

**LA REVISIÓN JUDICIAL
DE LAS RESOLUCIONES EN
MATERIA DE CONCENTRACIONES**

REVISIÓN JUDICIAL DE AUTORIZACIONES Y PROHIBICIONES EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

Ramón TRILLO TORRES

Presidente de la Sala Tercera
del Tribunal Supremo

El título de la intervención que me ha sido asignada contiene la cuestión que debo despejar en esta Tercera Mesa de las Jornadas de la **Fundación Rafael del Pino** sobre *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, en la que se me pide que hable, con carácter general, de la revisión judicial de las autorizaciones y prohibiciones en materia de concentraciones, lo que entiendo en el sentido de que —atendiendo a una interpretación sistemática de cuál es mi oficio y cuál el de los otros partícipes en la Mesa— implica suponer que lo de mí esperado sea resaltar algunos puntos que considere de interés en el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuando ha tenido que enfrentarse a procesos cuyo objeto fuese examinar la legalidad de dichas autorizaciones y prohibiciones.

Aunque obviamente son muchas y extremadamente variadas las perspectivas, enfoques y puntos de vista que pueden adoptarse para una exposición de esta índole, voy a detenerme en cuatro aspectos que considero de relevancia en cuanto determinantes de las soluciones judiciales al tema que nos ocupa:

1.º) El Tribunal Supremo reconoce explícitamente la amplia discrecionalidad de que goza el Gobierno a la hora de autorizar, condicionar o prohibir las concentraciones, si bien en todo momento matiza esta potestad mediante la posibilidad de su control judicial sobre la base de los conceptos jurídicos indeterminados que se contienen en la Ley 16/1989, de 17 de julio.

En sentencia de 29 de marzo de 2004, relativa a la fusión de las azucareras Ebro Agrícolas y Sociedad General Azucarera, se contienen importantes manifestaciones sobre la discrecionalidad que corresponde al Gobierno en «materias sensibles capaces de afectar a la política general económica».

Así, cita el hecho de que la fusión concernida había tenido como antecedente un amplio proceso de recomposición accionarial, en el que la finalidad perseguida era garantizar la españolidad de la operación, mediante el aseguramiento de una mayoría de capital español en la sociedad resultante, de forma que en el supuesto de un cambio en el OCMA que pudiera variar el régimen de asignación de cuotas por la Comisión Europea a los Estados miembros por el de asignación directa a las empresas, la nueva situación no cogiera desprotegidas a las empresas españolas.

Pues bien, constatada esta circunstancia, la sentencia nos dice que «cierto es que aquellas medidas serían, en cualquier caso, cuestiones que incluso podrían compadecerse mal con la política liberalizadora que se pretendía, pero que en todo caso caerían fuera del estricto ámbito del control de legalidad que nos corresponde, para incidir directamente dentro del ámbito del de oportunidad y de la capacidad de decisión, en esas materias sensibles capaces de afectar a la política general económica, en las que ha de reconocerse al Gobierno un ámbito más amplio de decisión».

En la misma dirección, la propia sentencia, al pronunciarse *in genere* sobre las condiciones impuestas a la concentración, nos dice que «no cabe duda que la decisión del Gobierno constituye una manifestación de la potestad que expresamente tiene encomendada por la Ley de Defensa de la Competencia 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 qué ser idénticas a las que el Tribunal de Defensa de la Competencia 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 este caso. Discrecionalidad que surge, como ya decía la Ley Jurisdiccional de 1956 (Exposición de Motivos, apartado 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 el mismo sentido, la sentencia de 7 de noviembre de 2005, relativa a la integración de Distribuidora de Televisión por Satélite, S. A. (Vía Digital), en Sogecable, S. A., nos informa de que el Gobierno «se mueve 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. 71.2 de la Ley Jurisdiccional. Ello no significa que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad, pues como señala la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002 (caso Prosegur/Blindados del Norte), “La validez, en principio, de esta modalidad de Acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a Derecho de su contenido (ya nos hemos referido, además, a la obligatoriedad de su motivación). En la medida en que las condiciones no respondan a la finalidad que la Ley 16/1989 les asigna, o restrinjan indebidamente, más allá de lo necesario, las facultades de las empresas para decidir su política empresarial en un marco de libre competencia, dichas condiciones no serán válidas”».

