

Alzamiento de medidas cautelares en la OPA sobre Endesa (Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 15 de enero de 2007)

El Tribunal Supremo ha decidido, mediante auto de 15 de enero de 2007, con resolución mayoritaria y tres votos particulares, acceder a la petición de Endesa de acordar el alzamiento de la medida cautelar de suspensión de Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, que tuvo el efecto de paralizar la opa de Gas Natural sobre Endesa y, con posterioridad, la competidora de E.ON.

No aprecia el Tribunal Supremo que la opa de E.ON y sus posibilidades de éxito constituyan una novedad jurídicamente susceptible de convertirse en palanca para levantar la suspensión acordada. Por el contrario considera que “concurren en el caso todas las notas que harían jurídicamente inviable mantener la medida en contra del parecer de todos los interesados en el proceso, incluidos sus formales beneficiarios: primero, el procedimiento se encuentra en sus inicios, hasta el punto de que a la fecha en que se redacta este Auto todavía no se ha formulado la demanda; segundo, la medida se ha adoptado con caución, es decir, se ha gravado a los demandantes -titulares de intereses particulares- con los riesgos de los daños que puedan sufrir los intereses públicos concernidos o los de los otros partícipes en el proceso por causa de una suspensión acordada en su beneficio y que actualmente consideran que debe revocarse.”

Recordemos que los intereses considerados relevantes a efectos de la suspensión cautelar fueron el interés en la preservación de la competencia en el mercado energético y la protección de los consumidores y usuarios, así como el interés de Endesa en su subsistencia como proyecto empresarial. Se consideró entonces que el interés de los accionistas de Endesa era de valor inferior y subordinado. Por otro lado, no se identificó como interés a proteger la preservación del buen funcionamiento del mercado financiero. Entrando en el fondo del asunto, con el fin de determinar la apariencia de buen derecho de Endesa, se consideró entonces que era necesario adoptar la medida cautelar para asegu-

rar la competencia en el mercado financiero y proteger a los consumidores.

Sin admitir la existencia de novedades que justifiquen el alzamiento de la medida cautelar, la resolución de la mayoría acude ahora a razones formales para levantar la medida. Aunque el art. 132 de la Ley jurisdiccional establece con claridad la regla de que el mantenimiento de las medidas cautelares queda sustraído del poder de disposición de las partes, salvo una alteración de las circunstancias concurrentes, y no se ha reconocido la existencia de tal alteración de circunstancias, la resolución de la mayoría interpreta que dicha regla general de inalterabilidad: “deja de tener sentido, atendida su naturaleza y finalidad, cuando es el propio beneficiario de la tutela cautelar quien solicita su atenuación o revocación, más aún si las demás partes no se oponen a esa petición, pues estando orientada la medida provisional ya obtenida a la salvaguardia de su posición procesal, no puede negarse a esta parte la posibilidad de aligerar o desistir de esa protección, si considera que la posible eficacia del éxito de su pretensión principal no sufre por ello.”

Por el contrario, en voto particular de Oscar González González, suscrito por otros once magistrados, se mantiene que de los términos imperativos del mencionado precepto se deduce la excepcionalidad de la revocación de las medidas cautelares y que: “Si el legislador hubiera querido que a petición de la propia parte solicitante de la medida concedida podía dejarse sin efecto la misma, lo habría dicho expresamente”. No puede sostenerse, para este grupo de magistrados, que el proceso esté regido de forma absoluta por el principio dispositivo, sometido a la voluntad de las partes, pues, si bien esto pueda predicarse del proceso civil en el que late un interés particular, no ocurre lo mismo en el proceso contencioso-administrativo, en el que subyace un interés público decisivo.

Y concluyen estos magistrados con una acusación: Si Endesa “que ha solicitado la adopción de la medida cautelar, pide su levantamiento posterior, hay que pensar que está utilizando el proceso con fines espurios, pues el principal fundamento de su pretensión, que no es otro que el daño que a la competencia se ocasione con el acto autorizatorio recurrido, ya no le interesa o le resulta indiferente, con lo que la sentencia estimatoria que pretenda en su demanda, iría dirigida, más que a una “*restitutio in integrum*”, a lograr fórmulas subsidiarias de cumplimiento, lo que evidentemente contradice la esencia misma del proceso.”

El voto particular de Eduardo Espín Templado resulta a su vez ilustrativo de las posiciones enfrentadas entre los magistrados de la Sala. A modo de confesión manifiesta Espín que aunque votó en su momento en contra de la pertinencia de adoptar la medida cautelar, acordada la suspensión y no habiéndose producido cambio de circunstancias en relación con las razones de interés público que llevaron a la adopción de la medida, comparte plenamente las razones de los magistrados que se oponen al alzamiento. Prefiere Espín la seguridad jurídica al pragmatismo de la mayoría.

A su vez, el magistrado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, considerando insuficiente la argumentación de la decisión de la mayoría, considera que hay novedades relevantes que justifican el alzamiento. En su opinión, el alzamiento debe justificarse por la concurrencia de circunstancias que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento en que se dictó la medida cautelar, entre las que destaca la autorización de la opa de E.ON sobre Endesa acordada por resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de noviembre de 2006. Por lo demás considera este magistrado que la revocación de la medida cautelar resulta conforme al interés público “por ser adecuada para asegurar el correcto funcionamiento del mercado de valores y garantizar el principio constitucional de libertad de empresa en el respeto del principio de defensa de la competencia, principio rector de la economía del mercado que garantiza el artículo 38 de la Constitución, sin menoscabo de los derechos de los consumidores , al facilitar que los accionistas puedan decidir sobre las opas en un plazo razonable.”

Fernando Zunzunegui,

fernando@zunzunegui.net