

MEDIDAS CAUTELARES Y CONTROL DE CONCENTRACIONES

Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA
José M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA
Socios DLA Piper

Dada la sensata limitación de la dimensión de las contribuciones para esta publicación, nos concentramos en examinar brevemente la naturaleza del juicio cautelar en lo que respecta al control de concentraciones, y contrastar la misma con recientes pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Evidentemente no pueden obviarse, en este contexto, los autos del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 y 15 de enero de 2007 en el asunto *Gas Natural/Endesa* y contrastar los mismos con la serie de pronunciamientos que culminaron en el auto de 16 de mayo de 2003 en el asunto *Sogecable/Vía Digital*.

Nuestros breves comentarios parten de considerar que la revisión jurisdiccional se limita a realizar un juicio de validez sobre una previa decisión administrativa relacionada con el bien jurídico de la competencia objeto del sistema de control de concentraciones. No tratamos sobre la facultad de la autoridad administrativa de adoptar medidas cautelares en el procedimiento administrativo.

Igualmente, y en términos generales, el supuesto que tratamos es el de revisión de un acto administrativo que permite la ejecución de una operación de concentración. Por tanto, la posición jurídica que examinamos específicamente como solicitante de la medida es la de un ter-

cero ajeno a la operación (un competidor, proveedor, accionista, trabajadores etc.) o la de una empresa afectada cuyo órgano de administración rechaza una oferta de adquisición como en el mencionado caso. No discutimos si una decisión de prohibición puede ser suspendida: es un debate que se ha producido, con resultado negativo, en asuntos en los que se impugnaban decisiones del TDC negando una autorización singular. En estos casos la Audiencia Nacional ha interpretado que la suspensión era equivalente a la concesión de la autorización del acuerdo, por lo que ha optado por no interferir en sede cautelar. Si bien debe advertirse que no es lo mismo un acto que niega una autorización a un acuerdo prohibido que un acto que se limita, razonadamente, a no oponerse a la ejecución de una concentración, nos parece que la solución preferible es la modificación de las normas procesales con objeto de acelerar la revisión judicial de estos actos administrativos.

Por otro lado, no nos ocupamos de la posible casuística que atañe a la solicitud de medidas cautelares respecto de condiciones a las cuales se subordina la aprobación de la operación: en principio, el procedimiento de control de concentraciones nacional evoluciona a un sistema en el que las empresas afectadas proponen los remedios a los problemas de competencia, y, por tanto, esta cuestión puede darse solamente en los casos en los que una condición afecta a un interés legítimo de un tercero. En estos casos debe sopesarse la adopción de medidas en atención a los efectos sobre los terceros¹.

Finalmente analizamos la cuestión partiendo de la inexistencia de un tratamiento legal de la tutela cautelar diferenciado en Derecho de la competencia, que se separe del principio tradicional de ejecutividad del acto administrativo, dada la presunción de legalidad en el que se sustenta la excepcionalidad de cautelares en nuestro Derecho². Por esta razón resulta poco útil tratar en este contexto la conocida resolución cautelar del Oberlandesgericht de Dusseldorf de 25 de julio de 2002 en la concentración *E.ON-Rhurgas*³. Aunque es cierto que el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia adopta, con matices, el modelo institucional alemán, este tema no se ve afectado. Por tanto no es previsible que las futuras decisiones del Gobierno en contradicción con la decisión de aprobación de una operación por la futura Comisión Nacional de Competencia (CNC)

¹ Auto del presidente del TPI en el asunto T-88/94 R, Rec. p. II-401, de 15 de junio de 1994, *Kali & Salz*. Socio de empresa conjunta cuya disolución es condición de aprobación de la operación.

² Arts. 56, 57 y 94 LPAC y art. 103.1 CE. Similar presunción de legalidad de los actos de las instituciones, en tanto no hayan sido revocados o anulados, existe en Derecho comunitario (STJCE de 15 de junio de 1994, *Comisión/BASF y otros*, C-137/92 P, Rec. p. I-2555, apartado 48). Otra cosa es el alcance y profundidad de la revisión jurisdiccional de acto en esta materia.

³ La Ley alemana de competencia prevé que la autorización ministerial de una concentración prohibida por el Bundeskartellamt (art. 42 GWB) no esté excluida del principio general de sus-

deban tener un tratamiento cautelar diferenciado: sin embargo, dado que en nuestra opinión el Tribunal Supremo, en el auto de 28 de abril de 2006, ha alterado el actual sistema institucional de la LDC no reconociendo al Gobierno la naturaleza de una autoridad de competencia, resulta interesante preguntarse cómo abordará el Tribunal decisiones del Gobierno que, en su momento, contradigan a la CNC. Esperemos que, en estos casos, el Supremo sí que lleve a cabo un verdadero examen del interés público bajo tutela.

Comenzamos, en todo caso, por una descripción de la naturaleza del procedimiento de control de concentraciones, y los principios relativos a su revisión jurisdiccional, con objeto de situar la cuestión de la protección cautelar en su contexto.

El examen de una operación de concentración consiste en valorar si la misma altera la estructura de un mercado de forma que se pueda obstaculizar significativamente la competencia efectiva. El obstáculo significativo a la competencia debe ser la «consecuencia directa e inmediata de la concentración»⁴ y, por tanto, no cabe apreciar un obstáculo significativo a la competencia ajeno a la operación que se examina.

