b) y c) de la LDC reconoce al Consejo de Ministros una vez que el TDC remite su dictamen, la subordinación de la aprobación a la observancia de condiciones es menos restrictiva de la libertad de empresa que el rechazo frontal de la operación (fº.jº. 4º apartado III de la STS de 7 de noviembre de 2005, R. 37/2003). Dicha posibilidad no contraviene el derecho europeo pues está prevista en el art. 9.8 del Reglamento 4064/89, si tales condiciones (medidas) tienden a restablecer una competencia efectiva en el mercado cuestionado (fº.jº. 3º párrafo 5º de idem S.T.S.).

2. Sólo procede que el Consejo de Ministros rechace la aprobación (es decir, la declare improcedente) cuando a través de las condiciones a que se subordine la aprobación sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia que la concentración pueda provocar (fº.jº.4º apartado III de idem S.T.S.).

3. ¿A quien corresponde determinar cuándo se da esa situación de posibilidad o imposibilidad?: al Gobierno, sólo al Gobierno, que actúa en este campo con criterios de discrecionalidad, criterio el del Gobierno que prevalece sobre las opiniones particulares de las partes (fº.jº.4º apartado III de idem S.T.S.).

4. El Gobierno debe motivar el apartamiento de los informes precedentes, recogiendo en la exposición inserta en su Acuerdo por qué se aparta del informe del TDC. El hecho de que la justificación del apartamiento sea más o menos discutible en cuanto al fondo no implica que la condición se haya impuesto sin la motivación exigible (fº.jº.2º, párrafo último, de idem sentencia).

5. Si el Gobierno, en su motivación, expresa los criterios que ha seguido para adoptar el Acuerdo y de ellos se deduce que no es arbitrario, ni irracional, ni incurre en error manifiesto, "no puede esta Sala del Tribunal Supremo declarar su invalidez". Así resulta también de la jurisprudencia comunitaria (contenida en las SSTPI de 6 de junio de 2002, aparts. 26 y 32, y 30 de septiembre de 2003, apart. 119). Procede la desestimación del recurso cuando se aprecia que el Acuerdo del Consejo de Ministros no es irracional ni arbitrario (fº.jº.4º apart. III y fº.jº. 10º de la STS de 7 de noviembre de 2005).

6. El Consejo de Ministros debe declarar la procedencia de la operación de concentración económica si llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos de la competencia, las condiciones a que la concentración se subordina contribuyen a aportar al progreso económico

y social una contribución suficiente que compense aquellos efectos restrictivos. En el desideratum beneficio/perjuicio, se opta por el primero, aún a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones, que compensen los efectos restrictivos y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores (fº.jº. 4º apart. I, párrafo último de idem sentencia).

7. No obstante aceptarse que por efecto de la concentración puede producirse un aumento del peso significativo de la empresa resultante de la misma, el legislador no ha previsto para tal supuesto la prohibición absoluta. ¿Por qué? Porque tal resolución equivaldría a una restricción inaceptable de la libertad de empresa e impediría los efectos beneficiosos que una concentración condicionada podría producir en la economía y en el bienestar de los ciudadanos (fº.jº.4º apart. II, párrafo 4º de idem sentencia).

8. ¿Cuál es la función o finalidad de la intervención administrativa en el caso de las operaciones de concentración económica?. No es hacer desaparecer los límites competenciales ya existentes, ni tampoco establecer elementos regulatorios que atenten contra la libertad de mercado, cambiando su funcionamiento normal. Se trata únicamente de impedir que ese poder se incremente hasta el extremo de hacer imposible la competencia (fº.jº.4º apart. 4º, penúltimo párrafo, y fº.jº.4º, apart. 5º, 2º párrafo). Las condiciones consiguen mantener el "statu quo" existente en el momento de la operación, que es en definitiva lo que se exige a la Administración en esta materia por la LDC (arts.14 a 17). Pretender ir más allá superaría los límites de las facultades del Gobierno en materia de concentraciones -evitar que se restrinja la competencia- (fº.jº. 7º, párrafo 6º de idem sentencia).

9. Sobre la discrecionalidad de que el Consejo de Ministros dispone en estos casos, hemos dicho: corresponde al Gobierno la valoración de las circunstancias concurrentes, a la vista de los informes emitidos a lo largo del expediente. El Gobierno actúa en este campo con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del

acto, por así disponerlo el art. 71.d) de la L.J. (fº.jº 4º, apart. II, párrafo último y apart. III, párrafo 1º de idem sentencia).

En la misma línea hemos afirmado que el papel que se encomienda al TDC es el de la emisión de un dictamen técnico, pero la decisión definitiva corresponde al Gobierno, que puede basarla no sólo en criterios concurrenciales, sino también en otros de interés público (fº.jº.6º, "in fine", de la STS de 9 de junio de 2000, recurso 533/1994 y acumulados).

Idéntico criterio (sobre las funciones del TDC y del Consejo de Ministros) luce en la STS de 29 de marzo de 2004, dictada en el recurso nº 547/1998. En esta última sentencia (concretamente, en sus fundamentos de derecho 5º, 9º y 13º) se recoge la siguiente doctrina:

"En esas materias sensibles capaces de afectar a la política general económica,... ha de reconocerse al Gobierno un ámbito más amplio de decisión". Dos líneas más adelante esa misma sentencia afirma que ir más allá del estricto "ámbito del control de legalidad que nos corresponde" incidiría "directamente dentro del ámbito de oportunidad y de la capacidad de decisión que ha de reconocerse al Gobierno".