2.º) Una vez fijado el ámbito discrecional reconocido al Gobierno en cuanto titular de las potestades reconocidas en el art. 17 de la Ley de

Defensa de la Competencia, también la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha detenido en el examen de las consecuencias o límites que para el ejercicio de las mismas pueda implicar el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, previsto en el art. 16 de la Ley.

Sobre este particular, la jurisprudencia parte de la naturaleza no vinculante del informe, pero lo protege exigiendo con rigor una motivación específica del acuerdo del Consejo de Ministros, en el caso de que éste se aparte, no sea acorde, con el contenido de aquél.

En esta línea, se pueden citar algunas declaraciones jurisprudenciales terminantes y precisas.

En la sentencia de 29 de marzo de 2004 se recuerda que en otra sentencia muy anterior, la de 2 de abril de 2002, ya se había dicho que en garantía de la legalidad y acierto de la resolución final del Gobierno, «el Tribunal de Defensa de la Competencia ha de emitir, en el curso del procedimiento, un dictamen preceptivo que eleva al Consejo de Ministros para que éste, a la vista de su contenido, resuelva lo que proceda. El acuerdo final debe incluir necesariamente la motivación que lo sustente, tanto más cuanto se aparte del dictamen a partir del cual se adopta. La regla general de que han de ser motivados los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos [art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre] reviste especial importancia en materia de concentraciones de empresas, dada la singular función que el legislador ha atribuido, en primer lugar, al Servicio de Defensa de la Competencia y, más tarde y sobre todo, al Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto organismo administrativo específicamente habilitado para calibrar los efectos nocivos de operaciones de esa naturaleza. Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano, quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo».

En realidad, los poderes reconocidos al Gobierno en orden a determinar el contenido de su decisión de autorizar, condicionar o prohibir la concentración, a los que me refería en el punto primero, y la intermediación informativa del Tribunal de Defensa de la Competencia plantea el gran tema —supongo que tocado en otras ponencias— de la aptitud material de los Tribunales (la formal es indiscutible, a la vista de las normas tanto constitucionales como legales vigentes) para adentrarse en unas resoluciones administrativas no solamente por naturaleza muy complejas, sino que además en sus perfiles más agudos contienen frecuentemente un mero pronóstico, no una certeza, y que además en ocasiones

son manifestaciones puras de la más alta política general económica patrocinada por el Gobierno.

Caso de clara y explícita incertidumbre del pronóstico lo tenemos en uno de los párrafos del primer voto particular que acompaña al Auto de 28 de abril de 2006, sobre medidas cautelares referentes al acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, por el que se había subordinado a la observancia de determinadas condiciones la operación de concentración económica de Endesa y Gas Natural. Al valorar el efecto conglomerado desde el punto de vista de la posibilidad de lanzar ofertas multiproducto, se recoge en el voto particular el dato de que «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 conglomerados 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».

Esta complejidad, afección a los intereses generales de la economía encomendados al Gobierno y, a veces, perplejidad e incertidumbre ante el pronóstico, determinan la reseñada dificultad del órgano judicial para alcanzar el núcleo, la sustancia y los matices de las cuestiones ofrecidas a su control de legalidad, lo que a su vez origina que los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia, del propio Servicio o de otros órganos reguladores, cuando les toca también intervenir en el procedimiento administrativo, se constituyan en elementos centrales del debate judicial, en orden a lograr una adecuada comprensión de los hechos y de la valoración que merecen, para así poderlas integrar correctamente en la calificación jurídica que compete a la justicia.