En esa valoración incumbe a las autoridades de la competencia verificar que los efectos en la competencia sean «previsibles o constatados»⁵. Incumbe por tanto a las autoridades de competencia la carga de la prueba respecto a los efectos en la competencia: «Procede recordar que, en virtud del art. 2, apartado 2, del Reglamento núm. 4064/89, la Comisión debe declarar (“declarará”) compatible una operación de concentración que no cree ni refuerce una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común. De ello se desprende que incumbe a la Comisión probar que una operación de concentración no puede ser declarada compatible con el mercado común»⁶.

La obligación de probar la existencia de un obstáculo significativo a la competencia implica una demostración efectiva de que los efectos

pensión del acto administrativo establecido en el art. 64 y, especialmente, art. 65 GWB en el que existe el deber del Tribunal de suspender el acto, sin ponderación alguna de intereses, en el caso de que existan serias dudas sobre su legalidad.

⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-242/99, Rec. p. II-2585, apartado 58, de 19 de mayo de 1994, *Air France/Comisión*, T-2/93, Rec. p. II-323, apartados 78 y 79, y de 25 de marzo de 1999 *Gencor/Comisión*, T-102/96, Rec. p. II-753, apartados 94, 170 y 180.

⁵ STPI 25 de octubre de 2002, asunto T-5/02 *Tetra-LavaL*. Rec. p. II-4381, y sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03 P, Rec. p. I-987.

⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005 *EDP*.

derivados de la operación impiden la competencia. No basta con afirmaciones generales relativas al grado de concentración de un determinado mercado ni, por supuesto, elecciones arbitrarias, por muy legítimas que sean, respecto a la estructura y condiciones de competencia que deben existir en un mercado.

Éste es un principio reconocido de forma consistente por la jurisprudencia comunitaria que tiene una clara incidencia sobre la revisión jurisdiccional de estos actos. Por ejemplo: «Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado»⁷.

En este contexto debe recordarse que, como ha declarado el Tribunal Supremo, es «menos restrictiva de la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación». Por tanto el rechazo de una operación «únicamente cabe acordarlo cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos en la competencia»⁸. No basta demostrar que existen efectos significativos en la competencia derivados de la operación. Es preciso, además, desechar razonadamente la posibilidad de aprobar una operación con condiciones que resuelvan los problemas de competencia.

La posición del Tribunal Supremo es perfectamente coherente con la del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas⁹: «En consecuencia, por una parte, la Comisión tiene el deber de examinar una operación de concentración tal como ha sido modificada por los compromisos válidamente propuestos por las partes de la operación (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, ARD/Comisión, T158/00, Rec. p. II 3825, apar-

⁷ Sentencia *Tetra Laval* ya citada. Véase también apartado 63 de la sentencia de 14 de diciembre de 2005, asunto T-210/01 *General Electric*.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2005 *Vía Digital/Sogecable*.

⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005 *EDP*.

tado 280) y, por otra parte, la Comisión no puede declararla incompatible con el mercado común más que si estos compromisos son insuficientes para impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que tenga como consecuencia un obstáculo significativo para una competencia efectiva».

Es preciso, por tanto, que se discuta en detalle cada una de las condiciones propuestas o posibles con objeto de demostrar razonadamente que las mismas no eliminan el problema de competencia. Como señala el Tribunal de Primera Instancia en la misma sentencia, que es de indudable trascendencia para el examen de la cuestión que proponemos:

«Por otra parte, el hecho de que el punto 6 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables señale que “es responsabilidad de las partes demostrar que las soluciones propuestas [...] eliminan la creación o fortalecimiento de tal posición dominante determinada por la Comisión” no puede modificar esta situación jurídica. Incluso suponiendo que la Comisión pretenda así hacer recaer sobre las partes de una operación notificada la demostración —que se corresponde con los intereses de éstas de la eficacia de los compromisos propuestos, no puede llegar a la conclusión de que, en la duda, está obligada a prohibir la operación—. Por el contrario, corresponde en última instancia a la Comisión demostrar que tal operación, en su versión modificada, en su caso, por compromisos, debe ser declarada incompatible con el mercado común por persistir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que obstaculiza significativamente una competencia efectiva. Resulta de lo anterior que corresponde a la Comisión demostrar que los compromisos válidamente presentados por las partes en una operación de concentración no convierten esta operación, así modificada por tales compromisos, en compatible con el mercado común».

En cuanto al objetivo que deben perseguir las condiciones que permiten la aprobación de la concentración así legalmente modificada, y respecto al cual debe apreciarse la adecuación y proporcionalidad de las mismas, el Tribunal Supremo ha señalado¹⁰ que «la finalidad del control de concentraciones es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, pero no hacer desaparecer los límites competenciales ya existentes (...) pues lo suyo es evitar que la restricción sea mayor a la existente, y no establecer elementos regulatorios que atenten contra la libertad de mercado, cambiando su funcionamiento».

¹⁰ Sentencia de 7 de noviembre de 2005 *Vía Digital/Sogecable*.

Por tanto la autoridad de competencia viene obligada a justificar la condición que impone respecto al obstáculo a la competencia relacionado con la operación. Esto es parte obligada de la revisión del acto administrativo. Y, además, la Sala también sostiene que, enfrentada a dos alternativas igualmente válidas y eficaces, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los derechos de los particulares: «Se trata, en definitiva, de hacer realidad la norma según la cual el contenido de los actos de intervención debe ser congruente con los motivos y fines que los justifiquen y, si fueren varios los admisibles, debe elegirse el menos restrictivo de la libertad individual»¹¹.

