

MEDIDAS CAUTELARES, CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS Y LIBERTAD DE EMPRESA

(A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 28 abril 2006, por el que se suspende el Acuerdo del Consejo de Ministros acerca de la OPA de Gas Natural sobre ENDESA)

IGNACIO GARCÍA VITORIA

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NECESIDAD DE LA SUSPENSIÓN: 2.1. *La reversibilidad de los efectos anticompetitivos*; 2.2. *¿Hay un interés general en la conservación de la actual estructura y proyecto empresarial de ENDESA?*—3. LA APARIENCIA DE UN BUEN DERECHO: 3.1. *La libertad de empresa y el principio de proporcionalidad como base de la argumentación jurídica del Gobierno*; 3.2. *El principio de eficacia: ¿el talón de Aquiles del Gobierno?*; 3.3. *La incertidumbre como presupuesto para la adopción de una medida cautelar*.—4. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN DIFÍCIL AUGURIO.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha producido la primera decisión judicial de peso respecto a una de las operaciones de concentración económica más controvertidas de los últimos tiempos (1). El Consejo de Ministros autorizó —mediante el Acuerdo de 3 febrero 2006— la toma de control de ENDESA por parte de Gas Natural, aunque subordinándola a la observancia de algunas condiciones (2). En particular, se obliga a Gas Natural a enajenar mediante subasta pública en el mercado una cantidad anual de gas, a desprenderse de activos en

(1) El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid había ya suspendido mediante Auto de 21 marzo 2006 (pieza separada de medidas cautelares en el juicio ordinario 523/05) la tramitación de la OPA formulada por Gas Natural sobre ENDESA. El proceso principal se había iniciado mediante una acción de nulidad contra el acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola, por el que la segunda se comprometía a comprar una serie de activos para favorecer la concentración entre ENDESA y Gas Natural.

(2) *Cfr.*: Orden EHA/193/2006, de 3 de febrero, por el que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros del mismo día (*BOE* núm. 30, de 4 febrero 2006, págs. 4402-4411).

determinadas sociedades, a vender algunas centrales de generación de electricidad, a otorgar un derecho de rescisión unilateral sin penalización a sus clientes en el aprovisionamiento de gas natural para la generación y a ceder parte de la comercialización de gas y electricidad.

El Auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 (Recurso núm. 47/2006) reabre el debate sobre el alcance de los instrumentos estatales de control de las operaciones de concentración económica en un momento particularmente sensible. En un reciente artículo en la prensa se utilizaba el discutible neologismo de «universo concentracionario» para referirse a la actualidad económica, en la que diariamente surgen noticias sobre nuevas fusiones: Aber-tis y Autostrade, Arcelor y Mittal Steel, Ferrovial y BAA (el operador de aeropuertos británicos) o el Banco Santander y el estadounidense Sovereign (3).

La trascendencia pública de la polémica es mayor debido al carácter estratégico de los sectores económicos afectados: el gas y la electricidad. No es una mera casualidad que las últimas escaramuzas en el mercado español vengan precedidas por el pacto de fusión entre Suez y Gaz de France. La dependencia respecto de las importaciones, las amenazas a la seguridad del suministro como consecuencia de la existencia de conflictos en los países donde están las reservas energéticas y los problemas ambientales obligarán a invertir grandes cantidades de dinero en tecnología e innovación (un billón de euros según el Libro verde de la Comisión) (4). La presentación de una oferta competidora por el grupo alemán E.ON ha vinculado además directamente esta operación con la implantación del mercado interior europeo del gas y la electricidad (5).

La intervención del Pleno de la Sala Tercera confiere además al Auto mayor solemnidad de la que habitualmente tienen las resoluciones sobre medidas cautelares. El disenso interno de la Sala —catorce Magistrados de los treinta y dos que firman el Auto formulan o se adhieren a algún Voto Particular— evidencia la complejidad del debate jurídico, otra de las razones que justifican el presente comentario (6).

(3) JOAQUÍN ESTEFANÍA: «El universo concentracionario», en *El País*, Economía, 29/05/2006.

(4) Libro verde sobre la Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura, 8 de marzo de 2006, COM(2006) 105 final.

(5) Vid. DÍAZ LEMA (2004): 11-56, donde se estudian la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de junio de 2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad; y la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

(6) Una discrepancia que se ha mantenido al resolverse el recurso de súplica presentado por el Abogado del Estado, Iberdrola y Gas Natural. El Auto del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006 ha vuelto a contar con el Voto Particular de 13 Magistrados.

La justificación para hacer una incursión en este asunto desde el Derecho Constitucional se halla en que la controversia afecta a derechos y libertades fundamentales, de forma destacada a la tutela judicial efectiva y la libertad de empresa. Este último derecho, reconocido por la Constitución en su art. 38, aparece invocado hasta en una docena de ocasiones a lo largo del Auto y los Votos Particulares. El Derecho Constitucional no debe permanecer ajeno al desarrollo del Derecho económico. Puede trazarse un paralelismo con el esfuerzo de la doctrina por subir a la Constitución otros sectores del ordenamiento, como las normas en materia de extranjería o de protección del medio ambiente. El Auto del Tribunal Supremo muestra cómo en la aplicación de las normas sobre competencia no se puede prescindir de la teoría general sobre los derechos fundamentales. Al fondo luce la idea de que sometiendo el ejercicio de las potestades públicas en materia económica a las mismas reglas jurídicas a las que se encuentra vinculado el Estado cuando actúa en otros ámbitos se contribuye a la seguridad y el bienestar general.

La adopción de una medida cautelar es una potestad vinculada en cuanto que para ejercitarla el órgano jurisdiccional deberá acreditar la concurrencia de los requisitos previstos en la Ley (7). El art. 130 Ley 29/1998, de 13 julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), determina la estructura de la resolución. Este precepto establece dos condiciones para la suspensión cautelar: el riesgo de que el recurso pueda perder su finalidad legítima si se reconoce plena efectividad al acto administrativo —el llamado *periculum in mora*— y la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Según el citado art. 130 LJCA, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero. A estos dos criterios previstos en la Ley se suma el principio de origen jurisprudencial del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho (8).

La configuración de estos presupuestos —originariamente relacionada con las medidas cautelares en el orden civil— cuenta con una larga tradición que arranca de Piero Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936). Posteriormente la teoría general sobre las medidas cautelares se ha extendido ampliamente siendo acogida con éxito tanto por la legislación como por la jurisprudencia (9).

(7) Cfr. ARANGÜENA FANEGO (1991): 21.

(8) Vid. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (1999): 67-108.

(9) En el caso del Derecho Comunitario, puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 junio 1990, asunto Factortame (C-213/89).

Resulta paradigmático en este sentido el art. 728 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), donde se regulan con detalle los requisitos para la adopción de las medidas cautelares. Existe peligro por la mora procesal cuando podrían producirse durante la pendency del proceso «situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria». La apariencia de un buen derecho se define como «un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento» de la pretensión del demandante. Respecto a la elección de la medida cautelar, no debe pasarse por alto el art. 726.1.2.^a, que exige al juez valorar si la medida cautelar que pretende imponer puede ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa para el demandado.

2. LA NECESIDAD DE LA SUSPENSIÓN

El temor a los daños jurídicos que puedan producirse durante el tiempo que inevitablemente transcurre entre la presentación del recurso y la adopción de la resolución definitiva constituye el primer presupuesto de la tutela cautelar. El Auto de 28 abril 2006, cuyo ponente es el Magistrado D. Óscar González, suspende la eficacia de la autorización concedida por el Consejo de Ministros argumentando que la adopción de la medida cautelar es necesaria para garantizar la eficacia de la Sentencia que se dicte en el proceso principal.