"No cabe duda que la decisión del Gobierno constituye una manifestación de la potestad que expresamente tiene encomendada por la LDC en orden a la política económica que le es propia y que la enmarca tanto constitucional como legalmente. Las condiciones que, conforme a las atribuciones que el art. 17 de la misma Ley confiere al Gobierno para subordinar la aprobación de una operación de concentración económica a la observancia de aquellas condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia, no tienen por que ser idénticas a las que el TDC proponga en la condición de órgano consultivo del Gobierno que le atribuye expresamente el art. 16 de la citada Ley para considerar la contribución que la concentración puede aportar a la mejora de los sistemas de producción y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia, ya que ahí radica el margen de discrecionalidad que corresponde al Gobierno como órgano de dirección política económica para la satisfacción del interés público-económico en cada caso. Discrecionalidad que surge, como ya decía la L.J. de 1956 (exposición de motivos, apart. IV.3) cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público; y es la atención a ese interés público, en este caso público-económico, entre dos alternativas igualmente justas, porque la decisión se fundamenta en esos criterios metajurídicos; criterios que

podrán ser examinados por el juzgador atendiendo a la realidad de los hechos para comprobar que no se traspasen los límites de la racionalidad y que la discrecionalidad no se invoca para la adopción de decisiones arbitrarias".

En esta misma sentencia, al examinar la alegación de desviación de poder hecha por quienes se oponían a la concentración económica de las sociedades azucareras a que el proceso se refiere, se dice lo siguiente:

"La misma suerte ha de correr la desviación de poder pretendida. Si bien es cierto que no puede ser exigida una prueba plena sobre la existencia de desviación de poder también lo es que no puede fundamentarse sobre simples presunciones o conjeturas, sino que es preciso acreditar hechos de los que racionalmente quepa inferir la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con una finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable. Más si se parte de que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho, lo que no es sino el fundamento del principio de la presunción de la validez y legalidad de los actos administrativos. No aparece en modo alguno acreditado, mas que en la apreciación de la recurrente, el uso espurio de la facultad concedida a la Administración para una finalidad distinta de aquella para que la Administración la tiene atribuida. La aprobación se hizo siguiendo el procedimiento establecido, respetando la finalidad perseguida y apreciando la suficiencia de las condiciones impuestas".

"Ahora bien -sigue la sentencia- siendo el Consejo de Ministros a quien, en el ámbito del marco legal en que se desenvuelve la operación, corresponde la decisión, de la lectura del acuerdo ahora impugnado no se desprende que el mismo carezca de motivación. Recoge, con detalle, las razones que se oponen a la concentración... Es decir, el Acuerdo impugnado está analizando todas las circunstancias significativas, tanto los efectos restrictivos de la concentración como los efectos beneficiosos que puede ofrecer".

10. Sobre los objetivos que persigue la LDC, en la STS de 1 de abril de 2002 (R.1602/2000) dijimos (fº.jº. 6º, "in fine"): "garantizar una competencia suficiente frente a todo ataque contrario al interés público es el objetivo, tal y como afirma en su Exposición de Motivos la Ley 16/1989".

11. Sobre la discrecionalidad del Consejo de Ministros y el alcance del control judicial en el ámbito de la política económica es de interés la STS de 26 de enero de 2004 (R. 466/2001) a propósito de la

autorización concedida por el Consejo de Ministros a la SEPI para proceder a la venta de las acciones de determinadas sociedades a una tercera. En ella hemos afirmado:

"El alcance de esta revisión (se refiere a la revisión judicial) vendrá limitado desde una doble perspectiva. En primer término, porque la autorización tiene una naturaleza discrecional y constituye un acto de política económica del Gobierno que se encuentra fuera del control judicial, salvo en sus aspectos reglados... También le cabe supervisar, al menos globalmente, si la adjudicación no es arbitraria ni irracional y si responde a los fines propios del sector industrial de que se trate".

"En materia de discrecionalidad, a falta de una prueba que no se ha solicitado sobre estos extremos, la Sala sólo tiene la facultad de examinar si el acto se ha realizado conforme a los principios del derecho, a los fines que lo justifican, y a los hechos determinantes. A partir de estos elementos de control, y en ausencia de otros no aportados por las partes, no puede decirse que el acto sea ilegal o que haya incurrido en desviación de poder".

12. En relación con las medidas cautelares solicitadas en supuestos de concentración económica son de singular relevancia los AATS de 16 de mayo de 2003, 21 de mayo de 2003 (dictados en los Recursos números 39/2002 y 37/2002) y el ATS de 30 de junio de 2003 (desestimatorio del recurso de súplica contra el de 21 de mayo de 2003). De su contenido se desprenden los siguientes criterios:

a) No puede hacerse, en este primer momento dentro del estrecho margen que ofrece el incidente de medida cautelares, una adecuada valoración al no contar con los elementos que han de proporcionar las pruebas que a lo largo del procedimiento principal se practiquen, y de las conclusiones que a la vista de las mismas hayan de formular las partes.

b) En relación con los argumentos esgrimidos por las partes acerca de que la concentración es atentatoria de la competencia tanto desde el punto de vista del ordenamiento jurídico nacional como del europeo, respondimos así:

"Las mencionadas cuestiones requieren un análisis en profundidad de los diferentes mercados en que operan las empresas concentradas y de la influencia que la concentración va a tener en la posición de dominio con la que ya actualmente actúan; y, aunque se aportan importantes elementos de juicio para tener una primera impresión del marco en que se desenvuelven -informes de la Comisión del Mercado de

Telecomunicaciones, del Servicio de Defensa de la Competencia, del Tribunal de Defensa de la Competencia con su voto particular, incluso la propia decisión de la Comisión Europea- no en todo son coincidentes y hacen necesaria una prueba más completa que permita a la Sala resolver si la concentración es contraria a la competencia, y, en caso afirmativo, si las condiciones impuestas en el Acuerdo recurrido son las estrictamente necesarias para preservarla o restablecerla en el mercado en cuestión. Es esta, por tanto, una materia que, como antes se dijo, supera los límites de este incidente y vendrá a constituir el examen del fondo del asunto que ha de ser el objeto de la sentencia que en su día se dicte, una vez se haya agotado toda la vía procesal, ya que en este momento la medida cautelar se solicita sobre datos aducidos por los recurrentes y que los demandados niegan".

c) Respecto de la necesidad de tomar en consideración los efectos compensatorios de las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros y de no considerar argumento a favor de la suspensión las dificultades de una ulterior desconcentración en caso de posterior sentencia estimatoria, hemos dicho:

"Es inútil una medida cautelar de suspensión de la concentración si como consecuencia de ella no se altera de forma sustancial, durante el tiempo que tarde en resolverse el recurso, la situación competencial actualmente existente".