Esta dimensión de eje del debate sobre los hechos que asumen los informes luce meridiana en el mencionado Auto de 28 de abril de 2006, en el que la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros objeto del litigio fue precedido de una argumentación basada en su parte más sustancial de una amplísima cita literal de los informes evacuados por la Comisión Nacional de la Energía y el Tribunal de Defensa de la Competencia, como justificadores del

periculum in mora, de los daños irreversibles para la efectiva competencia en el mercado que la no suspensión del acuerdo podría acarrear, en el supuesto de que la demanda llegase a ser estimada.

La referencia tan fuerte a esos informes ha generado que en alguna ocasión se haya puesto en evidencia que en realidad el discurso de la resolución judicial ofrezca la apariencia de haberse desplegado más en torno a las circunstancias tenidas en cuenta por los órganos reguladores que las nuevas introducidas por el Gobierno, cuando se separa del parecer de aquéllos. Esta prevención se hizo expresa en uno de los votos particulares al Auto mencionado. En su fundamento jurídico noveno se dice que «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».

El problema de la hondura y comprensión con que el sistema judicial ha de afrontar sus pronunciamientos sobre tan complejas, inciertas materias, con frecuencia vinculadas a la más alta política económica del Estado, ha originado que algunos autores (ARIÑO, ESCRIBANO TESTAUT) evoquen la doctrina de los «conceptos judicialmente asequibles» de la que se valió el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de abril de 1997 (papeles del CESID) para entrar en la entonces inmunidad al control jurisdiccional de legalidad de los actos estrictamente políticos. Afirmó entonces el Tribunal, con respecto a los actos caracterizados como de dirección política, que «reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los arts. 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el

examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Sobre esta base razona ESCRIBANO que la noción de «conceptos judicialmente asequibles», que definen los límites y requisitos que han de guiar la actuación del Gobierno, se revela singularmente fecunda en el ámbito que nos ocupa, pues parece indiscutible que por mucho que reconozcamos (y no hay inconveniente alguno en hacerlo) un margen, amplio si se quiere, de libertad de conformación en la toma de decisiones del Gobierno, y por mucho que sostengamos ese margen de libertad en su legitimidad democrática, siempre permanecerá incólume el dato cierto de que hay un sustrato de presupuestos y requisitos condicionantes de la decisión que resultan asequibles desde la perspectiva de la legalidad y por tanto susceptible de una revisión crítica con arreglo a «la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial» (expresiones de la precitada STS de 4 de abril de 1997). Cuestiones como la ordenación de los sectores económicos en términos respetuosos con un sistema de economía de mercado, la preservación de los accionistas, etc., que se encuentran siempre en la base de cualquier intervención económica sobre los mercados, parecen comprensibles, asumibles, racionalizables y por consiguiente controlables desde el Derecho. De ahí la posibilidad evidente de su control judicial (cuestión distinta es la dificultad práctica de esa labor de control).

El profesor Gaspar ARIÑO muestra una visión más pesimista sobre el tema. Considera que es muy cierto que frente a los denominados «conceptos jurídicos indeterminados» que suelen ser de carácter técnico («casa ruinos»), moral («buen padre de familia») o jurídico («honrado comerciante», «imagen fiel», «buena fe») los conceptos y razonamientos sobre los que se basa habitualmente la regulación económica son, hoy por hoy, bastante «inasequibles» para los jueces (en general, para los juristas), por lo que su revisión puede ser muy arbitraria.

Entiende, por eso, el profesor ARIÑO que afirmar el control judicial de estas decisiones del Gobierno, aparte de ser una obviedad, no aclara cuál haya de ser el alcance del control sustantivo o material; esto es, hasta dónde pueden los Tribunales de Justicia efectuar un control del fondo de estas decisiones con las técnicas clásicas de fiscalización de los actos administrativos «típicos»: discrecionalidad jurídica o técnica, conceptos jurídicos indeterminados, control de los elementos reglados, de los hechos determinantes, abuso o desviación de poder, etc. Difícil problema. Se trata de decisiones que trascienden el contenido clásico del Derecho administrativo y que resultan difícilmente juzgables. Con-

cluye, en fin, afirmando que el Derecho público económico cuenta con unas normas bastante «inasequibles» para unos juristas carentes de formación económica y analítico-empresarial.