2.1. *La reversibilidad de los efectos anticompetitivos*

La autorización del Consejo de Ministros deja vía libre a la oferta de Gas Natural sobre las acciones de ENDESA. Si finalmente el Tribunal considerara que esta operación debió ser vetada por sus efectos negativos sobre la competencia, la Sentencia podría incluir la exigencia de remover la posición de dominio en el mercado de la empresa resultante de la fusión entre ENDESA y Gas Natural. Se teme que para entonces la autorización concedida por el Gobierno haya producido un perjuicio irreversible en las condiciones de competencia en el mercado energético.

El Auto da por hecho que la autorización de la concentración y el transcurso del tiempo conducirán a una reducción de la competencia en el mercado. Para establecer el nexo causal recurre a las características de los mercados energéticos del gas y la electricidad. Señala que estos mercados son especial-

mente sensibles a los abusos de posición dominante porque son mercados que se encuentran en una fase de transición de un régimen de monopolio a otro liberalizado y en los que subsisten fuertes barreras de entrada a nuevos operadores (FJ. 5).

La Sala Tercera infiere la existencia de un riesgo para la competencia a la vista de los informes técnicos sobre los efectos perjudiciales para la competencia en el mercado de la toma de control de ENDESA por parte de Gas Natural. La operación —según la Comisión Nacional de Energía y el Tribunal de Defensa de la Competencia— acaba con la presencia en el mercado de uno de los competidores más activos de Gas Natural en los mercados del gas y la electricidad, supone un fuerte incremento de la posición de dominio de la empresa resultante y puede acrecentar las barreras de entrada a nuevos operadores. Se crea además un operador verticalmente integrado, que desarrolla a la vez actividades de comercialización de gas y generación eléctrica (uno de los usos del gas es su utilización como combustible en la producción de electricidad). Por último, se advierte de que —ante la existencia de una demanda creciente de gas para generación de electricidad— el proveedor (que a su vez utiliza el gas para producir electricidad) puede estar tentado de incrementar el precio del combustible para el resto de competidores en el mercado de la generación de electricidad.

El peligro de una alteración sustancial de la competencia se produce —según el Tribunal Supremo— desde el mismo momento de la liquidación de la OPA. Además —se señala en otro lugar Auto— que cualquier lapso de tiempo es decisivo en mercados con un incipiente grado de liberalización.

La gravedad del perjuicio —en caso de ser efectivo— parece fuera de duda. La defensa de la competencia se concibe como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 CE. El Tribunal Constitucional ha repetido en diversas ocasiones que 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 (10).

La magnitud de los efectos se intensifica porque la producción y el suministro de gas y electricidad son servicios públicos en un sentido material o funcional, en cuanto bienes que deben estar al alcance del conjunto de los ciudadanos y respecto a los cuales los poderes públicos asumen deberes de prestación (11). Si se prefiere utilizar la terminología tomada del Derecho Comunitario diremos que son «servicios de interés económico gene-

(10) SSTC 37/1981, 88/1986 y 208/1999.

(11) Sobre la idea de servicio público, véase, entre otros muchos, MALARET I GARCÍA (2003): 567-608; MARTÍN REBOLLO (1983): 2529, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999): 64.

ral» (12). La renuncia a utilizar el mecanismo previsto en el art. 128.2 CE exige como contrapartida que se garantice el mantenimiento de un mercado competitivo. El Estado debe evitar que un monopolio público sea sustituido por otro no menos odioso en manos privadas.

La reparación de los efectos restrictivos de la competencia que pudiera tener la fusión es uno de los aspectos centrales de la discusión entre la mayoría de los miembros de la Sala y los Votos Particulares. El Auto no considera imposible que se adopten medidas de desconcentración empresarial en caso de que el recurso culminara con una Sentencia estimatoria, aunque destaca que el Tribunal se encontraría con serias dificultades para garantizar su ejecución.

Los votos particulares denuncian, por el contrario, un cambio de la doctrina jurisprudencial emanada de asuntos anteriores. El Tribunal Supremo sigue en este caso un criterio más favorable a la suspensión que el utilizado en su anterior Auto de 16 mayo 2003, caso Sogecable/Vía Digital. Allí el Tribunal Supremo afirmó que «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». Mientras en aquella ocasión el listón se estableció en la imposibilidad de llevar a la práctica la desconcentración, ahora basta la previsión de que vayan a existir serias dificultades. Como se encargan de recordar los votos particulares, existe la posibilidad de adoptar medidas de desconcentración o endurecer las condiciones impuestas por el Gobierno.

Un motivo que esgrime el Auto de 28 abril 2006 para apartarse de la solución anterior es la diferencia que existe entre los mercados implicados. Se afirma que el mercado de las telecomunicaciones se encuentra más liberalizado que los mercados de gas y electricidad. Además se aporta como criterio diferenciador la mayor elasticidad de la demanda en telecomunicaciones como consecuencia de servicios sustitutivos. Estas circunstancias hacen prever al Tribunal que la situación competencial actualmente existente puede verse alterada sustancialmente antes de que pueda resolverse el fondo del asunto.

Sobrevuela además —a nuestro juicio— la sombra de otro caso muy conflictivo políticamente: la concentración entre Antena 3 Radio y la cadena SER (13). La cesión a Unión Radio, S.A. de la gestión de las emisoras de

(12) La energía es uno de los sectores expresamente incluidos dentro de la definición que de los servicios de interés económico general da el Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 12 mayo 2004, COM(2004) 374 final. Sobre el concepto de servicios de interés económico general puede verse CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (2004): 65-80.

(13) Las dificultades que surgieron en este caso fueron utilizadas para demostrar el *periculum in mora* en el Voto Particular firmado por los Magistrados Segundo Menéndez Pérez y

ambas cadenas (notificada al Servicio de Defensa de la Competencia el 1 diciembre 1993) obtuvo el visto bueno del Consejo de Ministros, aunque se subordinó la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones. El recurso contra el Acuerdo del Gobierno fue parcialmente estimado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo para preservar el pluralismo informativo (Sentencia 9 de junio de 2000).

Un aséptico repaso cronológico resulta suficientemente expresivo de las dificultades para ejecutar la Sentencia. El 2 de noviembre de 2001 (más de un año después de que se dictara la Sentencia), el Consejo de Ministros acordó obligar a las partes a presentar al Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones y plazos para el cumplimiento de la Sentencia. En la propuesta presentada el 15 de enero de 2002, las partes entendían que la ejecución de la Sentencia se produciría dejando sin efecto los acuerdos en los que se formalizaba la concentración. El Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y el Tribunal Supremo confirmaron que la resolución de los negocios jurídicos era una medida necesaria y adecuada para llevar a efecto la Sentencia.

Habían transcurrido más de dos años desde la Sentencia cuando el Director del Servicio de Defensa de la Competencia ordenó a las partes que procediesen a la desconcentración en dos fases (14 de octubre de 2002). En la primera, deberían resolver los negocios jurídicos en los que se instrumentó la operación de concentración anulada. En la segunda, deberían realizar las actuaciones necesarias para garantizar la separación real y efectiva de la gestión operativa y económica de la SER y Antena 3 Radio. A solicitud de las partes de la concentración, el Tribunal Supremo abrió un trámite incidental para valorar la resolución del Director General del Servicio. Mediante Auto de 5 de marzo de 2003, el Tribunal Supremo confirmó la adecuación de dicha resolución y declaró, entre otras cuestiones, que la desconcentración había de llevarse a cabo para que deje de existir la ilicitud que la Sentencia apreció, esto es, para que PRISA dejase de ostentar simultánea y acumuladamente el poder de control en la toma de decisiones de las dos sociedades.

El Servicio de Defensa de la Competencia, tras recibir información desde las empresas afectadas, elaboró un informe con fecha 2 de abril de 2004 y un apéndice al mismo con fecha 29 de julio de 2004. Finalmente, el 30 de julio de 2004 (49 meses después de dictarse Sentencia) el Servicio de Defensa de

Manuel Campos Sánchez-Bordona frente al Auto de 16 mayo 2003 (recurso contencioso-administrativo núm. 39/2003). El Voto Particular proponía suspender provisionalmente la concentración económica entre Vía Digital y Sogecable.

la Competencia consideró que, a la vista de la información disponible, «dicha separación es real y efectiva».