"Es irrelevante la suspensión si el efecto pretendido por ésta ya se consigue, al menos durante el proceso, con las condiciones que a la concentración se han impuesto por los Acuerdos del Consejo de Ministros. El carácter ejecutivo de estos actos ha de imponerse sobre una suspensión innecesaria".

"No puede considerarse argumento a favor de la suspensión el de las dificultades que entraña la ulterior desconcentración en caso de una sentencia estimatoria del recurso... La desconcentración podría tener más o menos dificultades de llevarse a la práctica en sus aspectos administrativos internos o privados pero, aparte de no ser imposible, el efecto económico que representaría, desde el punto de vista de la competencia, se produciría automáticamente en el instante de la firmeza de la sentencia, sin que este efecto inmediato se viera perturbado por las ulteriores dificultades que la desconcentración entrañe desde el punto de vista administrativo o civil".

d) A propósito del "interés público prevalente", hemos afirmado:

"Es indudable que el interés público prevalente en el presente caso es el de la defensa de la competencia y a su consecución ha de atender la medida cautelar. Pues bien, los recurrentes aluden de un modo genérico a que el acto de autorización de la concentración perjudica este interés general. Sin embargo, no tienen en cuenta que hay una serie de condiciones a las que se somete la concentración que mejoran en ese aspecto competencial la situación presente... Es decir, aún admitiendo que durante la sustanciación del procedimiento hasta su terminación la competencia efectiva en el mercado se viese afectada en algunos aspectos de los señalados por los recurrentes, existen otros en que la misma se vería favorecida por los actos impugnados, lo que haría difícil la adopción de una medida cautelar de suspensión con base en la prevalencia de un aspecto sobre el otro, por no poderse ponderar cuál es el preferente".

"Aún para el supuesto que fuese así (se refiere a que las alegaciones referentes al "periculum in mora" permitiesen aceptar que éste se podría producir con la extensión que le atribuye el recurrente) los intereses generales a proteger permitían no suspender la concentración".

III.-

Expuesta -en resumen- la jurisprudencia aplicable, paso a desarrollar las razones en que se funda el pronunciamiento que juzgo conforme a Derecho.

1 La valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto (ex art. 130.1 de la L.J.) me lleva a considerar que la no suspensión no le hace perder al recurso su finalidad legítima. Para alcanzar tal conclusión he de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuál es, en este caso, la finalidad legítima del recurso?. A mi juicio la tutela judicial efectiva de los intereses públicos concernidos y de los intereses privados afectados. Efectividad que no se produciría si la sentencia que pusiera fin al proceso no pudiera restablecer el orden jurídico perturbado por el acuerdo impugnado en el proceso principal. Los intereses concernidos -lo dice la jurisprudencia antes aludida- consisten en la defensa de la competencia efectiva como presupuesto indispensable para que el sistema de libertad de empresa sea viable en una economía de mercado (art. 38 de la CE y ATS de 1 de junio de 2004). Y los intereses privados afectados son los de los propietarios de la sociedad demandante, sus accionistas, que aspiran a obtener las mejores condiciones, el mejor precio, por las acciones representativas del capital social de que son titulares. No son titulares del derecho a la justicia cautelar los derechos de

los administradores de la sociedad, que pueden estar en contradicción con los de los accionistas. Los intereses de la sociedad demandante invocados por sus administradores pueden ser también opuestos a los de los accionistas. En caso de colisión, son preferentes los de estos últimos (apartados 38 y 41 del ATPI de las CE de 1 de febrero de 2006). La justicia cautelar tampoco está prevista para tutelar intereses conectados a perjuicios hipotéticos o que no revistan un grado de posibilidad suficiente.

Pues bien, los intereses públicos al mantenimiento de la competencia efectiva en la situación concreta, aquí y ahora, contemplada por el acuerdo del Consejo de Ministros recurrido están garantizados -con el grado de presunción de validez que el art. 57 de la Ley 30/92 afirma de todos los actos administrativos- con las veinte condiciones (trece estructurales y siete de procedimiento) a que el acuerdo subordina la aprobación. Ello es así porque la concentración económica sólo se producirá si las condiciones se cumplen. Con otras palabras, la ejecución de la concentración se suspende hasta que los órganos competentes hayan acreditado que tales condiciones se han observado, lo cual no se producirá razonablemente antes de que sea dictada sentencia en el fondo de este recurso. Por otra parte, los intereses privados de los accionistas estarán mejor protegidos permitiendo el juego de las ofertas en competencia (arts. 31 a 33 del R.D. 1197/1991, modificado por R.D. 432/2003). La suspensión acordada paraliza ambas ofertas -la de Gas Natural y la de E.ON- hasta una fecha incierta. Mientras esta suspensión dure quedará impedido por tanto no sólo que los accionistas de la demandante puedan aceptar la oferta competidora sino también la mejora de la oferta primera que, eventualmente, pudiera ser planteada. Además y en el entretanto, los administradores de la demandante quedarán sujetos a la limitación de actuación contenida en el art. 14 del R.D. 1197/1991.