Como juez, deseo terminar este apartado señalando que pienso que el tema es una constante dialéctica del Derecho, especialmente del público: la capacidad de comprender, de que le sea explicado al órgano judicial el soporte de hecho al que como supuesto abstracto se refiere la norma y la constatación de su existencia en la realidad acontecida y probada. El camino puede ser pedregoso, pero siempre puede intentarse transitarlo y, desde luego, aunque mejorable, hasta ahora ha satisfecho las expectativas de una razonable tutela judicial efectiva, incluso en materia de concentraciones empresariales.

3.º) Lo hasta aquí indicado nos lleva a una nueva aseveración: la propia complejidad del concepto jurídico «competencia efectiva en el mercado», así como de los datos económicos que se manejan en este tipo de operaciones, determina que las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en los litigios atinentes a las mismas hayan ido casi siempre acompañadas de sólidos votos particulares que, en cierto modo, exteriorizan la densidad del debate.

Se puede citar, por ejemplo, el caso de la sentencia de Canal Satélite y Sogecable, en el que hay un voto particular en cuyo fundamento jurídico quinto se consideraba jurídicamente obligado que la Administración hubiera optado por determinadas medidas estructurales, en función de los criterios preferenciales a favor de las mismas marcadas por la Comisión Europea. En efecto, afirma el voto que «no puede obviarse que en este caso concurren dos circunstancias que llevan a la conclusión de que las condiciones adoptadas en relación con los concretos riesgos anticompetitivos de que hablamos resultan manifiestamente insuficientes: la existencia de medidas estructurales adecuadas para suprimir por completo dichos riesgos no inherentes a la operación de concentración por un lado y la obligación de interpretación de la Ley española de conformidad con el Derecho comunitario por otro. Esta última exigencia lleva en este caso y en atención a la preferencia a que se refiere la sentencia respecto a las medidas estructurales por parte de la Comisión Europea, a la necesidad de optar por medidas estructurales, manifiestamente más eficaces que los compromisos temporales de comportamiento. Dicha conclusión no supone poner en cuestión ni el amplio margen de discrecionalidad que en términos generales tiene el Gobierno a la hora de adoptar decisiones en este ámbito ni el carácter alternativo que, asimismo en términos generales, la Ley española de Defensa de la Competencia contempla entre las diversas medidas posibles».

En la sentencia de 29 de marzo de 2004, relativa a las Azucareras, el voto particular del magistrado señor CAMPOS hace un riguroso examen del concepto normativo de «contribución al progreso económico o social» como justificante de una autorización para concentrar empresas que, en principio, tuviese efectos restrictivos sobre la competencia, utilizando argumentos y valoraciones jurídicas que merecen ser reproducidos: «A mi juicio, dado que el “aporte” que las condiciones impuestas supongan al progreso económico y social ha de ser “suficiente” para compensar los posibles efectos restrictivos que la concentración implique para la competencia, esta cláusula abierta debe interpretarse en el sentido de que las condiciones han de ser:

A) Por un lado, necesariamente ligadas a los eventuales aspectos beneficiosos que según el art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia la concentración pueda ofrecer, esto es, mejora de los sistemas de producción o comercialización, fomento del progreso técnico o económico, aumento de la competitividad internacional, beneficios para consumidores o usuarios, entre otros. Aunque los arts. 16 y el 17 divergen en sus destinatarios (respectivamente, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Gobierno), existe entre ambos una identidad sustancial de criterios materiales, reflejo todos ellos del mismo principio de valoración de las eficiencias.

B) Por otro, legitimadoras de la dispensa de prohibición tan sólo cuando las condiciones relativas a aquellas “eficiencias” en los sectores correspondientes permitan deducir que tales eficiencias se generan de manera sustancial, inmediata y fácilmente verificable.