Estos principios (identificación del problema de competencia y nexos con la operación, respeto al principio de proporcionalidad, relación entre las condiciones y el problema de competencia, y necesidad de razonar sobre la imposibilidad de aplicar condiciones para poder prohibir una operación) se traducen en una técnica de intervención administrativa que parte del principio de libertad de empresa como derecho constitucionalmente reconocido y que aparece descrita en el art. 15 LDC en su actual redacción: «la operación de concentración no podrá llevarse a efecto, ni antes de ser notificada, ni antes de que la Administración manifieste de forma expresa o presunta, su no oposición a la misma, o la subordine a la observancia de condiciones determinadas». Es decir, ejercicio del derecho sometido a la exigencia de su previa notificación a la Administración con la prohibición de ejercerlo antes de esa notificación o durante el plazo posterior a la misma que se concede a la Administración para manifestar su oposición. De ahí que la ejecución de una operación sin autorización no tenga como sanción la nulidad de la misma con la obligación de disolverla sino, acaso, la apertura de un expediente sancionador por el incumplimiento de la obligación de notificación.

Esta breve descripción de la naturaleza del procedimiento de control sitúa el contexto de lo que aquí tratamos. Así, según el art. 130 de la LJCA, «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso». El apartado dos de esta disposición establece que, no obstante, podrá denegarse si de la misma «pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero».

Por otro lado el art. 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia dispone que las demandas de medidas provisionales deben especificar el objeto del litigio, las cir-

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 *Blindados del Norte/Prosegur*.

cunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista (*fumus boni iuris*) la concesión de la medida provisional solicitada. Estos requisitos son acumulativos, de manera que las medidas provisionales deben ser denegadas cuando no se dé alguno de ellos¹².

La interpretación de esta disposición se encuentra bastante asentada en la jurisprudencia. Conforme a ella resulta que, en primer lugar, el único criterio positivo para adoptar una medida cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso: de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles que imposibilitarían el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos con merma del principio de identidad. Por su parte en Derecho comunitario la disposición citada del Reglamento de Procedimiento establece que las solicitudes de medidas cautelares deben especificar las circunstancias que den lugar a la urgencia. Por tanto en Derecho comunitario se enfoca la cuestión desde la existencia de urgencia de actuar para evitar que se ocasionen un daño grave e irreparable al solicitante, lo que es diferente a un enfoque basado en el examen de la finalidad última del procedimiento principal¹³.

Esta diferencia de análisis no parece afectar al examen específico de la admisibilidad de la medida solicitada. Sin perjuicio de la pobre evolución de las medidas cautelares positivas en Derecho de la competencia nacional, tanto en éste como en Derecho comunitario la medida que se solicita debe conectarse con las pretensiones del procedimiento principal, pues su objeto debe ser asegurar la efectividad de la sentencia¹⁴. Por tanto la naturaleza de las medidas que se solicitan es relevante tanto con relación a los límites al ejercicio de la facultad jurisdiccional (art. 71.2 LJCA y principio de separación entre administración y jurisdicción), como en lo que se refiere al destinatario de las medidas y su contenido concreto que debe respetar, algo confirmado recientemente por el Tribunal Supremo (auto de 15 de enero de 2007), el principio de proporcionalidad¹⁵.

¹² Auto del presidente del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1996, SCK y FNK/Comisión, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, apartado 30.

¹³ Auto del presidente del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1986, *Deufile/Comisión*, 310/85 R, Rec. p. 537, apartado 15, y auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 1999, *Pfizer Animal Health/Consejo*, T-13/99 R, Rec. p. II-1961, apartado 134.

¹⁴ Auto de 6 de abril de 1999, apartado 33 del auto del presidente del TPI de 10 de mayo de 2004, asunto T-88/94R *Kali*, y auto del presidente del TPI asunto T-322/94R *Union Carbide*.

¹⁵ Negativa del Supremo a sustituir una medida cautelar de suspensión del acto impugnado por la suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas en caso de OPA. La Sala estima que esta medida, además de desproporcionada, no puede equipararse a la suspensión como «sanción» establecida en el art. 60 LMV ni, por supuesto, al caso contemplado en el art. 7.2 del Reglamento 139/2004 que contempla la suspensión de esos derechos mientras se sustancia el pro-

Sin embargo, la diferencia de enfoque respecto del examen de este criterio sí que tiene incidencia en la materia que tratamos respecto de a quién debe atribuirse el daño irreparable que se alega.

En efecto, el principio del que, creemos, debe partirse es que el daño debe ser del solicitante¹⁶, no el de un tercero ajeno al proceso. El criterio de urgencia comunitario se refiere a la posición jurídica del solicitante, el cual, como se sabe, debe aportar indicios de la probabilidad del daño. Ahora bien, aparte de que se excluyan daños hipotéticos o potenciales, lo cierto es que el juez comunitario no examina bajo este criterio perjuicios que, derivados de la ejecución del acto, no están relacionados específicamente con la posición jurídica del solicitante. Los supuestos perjuicios a terceros o al interés general son examinados, en su caso, al ponderar los intereses que concurren en el proceso¹⁷.