De acuerdo con el art. 281.4 de la L.E.Civil (aquí aplicable ex art. 4 de la propia Ley y Disposición Final 1ª de la L.J. de 1998) no es necesario probar los hechos que gozan de notoriedad absoluta y general. En plena tramitación de estas medidas cautelares todos los medios de comunicación social han hecho públicas declaraciones del máximo representante del Consejo de Administración de la sociedad demandante en el sentido de afirmar que si "Gas Natural quiere hacerse con el control de Endesa debe superar la oferta en metálico de E.on" de suerte que aquella empresa "sólo se quedará con Endesa si paga más que E.on". De estas declaraciones cabe deducir que la oposición a la oferta pública de adquisición de acciones de G.M es sólo por razón del precio ofrecido -se pretende cobrar un precio mayor- no por razón del mantenimiento de la competencia efectiva. Mas se da la paradoja de que, siendo esa la voluntad, la

pretensión de suspensión -satisfecha por el auto de que discrepo- impide esa mejora del precio, con consiguiente perjuicio de los propietarios de la sociedad demandante, que son quienes tienen derecho a decidir sobre su futuro.

En síntesis, la no suspensión, como al principio dije, realiza mejor los intereses públicos y los privados. Luego la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto (ex art. 130.1 de la L.J.) parece que debe conducir a denegar la medida cautelar de suspensión.

2 Si la medida cautelar debe ser adoptada ponderando la apariencia de buen derecho de la pretensión formulada en el proceso en que se pide la suspensión, considero que hay más apariencia de buen derecho en el acuerdo recurrido que en la pretensión de fondo de ese recurso principal. Veamos por qué. El argumento principal, el decisivo, aquel en que encuentra su razón de ser el pronunciamiento del auto mayoritario se halla en el informe del TDC, cuyo razonamiento conclusivo luce en el párrafo último del fº.jº. 5º de dicho auto mayoritario.

La jurisprudencia antes reproducida da cuenta de la frecuencia con que el Consejo de Ministros se aparta del informe del TDC (el Abogado del Estado alega, sin réplica de parte contraria, que en un 60%) y del importante grado de discrecionalidad que tiene el Gobierno a la hora de adoptar decisiones de política económica (en este caso, de política energética). También hemos recordado que, según nuestra jurisprudencia, si el Gobierno, en su motivación expresa los criterios en que se ha basado para adoptar el Acuerdo y de esa justificación se deduce que no es arbitraria, ni irracional, ni incurren en error manifiesto, "no puede esta Sala declarar su invalidez" (conclusión que se halla exactamente en el fº.jº. 4º apartado 3º y en el fº.jº 10º del ATS de 7 de noviembre de 2005).

Pues bien, no dice el auto del que discrepo que, en el supuesto enjuiciado, la motivación del Acuerdo del Consejo de Ministros adolezca de tales vicios, ni tampoco asoma en dicho auto ninguna sospecha de desviación de poder. Siendo así, resulta difícil entender por qué se adopta una medida cautelar de suspensión que en el fondo está tomada con fundamento en la apariencia de buen derecho de una pretensión de anulación del Acuerdo derivada del contenido del informe del TDC. ¿Por qué, es obligado preguntarse, esa separación de la jurisprudencia, habida cuenta lo que esta significa en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil y el art. 88.1. d) de la L.J., en el momento de apreciar la apariencia de legalidad del Acuerdo y de la tesis impugnatoria?. No es necesario añadir que el criterio

jurisprudencial que invoco es "reiterado" y que el criterio es de "principios" que no cambian en función de las circunstancias, pues si así fuera no estaríamos hablando de principios o criterios jurisprudenciales consolidados.

Debo exponer a continuación las razones por las que, en mi opinión, el informe del TDC determinante del pronunciamiento del auto recurrido carece de la entidad jurídica precisa para convertirse en "ratio decidendi" de la medida cautelar. Al informe del TDC se refiere el art. 16 de la LDC y nuestra jurisprudencia siempre lo ha calificado de informe técnico, no vinculante. En ese art. 16 hay un párrafo que es de singular importancia y del que, pudiendo hacerlo, el informe del TDC no ha hecho uso. Dice así el citado párrafo: "El Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia". En conexión con ese precepto, el art. 17.1.b) de la misma Ley dispone que el Gobierno puede decidir "subordinar su aprobación -la de la operación de concentración- a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia". Este último precepto es el que ha habilitado al Gobierno para ejercer la competencia de que ha hecho uso en el Acuerdo recurrido.

Entre las razones de esa carencia de entidad jurídica suficiente para determinar la necesidad inexcusable de la suspensión del Acuerdo se encuentran las siguientes: el informe fue precedido de otro no desfavorable de la Comisión Nacional de Energía; el Consejo de Ministros ha expuesto con exhaustividad las razones que justifican el apartamiento, cumpliendo así de forma plenamente satisfactoria la exigencias que, respecto de ese extremo, ha reclamado con insistencia nuestra jurisprudencia (la de las Sección 3ª de esta Sala 3ª del Tribunal Supremo); el informe no se plantea la compensabilidad de los efectos restrictivos de la competencia que la operación de concentración económica puede provocar con las idóneas condiciones, pese a que se lo permite el transcrito párrafo 2º del art. 16 de la LDC antes citado, del que el TDC ha hecho uso, con anterioridad, de forma reiterada, cosa que podría haber hecho en este caso de haber interpretado correctamente cuál es la función que cumplen tales condiciones, que no puede ser la de reordenar conforme a un criterio teórico selectivamente predeterminado por el propio TDC un determinado tipo de mercado, sino, más limitadamente, compensar, supuesto un

mercado determinado, en unas circunstancias concretas, los efectos limitativos sobre la competencia efectiva que la concentración económica puede tener, como también hemos dicho en los fundamentos de derecho 4º apartados IV y V , y fº.jº. 7º de la STS de 7 de noviembre de 2005. Doctrina que es correctamente recordada en el Acuerdo combatido (párrafos 11 y 17 de sus Consideraciones Generales). Como se recuerda en el párrafo 11 de idénticas Consideraciones Generales "las operaciones de concentración son fruto de decisiones empresariales y no pueden ser prohibidas simplemente porque resulten en una modificación de la estructura competitiva de los mercados preexistente o porque no respondan a la estructura de mercado teóricamente más deseable, sino únicamente cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Ello exige al Gobierno una análisis detallado de las posibles condiciones a imponer y, en su caso, una decisión motivada sobre su adecuación para aportar al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia, tratando con ello de lograr el equilibrio entre el principio de libre empresa y el de libre competencia".