C) En tercer lugar, directamente proporcionales, en sus exigencias, a la intensidad de los efectos restrictivos para la competencia. De modo que ante operaciones de concentración en que la empresa resultante adquiriera un mayor poder de mercado, más rigurosas deben ser las condiciones».

En ese aspecto, cabe dejar también mencionados los votos particulares que acompañan al Auto sobre medidas cautelares dictado en el caso Endesa-Gas Natural, que expresan la profundidad y minuciosidad de la deliberación habida.

4.º) La Sala Tercera no ha dudado en acudir al planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando una duda interpretativa así se lo ha exigido.

Creo que es paradigmático, en este sentido, el caso de la fusión de las Azucareras, que, entre otras circunstancias, había sido condicionado por el Gobierno a que la fusionada enajenase a título oneroso una parte

de la cuota de producción de azúcar entre otras empresas establecidas en el territorio del Estado. La Sala preguntó al Tribunal Europeo si se oponía esta onerosidad —no al hecho de la reasignación de cuotas— a las normas de los Reglamentos 1785/81 y 193/82 del Consejo, cuestión que fue despejada por el Tribunal en el sentido positivo, esto es, en el de que efectivamente había oposición, basándose en que la asignación de cuotas tiene por finalidad ser un mecanismo de regulación del mercado cuyo objeto es garantizar la realización de objetivos de interés general que exceden de las consideraciones meramente económicas propias de una transferencia de una empresa a otra a título oneroso, siguiendo los mecanismos del mercado, de donde deriva que las cuotas no son propiedad de las empresas a las que se les asignan ni por eso pueden enajenarse a título oneroso.

No quiero terminar estas sobrias consideraciones sobre la revisión judicial de las operaciones de concentración empresarial sin aludir a dos puntos que considero relevantes en las posiciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

El primero de ellos, puramente conceptual, sin embargo puede tener —de hecho ya ha tenido— consecuencias prácticas inmediatas en la decisión judicial. Me refiero a la vinculación que se deba establecer entre la resolución administrativa que tiene por objeto tutelar el interés público en mantener una competencia efectiva en el mercado o, en su caso, una aportación al progreso económico y social y los intereses en juego en el procedimiento mercantil y financiero a través del cual se hace efectiva la fusión.

En el tan citado Auto de medidas cautelares afloran, explícitas y matizadas, dos maneras de observar esa relación.

En el voto mayoritario, el que sostiene la decisión de la Sala, se afirma con contundencia que a pesar de que no debe inadvertirse que la operación sobre la que se pronuncia tiene una doble dimensión, una marcadamente mercantil, consistente en una Oferta Pública de Adquisición (OPA), y otra de carácter competencial, consistente en la afectación que se produciría en el mercado en el caso de que la OPA fuera aceptada en los términos de la propuesta, sin embargo llegaba a la conclusión de que este último aspecto, cuya vigilancia corresponde al Consejo de Ministros con la finalidad de evitar que los efectos restrictivos de la competencia que la operación pudiese comportar cause perjuicios a los usuarios, dando lugar a peores servicios o mayores precios, tiene una autonomía suficiente (cualquiera que sea la naturaleza que se otorgue al acuerdo del Gobierno y cualquiera que sea en definitiva la voluntad mayoritaria de los accionistas) como para que en vía jurisdiccional deba

ser objeto de enjuiciamiento independiente, sin ningún tipo de restricciones y solamente en función del contenido y finalidad que las normas sobre competencia atribuye a dicho acto.

Consecuencia de esta estricta visión autónoma, en la que prácticamente todo el escenario aparece ocupado por el interés público en velar por el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, es la de que los variados intereses que se integran en lo que el propio Auto denomina dimensión mercantil de la operación son contemplados también aisladamente, no jerarquizados en función de su valoración jurídica desde el punto de vista del Derecho privado y por eso considera de sólida y protegible relevancia jurídica el interés de la empresa opada en la permanencia de su estructura, en el mantenimiento de su propio e independiente proyecto empresarial.