La experiencia lleva al Tribunal a desconfiar del éxito en la práctica de los instrumentos jurídicos que permitirían invertir en fase de ejecución de Sentencia el proceso de concentración empresarial cuando el mercado empuja en el sentido opuesto. No parece una mala solución exigir que el restablecimiento de la libre competencia sea —además de jurídicamente posible— materialmente viable.

2.2. *¿Hay un interés general en la conservación de la actual estructura y proyecto empresarial de ENDESA?*

Para justificar por qué la ejecución inmediata frustraría la finalidad legítima del recurso, el Auto argumenta que de no suspenderse el Acuerdo recurrido sería imposible recomponer la estructura de ENDESA y la ejecución del proyecto empresarial. Procede recordar en este punto que el art. 31.2 LJCA establece que el demandante podrá pretender, además de la anulación del acto impugnado, la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

El Consejo de Ministros impone medidas de carácter estructural que no serían reversibles (se obliga, por ejemplo, a la empresa resultante de la fusión a vender activos de ENDESA en SAGGAS, REGANOSA y ENAGAS). La nueva ENDESA aparecida tras la ejecución de una hipotética Sentencia favorable o sería inviable o cuanto menos muy diferente de la que actualmente actúa en el mercado del gas y la electricidad. El Auto destaca cómo el Consejo de Ministros adoptó con ocasión de la fusión SER/Antena 3 Radio sólo condiciones de comportamiento, mientras que en el presente caso ha adoptado medidas estructurales, que son de más difícil recomposición (14).

El interés jurídico protegido en este segundo grupo de argumentos sobre la imposibilidad de volver a la situación anterior a la fusión es la conservación de la empresa eléctrica con su estructura y proyecto actual. En el Voto Parti-

(14) En el Voto Particular del Magistrado Ramón Trillo se relativiza esta distinción entre «condiciones estructurales» y «conductuales». El Diccionario de la RAE define este adjetivo —que tiene mayor aplicación en los campos de la psicología o la economía— como perteneciente o relativo a la conducta. En el contexto del presente Auto se refiere a aquellas condiciones que imponen una obligación de hacer o no hacer a las empresas que participan en la operación, frente a las intervenciones que inciden en la estructura del mercado. El Magistrado Trillo señala que en el Derecho Comunitario ambos tipos de condiciones tienden a converger (FJ. 10).

cular del Presidente de la Sala se dedica una larga reflexión a combatir este argumento. El art. 130 LJCA protege las pretensiones legítimas, es decir, basada en Derecho. Según el Voto Particular, la conservación de la estructura y el proyecto de la empresa es una decisión que corresponde decidir a los accionistas. Se niega que los administradores estén legitimados para sostener la pervivencia de la sociedad, mal puede alegar la empresa actora un derecho a subsistir en su estructura societaria actual si sus propios accionistas no lo desean (15).

Según el Magistrado Ramón Trillo, en la legislación sobre concentraciones empresariales no se tutela un interés de los administradores en la conservación de la empresa: «De ninguna manera el ordenamiento considera protegido en este ámbito un eventual interés de pervivencia de la sociedad o empresa afectada». No existe un interés institucional (trabajadores, acreedores, consumidores) en la conservación de la empresa por encima o al margen del interés de sus accionistas.

Señala como prueba las obligaciones que la legislación impone al órgano de administración o dirección de la sociedad afectada por la OPA. El art. 14 RD 1197/1991, de 26 de julio, obliga al órgano de administración de la sociedad afectada a abstenerse de concertar operaciones 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. El art. 3.1.c) Directiva 2004/25/CE impone al órgano de dirección de la sociedad afectada el deber de obrar en defensa de los intereses de la sociedad en su conjunto y no hurtar a los accionistas la posibilidad de decidir sobre la idoneidad de la oferta. La misma Directiva —en su art. 9.2— exige a los directivos de la empresa obtener la autorización previa de la junta general de accionistas antes de emprender cualquier acción que pueda impedir el éxito de la oferta (16).

(15) El recurso contencioso-administrativo fue presentado por los directivos de la empresa opada (ENDESA), la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y una federación de consumidores. El Voto Particular relativiza la presencia de los accionistas. Se llama la atención sobre que ni el grupo de accionistas ni la asociación de consumidores hayan presentado alegaciones diferenciadas, asumiendo sin matices las razones esgrimidas por ENDESA para adoptar las medidas cautelares. Le parece al Magistrado D. Ramón Trillo que la incorporación de estos litisconsortes 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».

(16) Ese deber de pasividad fue recordado por el Presidente de la CNMV al Presidente de ENDESA en una Carta de 12 septiembre 2005 (disponible en www.cnmv.es). A juicio de la

3. LA APARIENCIA DE UN BUEN DERECHO

El significado de la apariencia de buen derecho como fundamento de la adopción de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo constituye otro de los aspectos polémicos de la presente resolución. El Voto Particular del Magistrado Ramón Trillo critica la argumentación del Auto por considerar que concede una eficacia excesiva a las posibilidades de éxito del recurso. La apariencia de buen derecho constituye el verdadero soporte argumentativo que conduce a la suspensión, por encima de la valoración sobre la irreversibilidad de la concentración y de la ponderación de los intereses en conflicto. El alto grado de previsibilidad de que la operación tenga efectos anticompetitivos tan importantes que las condiciones impuestas por el Gobierno no sean capaces de remediar se utiliza por sí misma para adoptar la medida cautelar.

El Voto Particular coincide en reconoce cierta eficacia a la consistencia de los argumentos de ENDESA. Sin embargo limita la operatividad de la apariencia de buen derecho en aquellos casos en los que la solidez de la acción no resulta manifiesta. Fuera de estas ocasiones, según el Magistrado Ramón Trillo, la influencia de este presupuesto habría de ser más modesta («de segundo grado»), orientada a iluminar el juicio valorativo sobre los intereses en conflicto. Cuando la nulidad del acto administrativo no es evidente, el *fumus boni iuris* únicamente contribuye a reforzar el juicio sobre el *periculum in mora*.

Quizás convenga recordar que la Disposición Final Primera de la LJCA declara que, en todo lo no previsto expresamente en la Ley para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, regirá supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ya vimos anteriormente, el peligro por la mora procesal y la apariencia de buen derecho son presupuestos procesales expresamente previstos en el art. 728 LEC para la adopción de las medidas cautelares. La Ley no confiere a ninguno de los dos requisitos supremacía sobre el otro, debiendo concurrir ambos de forma cumulativa.

CNMV serían contrarias al citado deber de pasividad aquellas actuaciones de directivos o miembros del consejo de ENDESA que tengan como fin primordial fomentar la compra de acciones de ENDESA por inversores contrarios a la OPA. Los efectos de la Carta fueron suspendidos cautelarmente por la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Auto de 10 noviembre 2005) ante los perjuicios que podrían ocasionarse a ENDESA en el caso de que la CNMV se hubiera extralimitado del deber de pasividad establecido en el art. 14.1 Real Decreto sobre OPAS.

3.1. *La libertad de empresa y el principio de proporcionalidad como base de la argumentación jurídica del Gobierno*

El conjunto de los Magistrados de la Sala parecen coincidir en que la solidez de la acción emprendida por ENDESA no es manifiesta ni evidente ni rotunda, porque el Acuerdo del Consejo de Ministros no presenta indicios de «grosera nulidad». El éxito del recurso no es seguro porque la autorización satisface los requisitos formales y está basada en Derecho.

Según el Gobierno, el ejercicio de las atribuciones previstas en el art. 17 Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) constituye una injerencia en la libre toma de decisiones por parte de los operadores económicos. Emerge la vertiente subjetiva de la libertad de empresa, como garantía de la facultad de emprender una nueva inversión dirigida a ofrecer servicios en el mercado (17). Para mantener un adecuado equilibrio entre el principio de la libertad de empresa y los intereses generales que pueden oponerse a la concentración, el Consejo de Ministros basó su decisión en que «no cabe prohibir una operación de concentración sin antes descartar la existencia de posibles condiciones que resuelvan los problemas de competencia detectados».