Esta doctrina que acabamos de exponer, de la que, a mi juicio, se aparta el informe del TDC, es también jurisprudencia europea. En las Decisiones de 9 de diciembre de 2004 y 21 de diciembre de 2005 (asuntos M.3440 EDP/ENI/GDP y M. 3696 E.ON/MOL) la Comisión no se plantea (también lo recoge el Acuerdo del Consejo de Ministros) que "fuese imposible identificar o fijar un conjunto de compromisos o condiciones que pudiesen resolver los obstáculos para la competencia efectiva en los mercados energéticos", debiendo recordarse que la prohibición de la operación en el caso EDP/ENI/GDP fue sólo porque los compromisos ofrecidos no se reputaron suficientes. En esta misma línea -no seguida por el informe del TDC- la STPI de 21 de septiembre de 2005 reconoce que la Comisión no puede declarar una operación incompatible con el Mercado Común más que si los compromisos propuestos por la empresa (situación por completo diferente de la que se da en el supuesto aquí enjuiciado, en el que es el Consejo de Ministros la autoridad competente para establecer las condiciones, que pueden ser sugeridas por el informe del TDC) son insuficientes para impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que tenga como consecuencia un obstáculo significativo para una competencia efectiva, criterio, en fin, que es también el mantenido uniformemente por nuestra jurisprudencia, como antes hemos visto.

Antes de concluir este apartado, resta añadir dos observaciones: una es que la condiciones a que el Acuerdo del Consejo de Ministros subordina la aprobación actúan en todos los ámbitos en que los informes

del TDC y de la CNE han apreciado la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva; y la otra es para reiterar que no es función de este procedimiento de control de concentraciones económicas ni de las condiciones a que la aprobación se subordina resolver todos los problemas regulatorios que puedan existir en todos los mercados potencialmente afectados.

Y todo ello sin olvidar que (STS de 25 de septiembre de 2000, sobre los supuestos en que es aplicable la doctrina de la apariencia de buen derecho) el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido no es idéntico a otro declarado nulo, ni se ha dictado en ejercicio o cumplimiento de una disposición general declarada nula, ni reviste indicios de grosera nulidad, como, tácitamente, el auto impugnado viene a reconocer. Siendo ello así, creo que queda justificada la tesis con que se encabezaba este apartado: hay más apariencia de buen derecho en el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido que en la pretensión de fondo deducida en el proceso principal.

3. Previa ponderación en forma circunstanciada por el Tribunal (ex art. 130.2 de la L.J.) en el caso de que la ejecución del acto pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima puede denegarse la medida cautelar cuando de ella pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros. Es decir, en palabras de este T.S (ATS de 17 de febrero de 2003): cabe denegar la medida cautelar cuando existan intereses públicos prevalentes. En mi opinión, esta norma no ha sido aplicada correctamente por el auto mayoritario al abordar, en su fº.jº. 7º, la cuestión que ahora trato.

La tesis que se propone debe comenzar destacando que la toma de control exclusivo por Gas Natural de Endesa (operación de concentración económica instrumentada por medio de una O.P.A.) incide sobre el sector energético español en un momento en el que en el ámbito de la Unión Europea se están produciendo operaciones semejantes que, cuando han tenido dimensión comunitaria y se han reputado suficientes las condiciones planteadas, han sido aprobadas por la Comisión (Decisión de 21 de diciembre de 2005, en el asunto M. 3696 E.ON/MOL).

En este caso, de las tres posibilidades que el art. 17.1 de la LDC reconoce al Gobierno, este ha optado, siguiendo la doctrina comunitaria europea y la jurisprudencia española, por la del apartado b). Al actuar así, ha ejercido su competencia para la dirección política interior (art. 97 de la CE) en el ámbito concreto de la política energética. Pues bien, recuerdese lo que dijimos en las SSTS de 29 de marzo de 2004, R. 547/1998, y de 26

de enero de 2004, R. 466/2001, en relación, la primera, con un supuesto de fusión de sociedades azucareras aprobado con condiciones por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 1998, y, la segunda, en un caso en que el Consejo de Ministros mediante Acuerdo de 30 de marzo de 2001, autorizó a la SEPI la venta de las acciones de unas sociedades a otras. Recuérdese, repito, lo que dijimos sobre el ámbito de discrecionalidad con que en estos campos actúa el Gobierno. En el caso enjuiciado, se trata de una decisión de política económica adoptada por el órgano constitucionalmente responsable y competente, conforme al procedimiento establecido -nada se ofrece contrario a esta afirmación con apariencia de verosimilitud- y para un fin que se presume legítimo. El Gobierno ha motivado su apartamiento del informe del TDC, ha subordinado el Acuerdo a condiciones que considera suficientes para compensar los efectos restrictivos de la competencia de la operación que conlleva, y ha determinado cuáles son las eficiencias que con la aprobación se alcanzan. Tales eficiencias son del tenor siguiente(antepenúltimo párrafo de la "Exposición" que se inserta en el Acuerdo del Consejo de Ministros):

"Posible creación de un nuevo operador eléctrico o refuerzo de los ya presentes con un parque relevante de tecnologías retirables".

"Impulso al mercado mayorista de Gas Natural como consecuencia de la ejecución de los programas de liberación, que proporcionarían este recurso a los operadores que quieran competir en la comercialización en una doble vertiente: garantizando un aprovisionamiento estable de gas mediante las asignaciones anuales y dando una liquidez a más corto plazo al mercado mediante las mensuales".

"Creación o refuerzo de competidores de Gas Natural en los mercados del gas. En concreto, la enajenación de parte de las actuales redes de distribución de Gas Natural facilitaría la incorporación de al menos dos operadores con un tamaño significativo en esta actividad, lo que permitiría a la competencia referencial que ha sido apuntada en los informes que obran en el expediente y, junto con los mecanismos dispuestos para favorecer el cambio de suministrador, coadyuvaría a potenciar la competencia en comercialización".