Dicho de otra forma, el juez comunitario no tiene en cuenta los efectos en la competencia que se derivan de la ejecución de una decisión de la Comisión como criterio para apreciar la existencia de urgencia. No cabe duda de que este diferente enfoque implica, también, una apreciación distinta de la posición del *fumus boni iuris* en el discurrir lógico del juez de medidas cautelares, y, por ello, tiene sus consecuencias sobre qué límites tiene el juez cautelar a la hora de ponderar el interés público.

Ahora bien, si se concentra el debate en el fin legítimo del recurso, y no en la urgencia propia del solicitante, es lógico concluir que la finalidad del proceso en esta materia no puede ser otra que evitar los efectos restrictivos para la competencia que la autoridad de competencia o bien no hubiese sabido apreciar correctamente o bien no hubieran sido suficientemente resueltos por las condiciones adoptadas. No puede haber, creemos, otra conclusión. La identidad entre la situación actual y la que habría que alcanzarse en caso de sentencia estimatoria, la reversibilidad de la situación jurídica creada por la ejecución del acto, debe descansar, si se acepta la legitimidad para el solicitante de invocar la urgencia de evitar este daño al «interés público», en la identidad y preservación del bien jurídico protegido que se preserva por la decisión final, y éste es el del mantenimiento de la competencia efectiva.

Planteando el juicio cautelar de esta forma, se debería determinar si la ejecución del acto haría perder al recurso su finalidad mediante el

cedimiento administrativo. En realidad, en las circunstancias del caso, la solicitud de modificación de la medida acordada se aparecía como equivalente a un desistimiento de la acción.

¹⁶ Por ejemplo, STS de 27 de abril de 2004, ATS 16 de julio de 2004, 4 de mayo de 2005, etc.

¹⁷ Entre muchos otros, apartado 37 del auto del presidente del TPI de 1 de febrero de 2006 *Endesa*.

examen de los efectos que sobre la competencia puede originar la ejecución del acto administrativo. Ello tiene varias consecuencias:

La primera es que se reconoce al solicitante de la medida una posición jurídica por encima de su propio interés legítimo, lo que puede producir situaciones que objetivamente son extrañas: si el Tribunal reconoce que la medida es necesaria para evitar un perjuicio irreparable a la competencia, la producción de dicho daño dependerá de la voluntad del solicitante. Este último podrá desistir del procedimiento, y por tanto decae la medida, una vez obtenidos sus particulares objetivos, los cuales podrán ser legítimos, sin duda, pero que en su caso deben ser ponderados con el interés público y el de terceros. Bien es cierto que el Tribunal puede rechazar el desistimiento cuando aprecie un daño para el interés público (art. 74.2 LJCA) pero no parece probable si la Administración no se opone al mismo¹⁸.

En este contexto el auto de 15 de enero de 2007 del Tribunal Supremo en el asunto *Endesa/Gas Natural* tiene mucho interés, incluso apreciando que es obvia la evidente excepcionalidad de este asunto. En este auto el Supremo reconoce expresamente que el solicitante de una medida, concedida en atención a los supuestos perjuicios que se producen al interés general, obtendrá su levantamiento cuando le interese incluso en ausencia de un hecho nuevo (hecho que, por definición, debería ser capaz de atenuar el perjuicio al interés público derivado de la ejecución).

En efecto, ante una petición de modificación de una medida cautelar (en el caso la suspensión acordada en el anterior auto de 28 de abril de 2006), y admitiendo la inexistencia de novedad alguna que justificara el levantamiento de la medida por el solicitante original de la misma (art. 132 LJCA), la Sala llega a la conclusión de que es preciso atender esta solicitud, contradictoria con la primera, atendiendo a una novedosa interpretación de su propia competencia: a saber, que el principio dispositivo es aplicable en todo caso al incidente cautelar y, por tanto, las medidas no son más que un instrumento de garantía completamente subordinada al proceso principal, «de la que las partes pueden hacer uso si les interesa a fin de procurar el eventual éxito real de su pretensión». Es decir, el solicitante de una medida cautelar que se acuerda por el perjuicio al interés público de mantener la competencia efectiva en los mercados (el sacrosanto interés de los consumidores), podrá obtener el levantamiento de esa medida porque, como explica la Sala, el derecho a la tutela judicial efectiva no puede obligar a la parte a «asumir, en contra

¹⁸ Similar posibilidad de continuación del proceso se contempla en el art. 75 LJCA (allanamiento), art. 77 LJCA (transacción) o art. 76 (satisfacción extraprocésal).

de sus propios intereses en el proceso, la carga de la protección de un interés público que —repetimos— sólo está bajo escrutinio del poder judicial precisamente porque ha habido alguien que de forma libre y voluntaria ha puesto formalmente en cuestión la legalidad de una actuación administrativa a cuyo examen de ningún modo hubiesen podido acceder los Tribunales de no concurrir esta circunstancia»¹⁹.