El principio de que la libertad de empresa obliga al Gobierno a preferir la admisión de la concentración con condiciones antes que denegar la autorización tiene un sólido respaldo, basado en la lógica inherente a la proporcionalidad. Conviene recordar que las restricciones a los derechos fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad, que incluye el juicio de necesidad o la preferencia de la alternativa menos gravosa para la libertad. A través de este principio no sólo se consigue ponderar el interés individual de las empresas implicadas y la protección de la competencia en el mercado, también se logra que la seguridad jurídica informe el procedimiento de control de las concentraciones.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el Tribunal Supremo para enjuiciar el control gubernativo de las operaciones de concentración. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 abril 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) lo empleó en relación con la libertad de empresa, para anular una de las condiciones impuestas por el Gobierno a la adquisición de la compañía «Blindados del Norte, S.A.» por parte de Prosegur. El Consejo de Ministros prohibía a la empresa adquirente incrementar los precios de los servicios de transporte de fondos por encima de la previsión oficial de incre-

(17) Vid. BALDASSARRE (1971): 593-595.

mento del IPC. Según la Sentencia —de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona (quien participa en el Auto sobre Gas Natural y formuló dos interesantes Votos Particulares al Auto y la Sentencia en el caso Sogecable)— el sacrificio de la libertad empresarial era excesivo. Para contener el riesgo de que la nueva empresa impusiera los precios a los clientes allí donde contaba con una posición de dominio, era suficiente con seguir las recomendaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia e imponer la obligación de comunicar al Servicio de Defensa de la Competencia cualquier modificación de precios. El Tribunal Supremo declaró que ante dos alternativas igualmente válidas y eficaces, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los derechos de los particulares (FJ. 7).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), caso Sogecable/Vía Digital, constituye una referencia más directa y reciente. En esta Sentencia —que comparte ponente con el Auto de Gas Natural— se puede leer que, si hubiera varios contenidos posibles del acto de intervención, habría de elegirse el menos restrictivo de la libertad individual. El Tribunal Supremo trató de justificar por qué el Gobierno había optado por autorizar con condiciones la fusión entre Sogecable y Vía Digital. Entre las dos posibilidades que reconoce el art. 17 LDC, el Gobierno prefirió no adoptar la más expeditiva de declarar improcedente la concentración, porque hacer lo contrario —afirmó el Tribunal— equivaldría a una restricción inaceptable de la libertad de empresa (FJ. 4.II). En conclusión, estamos ante un acto del Consejo de Ministros dictado en aplicación de un principio sostenido en la jurisprudencia de forma reiterada.

La decisión del Gobierno parece además respaldada por la propia actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia. Un repaso a los informes sobre concentración aprobados por el Tribunal entre 1995 y 2004 revela que hay una incidencia mayor de los casos en los que se admite la operación o se establecen condiciones respecto de aquellos otros en los que se deniega la autorización (78,26%). En el proyecto de absorción de IBERDROLA por ENDESA, el Tribunal se inclinó por autorizar la operación con condiciones. La oposición frontal a la concentración parece que constituye la *última ratio* (18).

(18) Fuente: Memorias del Tribunal de Defensa de la Competencia entre 1995 y 2004.

Informes TDC	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	Total
Aprobación	4	0	1	1	7	4	3	3	3	0	26
Condiciones	1	2	2	3	1	4	5	4	5	3	30
Prohibición.....	0	1	0	1	3	4	1	0	0	0	10

3.2. *El principio de eficacia: ¿el talón de Aquiles del Gobierno?*

Una vez que hemos descartado que el Acuerdo del Consejo de Ministros tenga algún vicio manifiesto, la apariencia de buen derecho se convierte en una valoración provisional de la solidez de los argumentos utilizados por el recurrente. El *fumus boni iuris* supone un cálculo preventivo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución en el proceso principal.

El juicio de verosimilitud en el que se materializa este presupuesto puede variar en cuanto el grado de conocimiento exigido. Puede diferenciarse —según la proximidad a la certeza— entre el juicio de posibilidad y el juicio de probabilidad. Hay posibilidad cuando las razones favorables o contrarias a la hipótesis son equivalentes, cuando se produce una situación de equilibrio entre los motivos alegados por ambas partes. Por el contrario, el juicio de probabilidad se basa en el predominio de unos motivos sobre los otros, hay probabilidad cuando las razones que favorecen que el recurso prospere tienen un mayor peso sobre las contrarias (19).

La cuestión de fondo consiste en analizar la eficacia de las medidas alternativas adoptadas por el Gobierno. La objeción que se hace a la decisión del Gobierno gira fundamentalmente en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad —en su vertiente de juicio de necesidad— exige que la alternativa menos gravosa para la libertad de empresa sea igualmente eficaz a la hora de preservar el resto de derechos fundamentales e intereses legítimos involucrados. Los recurrentes denuncian que las condiciones impuestas por el Gobierno no son suficientes para compensar los perjuicios que la concentración puede provocar para la libre competencia en el mercado.

Por el contrario, los miembros del Tribunal discrepan a la hora de valorar los indicios que figuran en el recurso de ENDESA. La decisión de la mayoría se basa en las coincidencias existentes en los informes de los organismos reguladores. La diferencia respecto al Auto de 16 mayo 2003 consiste, para la mayoría, en que los informes de los organismos reguladores coinciden en lo sustancial. En el Auto de 16 mayo 2003, caso Sogecable/Vía Digital, el Tribunal Supremo consideró que los informes de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Decisión de la Comisión Europea (que reenvió

(19) ARANGÜENA FANEGA (1991): 24. Sigue a FRANCESCO CARNELUTTI: *Lecciones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1950, vol. II, pág. 181.

el conocimiento de la concentración a las autoridades españolas) contenían importantes elementos de juicio para tener una primera visión de los efectos de la concentración en el mercado. Sin embargo, estos documentos no eran coincidentes, por lo que era necesaria una prueba más completa que permitiera a la Sala pronunciarse sobre si las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros eran suficientes (20).

La mayoría de los Magistrados esgrimen como indicio a favor de la verosimilitud del recurso de ENDESA la rotundidad del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se señala que «no resulta posible asegurar que un conjunto de condiciones razonables, realistas, proporcionales y eficaces, sean éstas estructurales, conductistas o reguladoras» pueda compensar los daños que conlleva la operación.

La conclusión de que las condiciones impuestas por el Gobierno no remedian los efectos anticompetitivos de la operación sería compartida —según el Auto— por la Comisión Nacional de Energía e incluso por los votos particulares del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. El motivo es que tanto la Comisión Nacional de Energía como la minoría en el Tribunal de Defensa de la Competencia propusieron condiciones más exigentes a las que ha acordado el Consejo de Ministros. Pone como ejemplo que las cantidades que se obliga a liberar en el mercado de aprovisionamiento de gas son inferiores en cantidad y duración a las propuestas en el informe y votos particulares, que en materia de generación eléctrica no se imponen limitaciones específicas en cuanto a quienes deben ser los compradores de las plantas y que la venta de redes para evitar el solapamiento no afecta a determinadas Comunidades Autónomas.

La concesión de un valor decisivo a los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia a efectos de otorgar la suspensión refuerza las funciones de este órgano. Se da un nuevo argumento a quienes opinan que el legislador ha errado al conferir al órgano central de defensa de la competencia potestades únicamente consultivas en relación con el control de las concentraciones (21). El Tribunal de Defensa de la Competencia ya resuelve la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley.

(20) El Voto Particular de los Magistrados Segundo Menéndez Pérez y Manuel Campos Sánchez-Bordona considera que hay suficientes datos que avalan la nulidad del acto impugnado. Según el Voto Particular, la Decisión de la Comisión Europea pone en entredicho la viabilidad misma del proyecto de fusión. Confiere un peso decisivo a la opinión de cuatro de los nueve vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia que se pronunciaron en sentido desfavorable a la autorización administrativa. Son datos que corroboran una situación de incertidumbre jurídica.