"Aumento de la inversión en redes e infraestructuras y en el desarrollo de nuevos productos, que redundará en una mejora de los servicios prestados a los consumidores".

Además el acuerdo del Consejo de Ministros ha sido adoptado siguiendo la jurisprudencia del T.S. y la del TPI. La del T.S. (que no es preciso citar de nuevo con mayor extensión, pues basta con remitirse a la STS de 7 de noviembre de 2005), cuando, en síntesis, afirma: "La prohibición de la concentración únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la exigencia de que las condiciones que, en su caso se impongan sean proporcionadas a los problemas de competencia detectados; el Gobierno tiene un cierto margen de discrecionalidad para elegir, entre varias soluciones posibles, aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos previstos; en caso de que haya más de una condición posible para resolver los problemas concretos de competencia detectados, debe adoptarse la menos restrictiva de la libertad empresarial".

Y la jurisprudencia del TPI (sentencia de 21 de septiembre de 2005, en el asunto M.3440 EDP/ENI/GDP) cuando afirma: "La Comisión no puede llegar a la conclusión de que, en la duda, esté obligada a prohibir la operación".

No hay en este incidente ninguna prueba de que la aprobación condicionada persiga algo diferente o en confrontación con los intereses generales. No es prueba de lo contrario el informe del TDC pues, reiteramos, tal informe no ha contemplado ni ponderado las condiciones a que el Acuerdo se subordina. Con otras palabras, el juicio de ponderación del conflicto entre intereses generales e intereses de los demandantes no puede hacerse tomando como canon de referencia el informe del TDC. En caso de hacerlo se estaría llevando a cabo una valoración incorrecta por haber alterado uno de los términos de la misma. ¿Mas de qué intereses generales estamos hablando?.

Para identificar los intereses generales a cuya satisfacción se ordena el Acuerdo del Consejo de Ministros es necesario reiterar, de una parte, que la aprobación con condiciones es un control que se inserta en el ámbito de una operación de concentración económica instrumentada por medio de una oferta pública de acciones, operación en la que el tiempo y la certidumbre resultan determinantes (como dice el párrafo 18 de las Consideraciones Generales del Acuerdo del Consejo de Ministros) y en la que la seguridad jurídica (principio que la Constitución garantiza en el art. 9.3 CE) exige el respeto a los breves plazos que el ordenamiento jurídico establece; de otra parte, es indispensable precisar que la OPA no procede del Gobierno sino de una sociedad en ejercicio de su libertad empresarial, en el marco de una economía de mercado, siendo los destinatarios de la misma personas libres para aceptarla o rechazarla, de suerte que la intervención del Gobierno se produce a los solos efectos de hacer

compatible ese acto de libertad empresarial con el interés público del mantenimiento de la competencia efectiva. Pues bien, la suspensión acordada irrumpe en el calendario de la OPA, haciéndolo incierto, con riesgo de convertir dicha OPA en una OPA inviable jurídica y económicamente, lo que perjudicará de manera grave la fiabilidad y previsibilidad del mercado, con quebrantamiento de los operadores económicos y, destacadamente, de los accionistas concernidos. Pero lo que es más importante: si las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros están previstas en la LDC (art. 17.1.b) para que la operación de concentración aporte al progreso económico y social una contribución suficiente que compense los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, la suspensión del Acuerdo y por tanto de sus condiciones conlleva inexorablemente la suspensión de las eficiencias económicas y sociales que el acto impugnado genera, en perjuicio de los consumidores y usuarios, titulares de unos intereses que en el razonamiento del Acuerdo del auto mayoritario adquieren una preferencia absoluta, al tiempo que impide la posible y deseable compatibilidad de aquella libertad de empresa con la defensa de una competencia efectiva. Por tanto, experimenta perjuicio el interés público prevalente defendido por quien está legalmente habilitado para buscar esa deseable compatibilidad. Tiene por tanto razón el Abogado del Estado cuando afirma que la lesión o la perturbación grave de los intereses generales se produce porque la suspensión viene a impedir la defensa de la competencia efectiva, a introducir un grave elemento de incertidumbre en el tráfico bursátil y a lesionar los principios de seguridad jurídica y de libertad de empresa, libertad que, en las condiciones del Acuerdo, se hace compatible con la defensa de la competencia, límite necesario de aquella libertad en el marco de una economía de mercado, como dice la STC 208/1999. Y si de la contemplación de los intereses generales pasamos a la de los privados, ya dijimos antes el perjuicio que a estos produce la suspensión acordada, en claro contraste con el inexistente perjuicio que Endesa puede invocar a título personal, pues (como dice el párrafo 41 del ATPI de 1 de febrero de 2006) el perjuicio es hipotético y no reviste un grado de probabilidad suficiente, toda vez que, en este momento, al depender ese perjuicio del éxito de la OPA, se trata de un perjuicio no producido. En resumen, frente a la inexistencia de un perjuicio que Endesa pueda invocar con carácter de presente, cabe oponer los perjuicios inmediatos que tanto los intereses generales como los intereses privados de los accionistas van a sufrir con la suspensión.

Naturalmente, no es este el punto de vista que el auto mayoritario acoge, resolución que, en su fº.jº.7º, afirma la inexistencia de intereses generales preferentes a los que fundan el pronunciamiento de suspensión,

considerando como tales -como tales intereses superiores- los de consumidores y usuarios y el mantenimiento de un mercado competitivo en el que los usuarios obtengan mejores servicios y mejores precios, interés público este último que reputa previo al de libertad de empresa, basando esta tesis en la interpretación que lleva a cabo de la STC 208/1999.