Esta interpretación implica, nos parece, eliminar cualquier consideración del interés público en el juicio cautelar establecido en el art. 130 LJCA, aparte de que sea en nuestra opinión contradictoria con el principio del mantenimiento de las medidas acordadas excepto en los casos tasados establecidos en el art. 132 LJCA. Ahora bien, lo que nos parece claro es que si se adopta una medida en protección del interés público (hasta el punto de reconocer que los demás intereses presentes son del todo irrelevantes, incluyendo, por cierto, los de los accionistas en este caso), no se puede entender que se acuerde su levantamiento sin que, como poco, se examine el efecto de dicho levantamiento en el interés público antes digno de protección. Esta omisión es evidente y es más importante que constatar que la Sala está permitiendo, con esta aproximación, la utilización del proceso con fines particulares. En fin, el auto viene a consagrar el derecho del solicitante de la medida a decidir el grado de protección del interés público en mantener la competencia efectiva que requiere «su» proceso y «su» interés. No cabe duda que, incluso si se puede entender que se pretenda corregir una situación creada por un pronunciamiento previo, esta solución es menos apropiada que justificar la concesión de la medida, exclusivamente en el perjuicio irreparable que se causa, esta vez sí, al solicitante²⁰.

La segunda consecuencia de adoptar medidas cautelares en este ámbito sin atender solamente a la irreparabilidad del perjuicio al que las solicita, es que situar el debate del daño irreparable en el contexto del daño a la competencia que produciría la ejecución, obliga a anticipar el análisis de fondo del asunto. Si el examen de competencia de una operación de concentración es de por sí suficientemente complejo y, como hemos visto, plantea en gran parte de los casos problemáticos una discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de condicionar la operación, es evidente que el análisis del daño irreparable a la competencia en sede cautelar debe, por definición, plantearse si las condiciones de aprobación de la operación resuelven o no el problema de competencia. Si esto

¹⁹ FJ séptimo del auto de 15 de enero de 2007.

²⁰ De ahí que valga la pena citar el voto particular del Excmo. Sr. magistrado Eduardo Espín en el que con la concisión que hubiera requerido este asunto despacha la cuestión brevemente: «habiéndose opuesto en su momento a la adopción de la medida, no cabe ahora su levantamiento».

es así, si de lo que se trata es de examinar el *fumus* en el marco del examen de la existencia de un daño irreparable, es preferible modificar el incidente cautelar para que el Tribunal pueda contrastar «anticipadamente» si la decisión de aprobación (con o sin condiciones) crea un daño irreparable a la competencia. En caso contrario el incidente se convierte en una sucesión de meras proposiciones apodícticas.

En el mismo asunto merece la pena destacar el auto de la Audiencia Provincial de 15 de enero de 2007 en el mismo asunto en el que revoca la suspensión acordada de una operación de concentración previamente por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid, de nuevo en el mismo asunto. Sin entrar en la contundencia del Auto de revocación, se resalta la claridad del juicio cautelar respecto al lugar que debe ocupar el *fumus boni iuris* en el juicio cautelar. Pues, en efecto, el juez de instancia había señalado (de nuevo con independencia del fundamento material) que cabrá la adopción de la medida salvo en los casos en que resulte aparente que se desechará íntegramente la demanda. Es decir, que basta la mera posibilidad de que se estime una demanda (incluso la más descabellada), para poder adoptar una suspensión de una concentración. El auto de revocación, previamente a embarcarse en un análisis contundente sobre la inexistencia en este caso, siquiera, de dicha posibilidad, recuerda que las exigencias de la LEC en este tema son precisamente las contrarias: sin prejuzgar el fondo del asunto, de lo que se trata es de apreciar que lo más probable es que la demanda tenga éxito y ello sobre la base de los indicios o pruebas que aporte la solicitante.

Por el contrario, esta cuestión creemos que está incorrectamente tratada en el auto de 28 de abril de 2006 del Tribunal Supremo en el que se acuerda la suspensión de la misma operación esta vez englobando un análisis escaso del *fumus* detrás de un supuesto perjuicio irreparable al interés general. Como sabemos, en dicho auto se considera, en sede cautelar, que de la operación de concentración económica se derivan efectos restrictivos para la libre competencia en los mercados energéticos, que dichos efectos nocivos o perjudiciales no son adecuadamente reparados mediante las condiciones impuestas en su Acuerdo por el Consejo de Ministros, y que, por tanto, lo procedente o conforme a Derecho y a los preceptos de la LDC era prohibir tal concentración o declararla improcedente, para lo que el Consejo de Ministros se hallaba habilitado por el art. 17.1.c) LDC, tal como propuso el previo informe del TDC.

Sin embargo, el auto no examina las condiciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros lo que constituye, quizá, un peligroso precedente para el trabajo futuro de la CNC. El Tribunal se limita a señalar que las condiciones harían «más irreversible» el daño, debido a «su

carácter estructural con desinversiones que difícilmente permitirían recomponer el panorama actual de los mercados de gas y electricidad». Por tanto se enjuicia un elemento discrecional y perteneciente al fondo, como son si las condiciones impuestas en una operación son o no apropiadas al objetivo de mantener la competencia efectiva, pero de forma completamente superficial. Ello representa un problema, pues la concentración con las condiciones para su aprobación es, técnicamente, la concentración modificada. Es decir, no son las condiciones ajenas al proceso de concentración que se examina. Son parte de la misma.

En efecto, aparte de la artificial distinción respecto a la naturaleza de las condiciones que contiene el auto (en general el debate sobre la naturaleza estructural o de conducta de las condiciones está superado), la primera consecuencia de este análisis es que se disocia el debate sobre el daño a la competencia que produce una operación, de la «verdadera» operación que no es otra que la condicionada. En palabras de uno de los votos particulares relativos a este asunto, «el auto no razona por qué los concretos términos en que el Consejo de Ministros autoriza la OPA (realmente no hay tal autorización sino la aprobación con condiciones de la concentración proyectada) y las razones que expresa para justificarlos son insuficientes para paliar su alcance anticompetitivo»²¹.

Sin embargo, ya hemos visto que la misma Sala había señalado que el sometimiento a condiciones de una operación es menos restrictivo de la libertad de empresa y, por ende, preferible, y que la concentración no puede ser prohibida más que cuando sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia que la concentración pueda generar. Por tanto, lo lógico es concluir que no se puede afirmar sencillamente que porque las condiciones son irreversibles al alterar el panorama actual se justifica la suspensión: debía haberse contrastado el juicio acerca de la imposibilidad de establecer condiciones idóneas, con las que efectivamente se establecieron, para concluir, en su caso, que el TDC llevaba razón en su predicción y que, efectivamente, no se han podido hallar tales medidas.

Por otro lado, la pretensión de nulidad debe necesariamente razonar que el acto de aprobación de la operación es nulo porque la concentración debía haber sido prohibida y, lógicamente, porque la concentración debía haber sido objeto de condiciones diferentes (más «duras» en el lenguaje que se utiliza, lo que indica una cierta forma de entender la naturaleza de las condiciones en Derecho de la competencia). En fin, la propia pretensión reconoce la posibilidad de condicionar la operación,

²¹ FJ noveno del voto particular del Excmo. Sr. presidente de la Sala.

lo que puede extenderse, incluso, a sugerir qué condiciones deberían haberse impuesto en vez de las finalmente aplicadas.

En fin, el problema de la admisibilidad en nuestro Derecho de la sobreponderación del criterio de finalidad legítima del recurso, sobre el carácter urgente de la medida para evitar un daño directo y personal del solicitante, es que, como antes señalábamos, se acabe por confundir el *periculum* con el *fumus*. El riesgo adicional es que, como hemos visto en este auto, ni siquiera se examine ese *fumus* de forma plena. Esperamos pues que el auto de 28 de abril de 2006 sea convenientemente omitido en el futuro atendiendo a las especiales circunstancias de este asunto.

Creemos que la posición del *fumus* en el incidente cautelar debe ser necesariamente auxiliar. Desde el punto de vista del Derecho comunitario el *fumus* se coloca en una posición negativa, que es, a nuestro juicio, lo más adecuado. Es decir, no se trata tanto de identificar la posibilidad de éxito del recurso, como el apreciar su no manifiesta falta de fundamento según una valoración sumaria. Salvo los casos de impugnación jurisdiccional de inactividad administrativa y vía de hecho, en que el *fumus* es elemento determinante con arreglo a la regulación contenida en el art. 136.1 LJCA, el elemento relevante para adoptar la medida cautelar, ya sea ésta la suspensión de la ejecutividad, ya otra de cualquier clase, sigue siendo el *periculum in mora*. Esta interpretación ha sido reconocida por la jurisprudencia²² de forma que debería evitarse pre-juzgar el fondo del asunto, ya que es obvio que el incidente de suspensión no es el trámite adecuado para decidir sobre el fondo.

Sólo y exclusivamente cuando el acto recurrido aparezca manifiestamente afectado de invalidez o cuando actos de esa misma naturaleza hayan sido ya anulados, este elemento del *fumus* se sitúa en un primer plano, pudiendo considerarse determinante de la medida cautelar. Se trata de cuestiones que atañen a vicios de nulidad de pleno derecho de los comprendidos en el art. 62.1 de la LRJPAC: por ejemplo, la incompetencia para adoptar el acto, un vicio de procedimiento que causa indefensión, un contenido imposible del acto y una patente falta de motivación legalmente exigida por el art. 54.1 LRJPAC²³.

²² Entre muchas otras, sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2003.

²³ Sobre este último aspecto, resulta interesante volver al auto de 28 de abril de 2006 mencionado, dadas las consecuencias para el sistema institucional de procedimiento administrativo en múltiples fases de este tipo de sistemas de control. En dicho asunto la medida se adopta, en última instancia, en razón de que el acto se aparta del dictamen del TDC. Pero el auto no cuestiona que la decisión no haya motivado la razón por la que se aparta de dicho dictamen. Por tanto, se trata de que el informe del TDC pierde en realidad su carácter de no vinculante (art. 83.1 LRJPAC). Ello tiene indudables consecuencias prácticas para el actual sistema de control.

En todo caso el problema ya se encontraba en la jurisprudencia resuelto por la misma Sala de forma contraria al auto comentado. Así el auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 (asunto *Vía Digital/Sogecable*) señalaba que el *periculum in mora* no puede significar que «de no adoptarse la medida cautelar, no podría lograrse la reproducción mimética de la situación previamente existente, pues si así fuera en estos temas de competencia en el mercado, la suspensión de los actos recurridos transformaría lo que es excepción en regla, al ser difícil, por no decir imposible, que se vuelva a una situación anterior de idénticas características a las existentes antes de la concentración... Es indudable que el dinamismo del mercado habrá ocasionado variaciones en la competencia durante el tiempo que tarde en resolverse el recurso y que será imposible reproducir el estado precedente, caso de sentencia estimatoria. *Ahora bien, ello no implica sin más que se haya impedido alcanzar la finalidad legítima al recurso.* Si ésta, en el caso presente, es evitar los daños que a la competencia se ocasionan con la concentración puede decirse que al menos durante la sustanciación del recurso no se aprecia que se vayan a producir de forma irreversible pues [...] El art. 17.1 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reconoce que la concentración lleva implícita generalmente un efecto restrictivo de la competencia y a pesar de ello no la prohíbe pero la palia mediante la posibilidad de establecer limitaciones»²⁴.