(21) VICIANO PASTOR (1995): 449.

El argumento que se utiliza para acreditar la apariencia de derecho nos parece —sea dicho con el mayor respeto— incompleto. La decisión de la mayoría deja sin contrastar los indicios que se deducen de los informes técnicos con la exposición de motivos que acompaña al Acuerdo del Consejo de Ministros. El art. 54.1.c) Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), contempla la posibilidad de que las resoluciones administrativas se aparten del criterio expresado en los dictámenes de órganos consultivos cuando exista una motivación suficiente que justifique por qué se resuelve en un sentido distinto.

Los votos particulares destacan que el Consejo de Ministros ha expuesto con exhaustividad las razones que le llevan a apartarse del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. El Acuerdo utiliza una forma de argumentar lógica y coherente, sin dar saltos injustificados en el razonamiento. El Gobierno identifica los mercados afectados por la operación (aprovisionamiento y transporte de gas, generación eléctrica y distribución y suministro minorista de gas y electricidad), hay un análisis de los efectos horizontales, verticales y de conglomerado que puede tener la operación y se valora el consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia de que se declare improcedente la operación. Resulta a nuestro juicio definitivo que el acto impugnado resume las diferentes condiciones propuestas por Gas Natural y los organismos reguladores para resolver los problemas de competencia y entre a discutir cada una de las alternativas de forma singularizada.

Encontramos también respuesta a los aspectos que le recrimina el Auto aprobado por la mayoría. Por ejemplo, el Gobierno explica por qué en la condición decimosexta no se excluye a Iberdrola —como apuntaba el informe de la Comisión Nacional de Energía— como adquirente de las centrales de generación de electricidad que debe vender Gas Natural. El Gobierno prefiere una redacción más general de la citada condición y confiar al Servicio de Defensa de la Competencia la valoración de la idoneidad del comprador. Dentro de la motivación de las condiciones de procedimiento (apartado IV, párrafos 5-7) se explica que el acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola habrá de ser examinado en el futuro por parte de las autoridades españolas o comunitarias y que no se quiere prejuzgar el análisis que pueda realizarse en dicho marco. También que el establecimiento de cuotas máximas de mercado puede resultar inconsistente con los instrumentos habitualmente utilizados en el control de concentraciones.

En síntesis, el Gobierno ha explicado con detalle por qué en este caso considera posible establecer un conjunto de condiciones que contribuyan de modo suficiente a compensar los efectos restrictivos sobre la competencia

derivados de la concentración. Como la motivación del Acuerdo revela que el Gobierno ha tomado en cuenta la exigencia de que las condiciones adicionales salvaguarden de forma eficaz la libre competencia, creemos que los indicios que tiene en cuenta la Sala Tercera no son suficientes para abandonar la presunción de legitimidad de la que se beneficia cualquier acto administrativo. El hecho de que el Gobierno justifique incluso por qué no ha incluido alguna de las sugerencias de la Comisión Nacional de Energía o de los Votos Particulares al informe del Tribunal de Defensa de la Competencia permite seguir confiando en el criterio del Acuerdo del Consejo de Ministros. En este momento del proceso no se debería entrar a enjuiciar el acierto material de los argumentos utilizados por el Gobierno. Para valorar la falta de coincidencia en algunos aspectos concretos entre el acto impugnado y la opinión de los organismos reguladores, es necesario un análisis más en profundidad, que debe dejarse para la Sentencia que se dicte en su día.

3.3. *La incertidumbre como presupuesto para la adopción de una medida cautelar*

Creemos que el éxito del recurso de ENDESA no puede calificarse como probable, sino como meramente posible, porque el Acuerdo impugnado no presenta fisuras evidentes en cuanto a su validez y la motivación de dicho acto no le va a la saga en solidez a los argumentos utilizados por el recurrente. En estas condiciones resulta muy difícil justificar que se adopte la medida cautelar, salvo que se interprete el presupuesto del *fumus boni iuris* de una forma distinta. Sólo ha lugar si se toma como base la admisión a trámite de un recurso contencioso-administrativo con opciones de poner en entredicho la decisión de la Administración.

La suspensión de la autorización mientras se resuelve el recurso contencioso-administrativo cuando pese sobre la concentración una situación de incertidumbre jurídica es la tesis que sostienen los Magistrados D. Segundo Menéndez Pérez y D. Manuel Campos Sánchez-Bordona en su Voto Particular al Auto de 16 mayo 2003, caso Sogecable/Vía Digital.

Discreparon del Auto aprobado por la Sala Tercera, que denegó la suspensión a pesar de que los recurrentes aportaron importantes elementos de juicio que sostuvieron que las condiciones impuestas por el Gobierno no eran las estrictamente necesarias para preservar la competencia (posibilidad). La Sala Tercera consideró en aquella ocasión que la discrepancia entre los organismos reguladores no permitía romper el empate entre los argumentos de los recurrentes y de los demandados (probabilidad).

El Voto Particular consideró que esta concepción de los presupuestos necesarios para dispensar la tutela judicial cautelar ya no era adecuada. Se abogó por la suspensión para los casos en los que el acto administrativo haya sido impugnado mediante un recurso con serios fundamentos y posibilidades de prosperar. Según el Voto Particular, debe evitarse que la concentración se desarrolle de forma efectiva mientras haya dudas fundadas acerca de la corrección jurídica de la operación. El *fumus* se liga a la existencia de una pretensión jurídica que se asiente sobre bases sólidas o, al menos, a que los motivos de impugnación no puedan ser destruidos en un primer examen del asunto.

Se citó en apoyo de esta tesis la modificación sucesiva del art. 15 Ley de Defensa de la Competencia por parte de los Reales Decretos-leyes 6/1999, de 16 de abril, y 6/2000, de 23 de junio. La finalidad de la reforma fue evitar los inconvenientes derivados de hacer efectiva las concentraciones en ausencia de la seguridad jurídica que le proporciona la previa autorización administrativa. Por esta razón se dispone que las operaciones de concentración no puedan llevarse a efecto antes de que la Administración manifieste, de forma expresa o presunta, su no oposición a las mismas.

El Voto Particular al Auto en el caso Sogecable/Vía Digital dió un paso más y propuso extender la suspensión a la fase jurisdiccional del control de concentraciones. La misma tendencia favorable a la suspensión que se deduce de la reforma legal —se sostuvo entonces— resulta aplicable a la fase judicial del control de las concentraciones cuando la autorización gubernamental haya sido impugnada mediante un recurso contencioso-administrativo con posibilidades de prosperar y la fusión sea difícilmente reversible. La autorización del Consejo de Ministros no confiere la suficiente seguridad jurídica al proyecto de concentración cuando esta decisión ha sido impugnada mediante un recurso jurisdiccional sólidamente fundamentado. La intención declarada es evitar los inconvenientes que conlleva el desenvolvimiento de unas complejas operaciones económicas y jurídicas mientras esté pendiente el litigio. Se favorece la suspensión para evitar que, mientras se resuelve el recurso, se produzca un aumento inmediato de la posición de dominio de una empresa en el mercado o se frustre la aparición de nuevos competidores.

El criterio utilizado en el Voto Particular al Auto Sogecable/Vía Digital (16 mayo 2003) se asemeja al empleado por el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea en la concesión de medidas cautelares en recursos contra actos de la Comisión en el ámbito del Derecho de la Competencia. El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia señala que el solicitante de medidas provisionales especificará las circunstancias que den lugar a la urgencia y los fundamentos que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada (art. 104.2).