Discrepo de tal razonamiento. Siguiendo el mismo orden, lo primero a señalar es que el auto mayoritario no concreta cuál sea el perjuicio que los consumidores y usuarios puedan experimentar no a consecuencia de la OPA, tal y como esta fue inicialmente planteada, sino como efecto de la aprobación condicionada de la operación de concentración instrumentada a través de aquella OPA. Y no lo concreta porque, incurriendo en los mismos defectos que antes hemos encontrado en el informe del TDC, el juicio ponderativo que el auto lleva a cabo hace referencia a una concentración distinta de la aprobada. Dicho auto no examina el significado que tiene el hecho de las diferencias de representatividad existentes entre la única asociación de usuarios que recurre y las otras que, con su no impugnación, vienen a conformarse con el Acuerdo del Consejo de Ministros. Tampoco pondera suficientemente dicho auto -aunque sí lo reconoce en el párrafo 3º su fº.jº. 2º- que los mercados eléctrico y gasista están regulados, siendo las normas reguladoras de los mismos (sistema jurídico integrado por la L.S.E. y la L.H., con sus respectivos desarrollos reglamentarios) las que garantizan la defensa de los consumidores y usuarios. Guarda por lo demás silencio el auto sobre el daño que la suspensión produce a la transparencia y agilidad de los mercados de valores, así como sobre las eficiencias que las condiciones generan. No cabe, pues, sostener que con la aprobación con condiciones se vaya a producir como resultado un peor servicio y unos mayores precios. Al menos no hay prueba alguna que así permita afirmar en este momento cautelar.

Y cuando el auto se propone justificar el apartamiento de los criterios jurisprudenciales utilizados en resoluciones anteriores de la propia Sala (párrafo 3º del fº.jº. 2º) acude a tres argumentos: el primero (diferencias entre el carácter liberalizado del mercado de las telecomunicaciones y el regulado de los mercados de la electricidad y el gas) no parece útil a los fines que se propone porque como antes se ha dicho en un mercado regulado están más y mejor protegidos los intereses generales de consumidores y usuarios; el segundo (la diferente naturaleza de las condiciones a que el Acuerdo se ha subordinado, de comportamiento en el caso precedente, estructurales en este) tampoco se ofrece congruente con la conclusión, pues las condiciones estructurales han sido impuestas cabalmente porque así se considera preciso para garantizar de una manera más efectiva la compensación de los efectos

restrictivos de la competencia; y el tercero, que califica de esencial (el contenido absolutamente contrario, en este caso, del informe del TDC, a diferencia del precedente) choca con los "defectos" advertibles en el informe aplicable a este caso, materia a la que antes nos hemos referido extensamente y sobre la que ahora no es preciso volver.

IV.-

Queda, por último, referirse a la supuesta irreversibilidad de los efectos perjudiciales para los intereses públicos que la no suspensión del Acuerdo produciría. Me remito a las consideraciones contenidas en el voto particular del Sr. Presidente de la Sala. Participo de sus argumentos y por ello no los reproduzco. Reitero sin embargo que el art. 17.2 de la LDC habilita al Gobierno para "ordenar" las medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración". Eso sería lo procedente, en el supuesto de que la sentencia de fondo fuera estimatoria y el Acuerdo no se hubiera suspendido. Los efectos de la concentración no son por tanto irreversibles. Pero, además, cuando en un caso anterior tuvimos que enfrentarnos con una alegación semejante (concentración en el ámbito de la televisión) dijimos que las dificultades que entrañaría la ulterior desconcentración en caso de una sentencia estimatoria del recurso no constituyen por si mismas un argumento atendible a los efectos de decretar la medida cautelar. Creo que idéntico criterio es válido también para este caso. Además, la supuesta irreversibilidad de los efectos no tendrían su causa eficiente en la aprobación por el Consejo de Ministros sino en el éxito de la aceptación de la OPA por los accionistas. Finalmente, de la irreversibilidad de los efectos perjudiciales sobre el empleo no hay la menor prueba en este incidente y por ello no cabe invocarlos como fundamento de la suspensión. Finalmente, es más que probable que la sentencia que ponga fin a este recurso sea dictada antes de que, como efecto del cumplimiento de las condiciones impuestas, puedan empezar a generarse los efectos que el auto mayoritario reputa irreversibles.

Comparto cuantas consideraciones se hacen en el voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres, Presidente de esta Sala. A las que me adhiero como ya he dicho antes. Sin embargo, ello no me releva del cumplimiento del deber de expresar mi pensamiento sobre las diferentes cuestiones controvertidas que, como se advertirá, coincide en buena medida con las del Excmo. Sr. Presidente de la Sala. De aquí que la adhesión al voto particular del Presidente Trillo pueda ser compatible, entiendo, con el voto particular que aquí concluye, conforme al cual la medida cautelar solicitada debió ser denegada.

Madrid, a 28 de abril de 2006.

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/04/2006

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. DON JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ, DON ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ, DON NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN, DON PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, DON EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, DON JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, DOÑA CELSA PICO LORENZO, DON OCTAVIO JUAN HERRERO PINA, DOÑA MARGARITA ROBLES FERNANDEZ, DON JOSÉ DÍAZ DELGADO Y DON EDUARDO CALVO ROJAS AL AUTO DE 28 DE ABRIL DE 2.006 EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 47/2006.

Los Magistrados que subscriben manifiestan que comparten los argumentos contenidos en los votos particulares formulados por los Excmos. Sres. don Ramón Trillo Torres y don Fernando Ledesma Bartret respecto al Auto de 28 de abril de 2.006, dictado por el Pleno de la Sala en el incidente de medidas cautelares en el recurso contencioso administrativo 47/2006. Entendemos que ambos votos recogen razones que se expusieron en la deliberación por sus autores y por otros Magistrados que discrepaban de la posición que resultó mayoritaria. Creemos también que ambos votos destacan los fundamentos jurídicos, en parte coincidentes y en parte complementarios, que conducen a rechazar la pertinencia de adoptar la medida cautelar adoptada por el Pleno de la Sala. Por ello y manifestando nuestro respeto a la decisión adoptada por el Pleno, expresamos nuestra adhesión a los citados votos particulares.

Madrid, a veintiocho de abril de dos mil seis.