Por el contrario, en uno de los votos particulares se sustenta una concepción distinta: su punto de partida es el de que el examen judicial de la resolución gubernativa sobre afección a la competencia, singularmente cuando se trate de adoptar medidas cautelares, ha de tener en cuenta una contemplación panorámica del contexto jurídico en el que la operación mercantil y financiera se integra y por eso se dice en el voto que no se puede compartir 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».

Corolario de esta visión es que los intereses en juego habrán de valorarse no aisladamente, en su propia e independiente sustantividad, sino atendiendo a la valoración y protección relativa que merezcan del ordenamiento jurídico, lo que implica una jerarquización jurídica de los mismos que, en el caso de fusiones de empresas, desdibuja la posibilidad jurídica de patrocinar la permanencia de la empresa como interés autónomo, independiente de la voluntad final de los accionistas.

Por último, quiero referirme a un dato jurisprudencial que considero de especial sensibilidad para el mundo empresarial al que conciernen los fenómenos jurídicos de que se ocupan estas jornadas: el de la confidencialidad de parte de la documentación mercantil que se aporta a los procedimientos administrativos de autorización y la eventual incompa-

tibilidad de aquella condición con el derecho a la defensa y plenitud de debate y conocimiento propios del proceso judicial.

Sobre este problema hay una recientísima decisión del Tribunal Supremo, la contenida en un Auto de 5 de octubre de 2006, cuyos pronunciamientos de más relevancia creo que pueden resumirse en los siguientes:

1.º) El ordenamiento ha otorgado una amplia y rigurosa protección a los secretos comerciales.

2.º) La protección de estos secretos, cuando han recibido la consideración oficial de confidenciales, se extiende en principio al proceso, aunque la Ley de la Jurisdicción aluda solamente a los secretos oficiales.

3.º) La declaración de confidencialidad está reservada por el ordenamiento jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un *status* de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no sólo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica. Es precisamente la trascendencia social y económica de los datos que a través de esa declaración se protegen y su asentamiento en el juicio técnico de unos organismos que gozan formal y materialmente de reconocida autoridad científica en ámbitos tan intrincados y especializados lo que justifica que no basten simples afirmaciones de principio, incluida la de que la documentación ha sido vista por el órgano administrativo informante o decisor, para que proceda hacer un levantamiento de la confidencialidad en el ámbito procesal.

4.º) Habiéndose solicitado en el caso que se resolvía en el Auto cuyo contenido resumo que la confidencialidad se levantase por la vía de reclamar que el expediente fuese completado, la Sala remitió la cuestión al período de prueba, sobre la base de la siguiente argumentación: «hallándonos en el caso que nos ocupa ante materias técnicamente complejas y delicadas, entendemos que nuestra decisión sobre el levantamiento de la confidencialidad en este proceso requiere de un sólido soporte argumental que no ha sido aportado y que quizás sólo puede adoptarse con plenitud de criterio una vez evacuados los escritos procesales de demanda y contestación, pues será a través de su examen y valoración cuando podremos apreciar hasta qué punto el acceso singularizado a cada uno de los documentos declarados confidenciales resulta necesario para la articulación y acreditación de un razonamiento impug-

natorio frente a la resolución administrativa que constituye el objeto litigioso. Por consiguiente, aun cuando en este trámite del art. 55 LJCA no apreciamos razones para la entrega de la documentación confidencial que los actores reclaman, menos aún con el carácter genérico y global con que lo hacen, nos reservamos un juicio definitivo sobre la cuestión una vez consumado el trámite de demanda y contestación. A estos efectos, el momento procesal oportuno será probablemente el período de prueba, en la medida que los actores razonen en su demanda la necesidad de acreditar puntos de hecho cuya efectiva valoración y contraste requiera necesariamente del acceso a concretos documentos declarados confidenciales, pues si así efectivamente se razona, podremos acordar que en el ramo de prueba correspondiente se levante la confidencialidad de esos documentos y se pongan a disposición de las partes para su examen y posterior argumentación en torno a los mismos».