El Tribunal de Primera Instancia entiende la apariencia de buen derecho de forma muy favorable para el recurrente, pues sólo jugará en su contra si el recurso es manifiestamente inadmisibile. Corresponde al Juez determinar si, a primera vista, el recurso presenta elementos de los que pueda deducirse, con cierta probabilidad, su admisibilidad. Dicho de otra forma, si cabe excluir que los motivos de hecho y de Derecho formulados por la demandante en apoyo de su recurso principal puedan ser fundados. Es suficiente para adoptar las medidas provisionales que las alegaciones del recurrente creen una situación de incertidumbre sobre la validez de la decisión de la Comisión que exija al Tribunal un examen en profundidad.

En el Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 diciembre 1992, caso Comité Central d'Entreprise de la Societe Generale des Grandes Sources (asunto T-96/92 R), encontramos un ejemplo que presenta algunas analogías con el caso Gas Natural/ENDESA. El proyecto de concentración que dio origen al caso es la OPA que lanzó Demilac (una filial controlada por Nestlé) sobre Perrier en el mercado del agua mineral. A la vez se firmaba un acuerdo entre Nestlé/Demilac y el grupo BSN para desprenderse de una de las filiales de Perrier (Volvic). La Comisión intervino ante el riesgo de que se consolidara la posición dominante de estos dos grandes grupos. La Comisión condicionó la autorización para la concentración a que la empresa resultante de la fusión vendiera diversos manantiales a una empresa distinta a BSN. El Acuerdo fue recurrido por los sindicatos de trabajadores, que temían que la concentración originara una fuerte pérdida de puestos de trabajo.

El Tribunal consideró que se cumplía el primer requisito para la adopción de medidas provisionales, esto es, que «pueda deducirse, con cierta probabilidad, su admisibilidad». No podía rechazarse de forma rotunda los argumentos en contra de la Decisión formulados por el ejecutivo comunitario. Según el Tribunal, la legitimación de los sindicatos para impugnar una operación de concentración en defensa de sus intereses legítimos «requiere un examen en profundidad» (apartados 31-35). Sin embargo, no se suspendió de forma provisional la autorización de la OPA porque los recurrentes no convencieron al Tribunal sobre la concurrencia del segundo presupuesto: la existencia de un perjuicio grave e irreparable (22).

Más recientemente, la misma doctrina ha sido utilizada por el Tribunal de Primera Instancia para resolver la solicitud de medidas provisionales por parte de Microsoft. Para ponernos en antecedentes recordaremos que la Comisión

(22) En el mismo sentido puede verse también el Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 2 diciembre 1994, caso Union Carbide Corporation (asunto T-322/94 R).

condenó a Microsoft por abuso de posición dominante e impuso a la empresa de Bill Gates la obligación de revelar la información sobre la interoperabilidad del sistema para que los competidores en el diseño de servidores de redes pudieran ofrecer en el mercado productos compatibles con *Windows*. También se obligó a Microsoft a distribuir una versión del sistema operativo *Windows* que no incorporara el *Windows Media Player*.

La empresa condenada recurrió la Decisión y solicitó al Tribunal de Primera Instancia la adopción de medidas cautelares. El Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 2 diciembre 1994 (asunto T-201/04 R) consideró que existían a primera vista razones suficientes para dudar sobre la validez de las obligaciones impuestas por la Comisión. Según el Tribunal, había que proceder a un minucioso análisis —que sólo puede llevarse a cabo en la Sentencia definitiva— para valorar si de acuerdo con las circunstancias del caso, la negativa a suministrar información protegida por los derechos de propiedad intelectual constituía un abuso de posición dominante. De la misma forma, en relación con la justificación objetiva para vender conjuntamente el sistema operativo *Windows* y el reproductor *Media Player*, el Tribunal admitió que era imprescindible realizar un complejo análisis jurídico y económico antes de descartar las alegaciones formuladas por Microsoft (apartados 390-404). Sin embargo, la demanda de la empresa fracasó a la hora de convencer al Presidente del Tribunal de que la ejecución inmediata de las medidas adoptadas por la Comisión para restablecer la competencia, ocasionaban a la compañía un daño serio e irreparable. Los perjuicios que podía sufrir Microsoft no tenían carácter irreversible ni una entidad suficiente para apreciar *periculum in mora*.

La posición esbozada en el Voto Particular en el caso *Sogecable/Vía Digital* tiene reflejo en alguna medida en el Auto Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006. Un indicio es la referencia a las sucesivas modificaciones del art. 15 LDC para prohibir que las operaciones de concentración se lleven a efecto antes de que la Administración las autorice. Algo parecido debe percibir Ramón Trillo cuando afirma —en su Voto Particular— que la mayoría se aparta de la doctrina jurisprudencial sobre el significado y alcance de la apariencia de buen derecho. Resulta revelador el Voto Particular que formula D. Manuel Vicente Garzón Herrero. El citado Magistrado confiesa no haber sentido nunca 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 LRJAP, por entender que se trata de un privilegio injustificado desde parámetros constitucionales». Sin embargo discrepa de la decisión mayoritaria porque se han cambiado los criterios legales y jurisprudenciales de forma soterrada.

De forma consciente o no, el Auto contribuye a identificar el *fumus boni iuris* con la existencia de una situación de incertidumbre jurídica cuando se adopta la suspensión cautelar de un acto administrativo formalmente válido y exhaustivamente motivado. Habrá que esperar a que el Tribunal Supremo resuelva otros casos que se puedan plantear en el futuro para valorar las consecuencias del presente Auto. Si se queda en que el posicionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia en contra de la eficacia de las condiciones impuestas por el Gobierno permite acreditar la probabilidad de que prospere el recurso o si constituye el punto de partida de una nueva línea jurisprudencial más favorable a la suspensión cautelar en los procedimientos de concentración empresarial.

4. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El órgano judicial, antes de acordar la suspensión, debe realizar una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. El art. 130 LJCA impide al órgano judicial adoptar la medida cautelar cuando se perturbaran gravemente los intereses generales o de tercero. Nos centraremos en los efectos que tiene la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre la libre iniciativa económica.

El Auto de 28 abril 2006 afirma que la libertad de empresa es un interés muy digno de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuando se enfrenta al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios (FJ. 7). Creemos que sería conveniente matizar algo más este argumento, porque siempre es muy comprometido hablar de prevalencia entre distintos preceptos constitucionales. Entre los art. 38 y 51 CE no existe una relación de supremacía que permita afirmar la preferencia abstracta de la protección de los consumidores sobre la libertad económica, sobre todo cuando el art. 38 CE se ubica en un capítulo dotado de una especial eficacia constitucional y la libertad de empresa aparece también reconocida como derecho fundamental tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como en la Carta de Niza.

Hubiera resultado conveniente —a nuestro juicio— una explicación más convincente de por qué el límite que se establece a la libertad de empresa resulta razonable y proporcionado de acuerdo con las circunstancias del presente caso en lugar de degradar a este derecho a la categoría de simple interés legítimo. Para ello se debería haber examinado cuáles son los perjuicios que la suspensión produce realmente.

La suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros provocará seguramente incertidumbre e indefinición en la gestión de las empresas afectadas.

Gas Natural habrá de mantener inmovilizadas las cantidades necesarias para hacer frente a la OPA, lo que mermará su capacidad para adoptar decisiones estratégicas o iniciativas innovadoras (lo mismo puede predicarse en el caso de Iberdrola, que ha firmado un pacto sobre compra de activos con Gas Natural que depende del éxito de la operación).

A pesar de la gravedad de estos perjuicios, para cuyo resarcimiento se adopta una caución, no se trata de un verdadero límite al contenido constitucional de la libertad de empresa. Como ha afirmado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el contenido de la libertad de empresa no se puede extender en ningún caso a la protección de meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica (23). En síntesis, la garantía constitucional implica que un operador económico no puede ser privado arbitrariamente del derecho a ejercer su actividad, pero no le garantiza un volumen de negocios determinado o una cuota de mercado específica.

Desde otro punto de vista, puede considerarse que la suspensión cautelar pone en riesgo la propia viabilidad de la operación emprendida por Gas Natural. El Auto equivale en la práctica a una prohibición de promover la oferta pública de adquisición de acciones. Se limita la libertad de Gas Natural para determinar su política económica, un derecho que forma parte —de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— de los principios generales del Derecho Comunitario. La regla general ha de ser que el empresario dirija libremente su actividad comercial y decida sobre la naturaleza de los productos que ofrece al mercado.