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero Pina D^a. Margarita Robles Fernández

D. José Díaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas

TRIBUNAL SUPREMO ***Sala de lo Contencioso-Administrativo***

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/04/2006

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL VICENTE GARZÓN HERRERO EN EL RECURSO ORDINARIO Nº 47/2006

PRIMERO.- Nunca he sentido entusiasmo por el privilegio que para la Administración supone la ejecución por sí misma de los actos administrativos, y que se consagra en nuestro derecho en los artículos 56, 94 y 95 de la L.R.J.A.P., por entender que se trata de un privilegio injustificado desde parámetros constitucionales.

Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo, primero, como el Tribunal Constitucional, después, han consagrado su plena vigencia y constitucionalidad. A tenor de ello, ha de estarse a las pautas legales establecidas en la regulación de dicho privilegio y a los criterios jurisprudenciales formulados por ambos tribunales en su interpretación. Los del Tribunal Constitucional desde la perspectiva constitucional, los del Tribunal Supremo desde la del derecho ordinario.

Esa posición contraria al privilegio de ejecución por la Administración de sus propios actos debería llevarme al acuerdo con la decisión mayoritaria en tanto esta posición supone una restricción de un privilegio que considero de dudosa constitucionalidad. Aceptando el fin, limitación, o, eliminación del privilegio, no puedo adherirme a la conclusión mayoritaria final porque, en mi opinión, ha sido obtenida vulnerando los criterios legales y jurisprudenciales hasta ahora establecidos para acordar la suspensión, y sin que, de otro lado, concurren en este caso razones que lo justifiquen.

La Jurisprudencia, interpretando los textos legales sobre la materia, y muy específicamente los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, ha accedido a la suspensión de los actos administrativos cuando concurría alguna de estas circunstancias: 1º) Aplicabilidad de la doctrina del *fumus*. 2º) Que con la suspensión del acto se consiguiera que el recurso no perdiera su finalidad y 3º) Que de la ponderación de los intereses en conflicto se dedujera la conveniencia de la suspensión. Entiendo que rotundamente no concurre ninguna de las circunstancias mencionadas, por lo que la suspensión es improcedente.

SEGUNDO.- Por lo que hace a la doctrina del "*fumus boni iuris*" considero que de ningún modo, ni siquiera de modo aproximado, concurren las circunstancias a que esta Sala ha venido tradicionalmente supeditando la aplicabilidad de esa doctrina. Por todas Auto de Tribunal Supremo de 21 de Julio de 1999. Dicho sencillamente, el acto impugnado no es ni disparatado, ni manifiestamente ilegal, ni dictado en aplicación de una disposición anulada, ni semejante a otros actos ya anulados.

Hay, pues, que rechazar que al supuesto enjuiciado le sea aplicable la mencionada doctrina. Sí quiero añadir que me parece metodológicamente errado hacer en este momento procesal (adopción de medidas cautelares) un análisis profundo sobre la legalidad del acto impugnado, porque la posición del juez que adopta las medidas cautelares no puede ser la del juez que se ha formado juicio definitivo sobre la cuestión de fondo. No es lo mismo decidir sobre si podrá ejecutarse la sentencia que estime el recurso, (posición institucional del juez que adopta medidas cautelares) que, puesto que el recurso va a ser estimado es necesario no dificultar la ejecución. (Posición del juez que ha decidido sobre el fondo del asunto).

El segundo punto, el de que la sentencia que se dicte no pierda su finalidad exige analizar, al menos, dos aspectos: primero, la naturaleza del acto administrativo dictado, segundo, la realidad sobre la que el susodicho acto incide. Respecto al primero de los aspectos no puede olvidarse el hecho de que se está en presencia de una autorización dictada al amparo del artículo 17 de la L.D.C. y que tiene un elevado componente de elementos discrecionales. El segundo aspecto, el acto sobre el que incide el acuerdo impugnado. Se trata de una Oferta Pública de Adquisición de Acciones, mecanismo de adquisición de acciones, reconocido, amparado y regulado en nuestro derecho, acto realizado en el campo del derecho privado y sobre cuya legalidad no debemos pronunciarnos, y, en principio, sin visos de ilegalidad.

Parece obvio, y siempre desde el plano de la suspensión, que lo único que para nosotros es relevante son los intereses de la libre competencia que el acuerdo impugnado está llamado a salvaguardar.

Se pretende que la situación final, (la que eventualmente se produciría si el acuerdo del Consejo de Ministros se ejecutara) sería contraria a la libre competencia. No niego que tal valoración, al final, pueda ser verdad, pero parece indiscutible que el punto de partida (la situación actual) es todo menos competitiva. Es un sarcasmo que se pueda argumentar con la irreversibilidad que para la libre competencia podría generar el acto del Consejo de Ministros, por quien disfruta (y pretende seguir haciéndolo) de un mercado actual en que la libre competencia brilla por su ausencia.

Si a esto añadimos que en la decisión del Consejo de Ministros inciden factores de todo orden, pero de un elevado componente discrecional, habrá de comprenderse que rechace la suspensión en consideración a que los efectos que se derivarían de la causa analizada, desde una perspectiva pública, no merecen la protección solicitada.

Finalmente, resta por examinar el tercero de los argumentos esgrimidos, el de la ponderación de los intereses en conflicto. Por lo pronto, y como ya he adelantado antes, me parece que los únicos intereses para nosotros relevantes a efectos de suspensión se enmarcan en el ámbito del bien jurídico que el acuerdo del Consejo de Ministros trata de salvaguardar, libre competencia. (No se olvide que los intereses particulares, no afectados por la libre competencia, tienen otro ámbito litigioso, que, en mi opinión no debe superponerse con el nuestro).

Pues bien, siempre desde la perspectiva de estos intereses, así enmarcados, es, en mi opinión, claro que tampoco los invocados por los recurrentes merecen esa protección específica.

Por todo ello, estimo que la Suspensión debió ser denegada.

Madrid, 28 de abril de 2006.