Por tanto, la apreciación del daño a la competencia como un daño irreparable que el solicitante estaba legitimado a invocar, se solucionaba afirmando que, en última instancia, todo eventual daño a la competencia era remediable. Por decirlo de otro modo, que la finalidad de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones del solicitante no puede ser el restablecer el «panorama actual de los mercados» de la competencia que se ve alterada por la medida.

En efecto, todas las concentraciones, de cualquier naturaleza, y todas las condiciones o compromisos a los que se sujeta una operación de esta naturaleza, modifican el «panorama actual» de todos los mercados. De hecho los mercados varían constantemente, por lo que preservar el panorama actual de los mismos puede ser una opinión respetable²⁵, pero cla-

²⁴ En este aspecto, como en muchos otros, la contradicción entre ambos autos es insuperable. Incidentalmente el auto de 28 de abril de 2006 es consciente de la contradicción entre ambos asuntos y excepcionalmente compara ambos mercados para intentar justificar su posición. Sin embargo, no compara «daños» a la competencia en ambos asuntos, lo que produce cierta perplejidad.

²⁵ De hecho ésta es la teoría de daño a la competencia del informe del TDC en el asunto objeto del auto de 28 de abril de 2006: la necesidad de preservar conglomerados asimétricos de gas y electricidad.

ramente no es un objetivo de un sistema de competencia. Por tanto la ejecución de una eventual sentencia estimatoria no debe tener por objeto restaurar las condiciones del mercado a las existentes a la fecha del acto anulado por dicha sentencia.

En este contexto es posible ir un poco más allá y apreciar que, en última instancia, los efectos en la competencia (no en el panorama actual de los mercados) de una operación de concentración son siempre reversibles, pues, por definición, la ejecución de una eventual sentencia estimatoria no puede tener por objetivo volver atrás, sino, obviamente, restablecer las condiciones de competencia efectiva que sean las más adecuadas a la fecha de la anulación del acto. Ésta es la regla prevista en la LDC (art. 17 LDC: «ordenar las medidas apropiadas para el restablecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración») que en ello se ajusta también a lo que establece el Derecho comunitario (art. 8.4 del Reglamento 139/2004²⁶).

Podría decirse que admitir que los efectos en la competencia son siempre reversibles parece un tanto excesivo cuando, como es nuestro caso, el procedimiento de revisión puede extenderse fácilmente más de dos años (lo que creemos es el mayor problema que afronta la función revisora en Derecho de la competencia). Por ejemplo, si la operación se anula porque se estima que la Administración cometió un error de apreciación al no considerar que la misma daba lugar a una empresa con la capacidad de fijar precios excesivos sin estar constreñida por la competencia, los accionistas de dicha empresa se habrán beneficiado durante un tiempo de beneficios supracompetitivos. Sin perjuicio de que lo que resulta prudente es no realizar afirmaciones prospectivas en sede cautelar sin que exista un análisis de competencia, en nuestra opinión el problema debe resolverse en cuanto a cómo se organizan y tramitan este tipo de procedimientos (cuanto más rápidos, más sencillo es volver a la situación previa a la concentración).

El sistema de control de concentraciones ni es sancionador (la reversibilidad del perjuicio a la competencia no autoriza a «sancionar» a la empresa beneficiada por la decisión anulada en el proceso de reversión), ni tampoco se basa en la demostración de efectos actuales sino prospectivos que deben demostrarse con una probabilidad suficiente. De todas maneras debe atribuirse diferente intensidad a los errores de análisis: son tipos de errores diferentes prohibir aquello que debió ser aprobado y aprobar aquello que debió ser prohibido.

²⁶ *Kesko/Tuko* (M.784) y *Blokker/Toys «R»* Us (M.890), M.2416 *Tetra Laval/Sidel*.

Respecto a esta cuestión se ha afirmado por el Tribunal Supremo en el auto de 28 de abril de 2006 que la obligación de abstenerse de ejecutar una concentración mientras no se obtenga la autorización indica que el legislador es consciente de las dificultades de recomponer situaciones anteriores. En su auto de 16 de mayo de 2003 el mismo Tribunal afirmaba precisamente lo contrario, al señalar que las mayores o menores dificultades del proceso de desconcentración no justificaban la suspensión dado el efecto económico inmediato nacido de dicha firmeza. Por encima de esta insalvable contradicción la cuestión es algo diferente: la reversibilidad puede ser compleja, no cabe duda, pero la cuestión de fondo es que sí es posible.

En segundo lugar esta cuestión plantea si el Tribunal Supremo debiera controlar de forma más estrecha la ejecución de las sentencias que anulen este tipo de decisiones en el marco del art. 71 LJCA, teniendo en cuenta, además, que la conexión entre fallo y ejecución no permite la interpretación restrictiva del primero para dificultar lo segundo²⁷. La estimación de la pretensión en estos asuntos puede necesitar más precisión que la simple declaración de nulidad del acto al menos en ejecución de la sentencia, sobre todo si la Administración se resiste. En este aspecto, puede existir en sede cautelar un debate sobre si la anulación de una decisión puede exigir adoptar determinadas decisiones cuya efectividad quedaría en entredicho si no se adoptara la medida.

En fin, la aplicación del criterio de preservar la finalidad legítima del recurso como elemento determinante de la concesión de la medida puede llevar, y en este caso así ha ocurrido, a un examen del *fumus* sin garantías para las partes. Esto es así, en nuestra opinión, con independencia del sistema institucional vigente o el previsto en el Proyecto de Ley.

En cuanto al examen de dicho criterio, atendiendo a la urgencia de evitar un daño a la posición jurídica del solicitante, partimos de que es pacífico que el solicitante de una medida no tiene por qué probar la inminencia del perjuicio con una certeza absoluta, sino que basta que el daño sea previsible: ello no impide que, al menos, los tribunales comunitarios exijan que el solicitante sí que pruebe los hechos que sirven de fundamento a la probabilidad de que se producirá el perjuicio grave e irreparable²⁸.

²⁷ AR. 2628 STS 16 de febrero de 1999.

²⁸ Auto del presidente del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 1991, *Bélgica/Comisión*, C-356/90 R, Rec. p. I-2423, apartado 23, y auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de noviembre de 2001, *Duales System Deutschland/Comisión*, T-151/01 R, Rec. p. II-3295, apartado 187.

De nuevo conviene citar el auto de 28 de abril de 2006 que, examinando el *periculum in mora* desde esta perspectiva, declara que existen perjuicios irreversibles derivados de la operación, en concreto de las desinversiones que nacen de las condiciones, al afectarse a Endesa en su proyecto empresarial, estructura administrativa y laboral, etc., de tal forma que apreciados todos estos elementos en su conjunto, «no hay duda que la nueva Endesa aparecida tras la ejecución de una hipotética sentencia favorable, si es que tal aparición fuera posible en ese momento, sería diferente a la que actualmente actúa en ambos mercados». El Tribunal declara, por ello, que la sociedad en sí misma tiene derecho a tutela, que es ejercitado por sus administradores.

Pues bien, parece sensato considerar que los daños que se producirían dependen eventualmente del éxito de la oferta. Al menos el Tribunal de Primera Instancia adoptó una solución contraria a la de nuestro Tribunal Supremo señalando que: «Por lo que respecta al perjuicio invocado por Endesa a título personal, es necesario señalar, en primer lugar, que depende en especial del lanzamiento y del éxito de la oferta pública de adquisición. Pues bien, en este momento, el éxito de dicha oferta no está en modo alguno demostrado. Por tanto, el perjuicio personal invocado por Endesa es puramente hipotético y no reviste un grado de probabilidad suficiente para justificar la concesión de medidas provisionales»²⁹.

Este debate, claro está, solamente tiene sentido cuando estamos en presencia de una oferta de adquisición no aceptada por la empresa objetivo. Pero sí que muestra las discrepancias respecto a qué tipo de relación debe existir entre la posición del solicitante de la medida y el daño y las circunstancias en las cuales se puede alegar que existe un daño para terceros (accionistas). Sobre esta última cuestión también el Tribunal de Primera Instancia, sin entrar en debates respecto a las facultades de los órganos de administración bajo el Derecho nacional, señalaba inequívocamente que los intereses de los accionistas pueden ser diferentes a los de la sociedad (con mayor grado de discrepancia en el caso de una oferta), y que, por tanto, la sociedad no puede invocar un perjuicio a los intereses de los accionistas.

En fin, incluso si existe un daño irreparable cabe denegar la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar un juicio de todos los intereses en juego. Por supuesto la ponderación de intereses debe atender a las circunstancias particulares de cada caso y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado. De lo que se trata es de sopesar las cir-

²⁹ Apartados 35 a 41 del auto del presidente del TPI en el asunto T-417/05R.

cunstancias y, en función de ellas, contraponer los intereses en conflicto y otorgar o no la medida cautelar instada. A la luz de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, resumida en su sentencia de 11 de noviembre de 2003: «al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado art. 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”».

Aparte de la variabilidad de los intereses privados que pueden existir y que deben ser ponderados (y en este aspecto, conforme al auto de 28 de abril de 2006, los intereses de los accionistas en que se ejecute una operación son irrelevantes), la discusión más interesante se debería centrar en determinar cuál es el límite del interés público en juego.

Así, en un primer momento se ha señalado por el Tribunal Supremo que es indudable que el interés público que prevalece es el de la defensa de la competencia, lo que incluye la mejora que pueda darse en el mercado a través de la ejecución de las condiciones (auto del Tribunal de 16 de mayo de 2003). De esta forma incluso si hipotéticamente se considerara que la ejecución del acto puede afectar a la competencia, sería posible que, simultáneamente, la mejorara en otros aspectos, de tal forma que no fuera evidente o sencillo ponderar cuál es el preferente.

Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo en el auto de 28 de abril de 2006 se contradice y señala que no existe un interés general en que una operación aprobada sea ejecutada, pues el interés público existe en el mantenimiento de la competencia, no en su hipotética mejora a través de la ejecución del acto. Por tanto, los intereses de los consumidores son los que prevalecen, lo que resulta ser lo mismo que decir el interés público en el mantenimiento de la competencia efectiva según lo entienda el Tribunal en sede cautelar. Las dificultades que plantea diferenciar el interés entre mantener y mejorar la competencia requieren una contribución más extensa que ésta partiendo del hecho de que, como hemos visto, el Tribunal puede suspender una operación de concentración sin examinar las condiciones necesarias para su ejecución.