En el Auto se defiende de forma convincente que la cortapisa que se pone a la libre actividad de las empresas implicadas persigue una finalidad legítima y muy cualificada: el mantenimiento de un mercado competitivo, en el que se

(23) *Cfr.* ARROYO JIMÉNEZ (2004): 239. Este razonamiento —cuyo origen se remonta a la Sentencia Nold, de 14 mayo de 1974 (Asunto 4/73: apartados 14 y 15)— ha jugado un papel importante en la desestimación de muchas de los recursos en los que se ha alegado la supuesta vulneración de la libertad para ejercer una actividad económica. En la Sentencia de 27 septiembre 1979, caso SpA Eridania (230/78: apartados 21 y 22), el Tribunal de Justicia la utilizó para rechazar la invalidez del Reglamento que permitía modificar las cuotas básicas en la organización común del mercado del azúcar. El Tribunal argumentó que la cuota no limitaba la producción de este bien, sino que fijaba las cantidades de producto que iban a ser comercializadas en las condiciones más ventajosas que garantiza la Comunidad. Se concluyó que la variabilidad de las cantidades que podían beneficiarse de los precios garantizados era una condición esencial de la política agraria común y no existía un derecho adquirido a mantener las ventajas que en un momento dado hubieran establecido la normativa comunitaria. La razón es que forma parte de la esencia de la economía de mercado que el empresario soporta los riesgos de su actividad.

establezcan las menores barreras de entrada posible, en el que exista el mayor número de operadores que resulte viable y en el que se evite la consolidación de situaciones extremas de dominio (FJ. 7).

Por otra parte, hay que mantener cierta simetría con la decisión de la Sala Tercera de suspender provisionalmente la operación basándose —a nuestro juicio con argumentos que no son plenamente convincentes— en la probabilidad de que se irroguen graves perjuicios a la competencia en el mercado energético. Sólo si la restricción a la libertad de empresa es igualmente lacerante debería dejar de adoptarse la medida cautelar.

A este respecto, puede traerse a colación la opinión del Presidente del Tribunal de Primera Instancia en el asunto Microsoft, al que ya hemos hecho referencia. Según esta resolución, cualquier condena impuesta por la Comisión por conductas anticompetitivas necesariamente implica una interferencia en la dirección de la empresa. La imposición de determinadas condiciones a una empresa para preservar la competencia en el mercado no puede ser considerada en sí misma un serio daño para la libertad de empresa. Para que sean tomadas en consideración, el recurrente debe convencer de que se le obliga a modificar elementos esenciales de su política empresarial (24).

El análisis de la seriedad de la injerencia en la libre iniciativa privada es muy casuístico. El resultado favoreció al recurrente en el Auto del Tribunal de Primera Instancia de 3 junio 1996, caso Bayer contra Comisión (asunto T-41/96 R) (25). El Tribunal consideró que era necesario suspender la eficacia de la decisión de la Comisión —que obligaba a Bayer a abstenerse de impedir las exportaciones paralelas— para evitar que se causara un perjuicio grave a esta empresa. Se tuvo en cuenta el contexto del sector farmacéutico, en el que la disparidad en los sistemas nacionales de intervención pública en el precio de los medicamentos genera importantes inconvenientes.

El resultado ha sido el contrario en el caso Microsoft. En este caso, en el que el Tribunal de Primera Instancia rechazó que la obligación de revelar parte de la información sobre *Windows* supusiera un cambio suficientemente signi-

(24) Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 22 diciembre 2004 (asunto T-201/04 R), párrafo 291-292.

(25) La conocida empresa farmacéutica distribuía a través de sus filiales del Reino Unido, Francia y España un medicamento indicado para tratar enfermedades cardiovasculares. Este producto podía adquirirse más barato en España y Francia, cuyos servicios de salud controlan el precio de venta al público. Bayer observó con preocupación cómo aumentaban notablemente los pedidos de los mayoristas establecidos en estos dos países, sin que se produjera un incremento de la demanda interna. Para poner fin a las pérdidas de su filial en el Reino Unido, Bayer acordó no entregar a los mayoristas españoles y franceses la totalidad de los pedidos efectuados, pues sospechaba que su destino era la exportación al otro lado del Canal de La Mancha.

ficativo en su política comercial de la compañía norteamericana como para que se produjera una intromisión irreparable en la libertad de empresa. La razón principal es que Microsoft ya se encontraba sujeta a condiciones similares por parte de la legislación norteamericana (ver apartados 290-316 y 408-441).

En conclusión, si el interés de los consumidores y usuarios debe prevalecer frente a la libertad de empresa y la agilidad del mercado de valores es algo que habrá que ponderar en función de las circunstancias del caso concreto.

Por último, cabe apuntar que la suspensión tendría mayor incidencia sobre la libertad de empresa si se adulterara la competición que sostiene Gas Natural con E.ON por hacerse con el control de ENDESA. La igualdad de oportunidades resulta tutelada —al menos aparentemente— por el mecanismo previsto en el RD 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones. En el art. 35 se establece que el período de aceptación de las ofertas de adquisición se prorrogará automáticamente hasta la expiración del plazo de aceptación de la última oferta competidora. El Voto Particular Ramón Trillo señala expresamente que la adopción de la medida cautelar conlleva la paralización de forma indefinida de las ofertas competidoras hasta que se resuelva el recurso contencioso-administrativo.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN DIFÍCIL AUGURIO

La decisión judicial es interesante porque adelanta algunas de las cuestiones que pueden estar presentes en posteriores resoluciones del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Si resulta difícil ahora mismo predecir cuál pueda ser la viabilidad económica de la operación planteada por Gas Natural, no menos reservado es el pronóstico sobre el contenido de la resolución judicial que haya de poner fin al proceso.

Uno de los argumentos que se aducen en el recurso de súplica es que el Auto de 28 abril 2006 prejuzga la Sentencia que pueda dictarse sobre el fondo del asunto. El Voto Particular al Auto de 26 junio 2006 considera que el razonamiento del Auto recurrido equivale a sostener anticipadamente la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros, por la insistencia con la que se atribuyen graves efectos anticompetitivos a la fusión y la rotundidad con la que se sostiene la insuficiencia de las medidas paliativas.

Por el contrario, la mayoría de los Magistrados de la Sala Tercera niegan que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, porque afirman que el Auto «se mueve preferentemente en el ámbito de los efectos del acto y no en el de su validez». El Auto suspende la eficacia del acto administrativo porque considera que los efectos de la concentración pueden ser irreversibles. Aun así

—señala la mayoría— la Sentencia podría ser desestimatoria si el Tribunal Supremo acabara considerando que la fusión aporta algo al progreso económico y social y que este beneficio compensa los efectos anticompetitivos. Además, la valoración sobre el *fumus* se basa en un mero juicio de probabilidad sobre la viabilidad del recurso, un grado de conocimiento menor al que empleará el Tribunal cuando resuelva el fondo del asunto.

Lo único cierto es que el Auto presagia un intenso debate en el seno del Tribunal Supremo cuando se resuelva la cuestión de fondo. Algunos de los problemas que surgirán entonces ya pueden presentirse si se lee la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 2005, caso Sogecable/Vía Digital. Los recurrentes —operadores de cable que prestan servicios de televisión de pago, telefonía fija y acceso a Internet— impugnaron el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 noviembre 2002, por el que se subordinó la concentración entre las citadas compañías al cumplimiento de una serie de condiciones (26). Se aducía que entre las dos posibilidades que se reconocen en el art. 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Gobierno debió haber optado por la más expeditiva de declarar improcedente la concentración.

La Sala Tercera (Sección 3.^a) recordó que la libertad de empresa exige que el rechazo frontal de la operación se reserve para cuando sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia mediante el establecimiento de condiciones. La Sentencia —cuyo ponente es el Magistrado Óscar González, igual que en el Auto de Gas Natural/ENDESA— atribuyó al Gobierno la facultad de decidir de acuerdo con criterios discrecionales cuando es posible preservar la competencia sin prohibir la concentración. El control jurisdiccional se concentró en analizar si a partir de la motivación del

(26) Los votos particulares formularon objeciones relevantes a algunas de las condiciones impuestas por el Gobierno en aquella ocasión. Particularmente discutida fue la condición segunda, por la que se obligaba a Sogecable a poner a disposición de terceros su plataforma y demás servicios comunes para la emisión de «canales temáticos informativos de programadores independientes». No le falta razón a D. Manuel Campos Sánchez-Bordona cuando —en su Voto Particular— recrimina al Gobierno que utilice las condiciones a las que se subordina la concentración como medio para configurar normativamente el mercado televisivo. Compara esta obligación con los mecanismos de interconexión entre operadores de redes de telefonía previstos en normas legales y reglamentarias. Se crea inseguridad jurídica cuando se introducen en un Acuerdo del Consejo de Ministros condiciones que no son meros actos de aplicación reglada de una norma previa, sino que innovan la regulación del mercado.

También polémica fue la condición decimoctava, por la que se fija un tope para el incrementos de los precios de los servicios de la plataforma digital. El Magistrado Eduardo Espín recurre al precedente establecido en la anteriormente citada Sentencia de 2 abril 2002, caso Prosegur/Blindados del Norte, para concluir que la citada cláusula es contraria al principio de proporcionalidad.

acto administrativo se podía deducir que la decisión había sido arbitraria, irracional o fundada en un error manifiesto.

Discrepó el Magistrado Manuel Campos Sánchez-Bordona, para quien la Sentencia debió aplicar un juicio más riguroso sobre la actividad administrativa. Consideró que era deseable un análisis mucho más profundo sobre la adecuación de los elementos probatorios utilizados por el Gobierno para concluir que no era necesario rechazar la concentración. Según el Voto Particular, el acto impugnado no había analizado de forma suficiente los efectos de la fusión sobre la competencia potencial y las barreras de entrada en el mercado. Concluyó que la eficacia compensadora de las condiciones impuestas quedaba en entredicho si se contrastaba con «el extraordinario poder de mercado que la concentración otorga a la nueva empresa resultante».

Puestos a formular conjeturas, creemos probable que el Tribunal Supremo entre a conocer en profundidad sobre si las condiciones impuestas por el Gobierno protegen suficientemente la competencia en el mercado. Resulta significativo que el Tribunal concluya que hay apariencia de un buen derecho a pesar de que el acto impugnado tiene una motivación que parece sólida y mediante una valoración de los informes de los organismos reguladores que se aparta de la efectuada por el Gobierno. El Auto advierte que para valorar en la Sentencia la validez del acto recurrido podría tener trascendencia el hecho de que las medidas propuestas son meramente paliativas y no absolutamente recuperadoras de la competencia (FJ. 6).

Creemos que la intervención del Poder Judicial en defensa de la libre competencia puede aportar mayor transparencia al control de las concentraciones empresariales (27). Si el Tribunal Supremo realizara un control material de la actuación del Consejo de Ministros podría incrementarse la confianza en que la autorización de cualquier fusión se basa en Derecho y no simplemente en razones de oportunidad política (28).

El interés que ha suscitado el Auto de la Sala Tercera abrirá probablemente una etapa de un intenso debate —también desde el Derecho Constitucional— en torno a los instrumentos de intervención del Estado en el sector eléctrico. Ya se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional el Real Decreto-Ley

(27) VICIANO PASTOR (1995): 449.

(28) Vid., en relación con el control que despliega el Tribunal de Primera Instancia sobre las decisiones de la Comisión, las variaciones que introduce la STPI de 25 octubre 2002, caso Tetra Laval (T-5/02), apartados 119-120. Confirmada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 febrero 2005 (asunto C-12/03 P), apartados 37-50. La misma postura se mantiene en la STPI 14 diciembre 2005, caso General Electric (asunto T-210/01), párrafos 60-64.

4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía. Esta reforma legal se ha interpretado como una medida proteccionista frente a la entrada de la empresa alemana E.ON en el mercado energético español (29). Uno de los motivos que en los que se basa el recurso de inconstitucionalidad es la vulneración de la libertad de empresa.

Después de la modificación legal, se requiere la autorización del organismo regulador para cualquier operación en la que se pretenda adquirir una participación que conceda influencia significativa sobre una sociedad con actividades que tienen la consideración de reguladas o que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial. Esta modificación legal supone que E.ON tendrá que conseguir la autorización de la Comisión Nacional de Energía, además de la de las autoridades comunitarias, para poder realizar la fusión con Endesa (30). El Decreto-ley establece un conjunto de causas en las que se puede apoyar la CNE para denegar o someter a condiciones la operación. Destaca la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como la protección de los intereses generales de la política energética española o el mantenimiento de la seguridad pública.

La evolución política y económica abrirá nuevos frentes. Por ejemplo, si empresas con una fuerte presencia de capital público —como EDF o Gazprom— deciden adquirir participaciones significativas (al menos el 3 por 100 del capital o de los derechos de voto de la sociedad) en sociedades de ámbito estatal y que actúen en el mercado energético español, el debate se desplazará hacia el mecanismo de control previsto en la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 55/1999, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Dicho precepto suspende los derechos correspondientes a las participacio-

(29) BOE n. 50 de 28/2/2006. Se aprobaron y publicaron en el mismo boletín otras dos disposiciones generales relacionadas con el mercado de la energía. Cfr: Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el mecanismo de casación de las ofertas de venta y adquisición de energía presentadas simultáneamente al mercado diario e intradiario de producción por sujetos del sector eléctrico pertenecientes al mismo grupo empresarial; y Resolución de 24 de febrero de 2006, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se hacen públicos los nuevos precios máximos de venta de gas natural para uso como materia prima. El día siguiente a la aprobación de estas medidas por parte del Consejo de Ministros (24 febrero 2006), *El País* elegía como titular principal de la primera página: «El Gobierno intenta frenar la OPA de E.ON sobre Endesa con reformas legales».

(30) La reforma se aplica a todas las operaciones de adquisición que se encuentren pendientes de ejecución a la entrada en vigor del Decreto-Ley, salvo que con anterioridad ya hubieran obtenido la autorización de la CNE. De esta forma, la autorización previa se aplicaría a la oferta formulada por la compañía alemana E.ON sobre Endesa, pero no a la de Gas Natural, que ya pasó por este trámite.

nes que hayan adquirido las entidades de naturaleza pública o controladas en cualquier forma por Administraciones públicas. Corresponde al Consejo de Ministros, previo informe preceptivo de la Comisión Nacional de Energía, reconocer el ejercicio de los derechos políticos correspondientes o someter el ejercicio de los mismos a determinadas condiciones en atención a los principios de «objetividad, reciprocidad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos».

En definitiva, se producirán novedades que habrá que seguir con atención para tratar de delimitar conforme a la Constitución los respectivos ámbitos de la iniciativa privada y la intervención pública en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARANGÜENA FANEGO, Coral (1991): *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2004): *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BALDASSARRE, Antonio (1971): «Iniciativa económica privada», en *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffrè, Milán, págs. 582-610.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel (1999): «Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que se plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, págs. 67-108.
- (2004): «Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (Una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, págs. 65-80.
- DÍAZ LEMA, José Manuel (2004): «La liberación de las redes europeas de gas y electricidad: un estudio de las Directivas comunitarias 2003/54 y 2003/55 /CE», en *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, Año 7, núm. 21, págs. 11-56.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1999): «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy», en *RAP*, núm. 150, pág. 64.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (2003): «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», en *REAL*, núm. 291, enero-abril 2003, págs. 567-608.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1983): «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pág. 2529.
- VICIANO PASTOR, Javier (1995): *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia.