

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

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ramón Trillo Torres

Magistrados:

D. Fernando Ledesma Bartret
D. Mariano de Oro-Pulido y López
D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Mariano Baena del Alcázar
D. Pedro José Yagüe Gil
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Antonio Martí García
D. José Manuel Sieira Míguez
D. Rafael Fernández Montalvo
D. Óscar González González
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Juan José González Rivas
D. Enrique Lecumberri Martí
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. Agustín Puente Prieto
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Eduardo Espín Templado
D. Juan Gonzalo Martínez Micó
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Rafael Fernández Valverde
D. Celsa Pico Lorenzo
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Margarita Robles Fernández
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas
D. Manuel Martín Timón

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil siete.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 28 de abril de 2006 el Pleno de esta Sala Tercera dictó Auto en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 47/2006, con la siguiente parte dispositiva: *"La Sala acuerda: Acceder a la suspensión solicitada por ENDESA S.A., la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y de la Federación Unión de Consumidores Europeos (Euroconsumo) en el recurso contencioso-administrativo nº 47/2006, interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 3 de febrero de 2006, siempre que se preste caución por 1.000 millones de euros, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, dentro del plazo de un mes; sin expresa condena en costas"*.

Interpuesto recurso de súplica contra esta resolución por el Abogado del Estado y por los codemandados (Gas natural SDG S.A. e Iberdrola S.A.), fue desestimado por Auto de 26 de junio de 2006.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de noviembre de 2006, los recurrentes han presentado un escrito en esta pieza separada de medidas cautelares, solicitando la modificación de la medida cautelar acordada en el citado Auto de 28 de abril de 2006 y su sustitución por la medida cautelar consistente en la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de ENDESA, S.A. que pueda adquirir GAS NATURAL SDG, S.A. al liquidarse la OPA, y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a las que el Acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación de concentración. Subsidiariamente, para el caso de que la Sala no acceda a esta petición, piden la revocación de las medidas cautelares acordadas a su instancia en esta pieza separada de medidas provisionales, y solicitan también que se declare que el aval constituido ante el Juzgado de lo Mercantil

nº 3 de Madrid en el juicio ordinario nº 523/2005 deje de extender sus efectos al presente recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Se ha dado traslado de esta petición a la Administración demandada y a las mercantiles codemandadas, quienes han formulado alegaciones en defensa de sus intereses.

El Abogado del Estado, aun no compartiendo las razones en que los actores basan su petición, manifiesta su conformidad con la revocación de la medida cautelar de suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, pero se opone a la modificación de dicha medida cautelar y su sustitución por la ahora pretendida por aquellos.

Gas Natural SDG S.A. pide a la Sala que se rechace este incidente cautelar por entrañar un fraude procesal. Específicamente, se opone a la petición principal formulada por los actores acerca de la suspensión de derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital de Endesa que pueda adquirir Gas Natural al liquidarse la OPA. Pide, no obstante, que se dejen sin efecto los Autos de 28 de abril y 26 de junio de 2006 por motivos de legalidad, de forma que se levante la suspensión cautelar del acto recurrido. Finalmente, solicita que se deniegue la petición de devolución de la caución.

Iberdrola S.A. se opone también a la petición de los recurrentes de modificación y sustitución de la medida cautelar, pero manifiesta su conformidad a la revocación de la suspensión acordada en el Auto de 28 de abril de 2006, aunque por razones diferentes a las expresadas por los actores. Solicita, en todo caso, que se declare no haber lugar a la solicitud de los actores de cesación de efectos de la caución.

CUARTO.- La solicitud de modificación y subsidiaria revocación de medidas cautelares solicitada por los recurrentes fue examinada en el Pleno de la Sala celebrado el día 10 de enero de 2007.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Ramón Trillo Torres**,

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los recurrentes en estas actuaciones -ENDESA, S.A., ASOCIACIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS Y FEDERACIÓN UNIÓN DE CONSUMIDORES EUROPEOS, EUROCONSUMO- han presentado un escrito solicitando la modificación o - subsidiariamente- la revocación de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, ordenada en nuestro Auto de 28 de abril del mismo año.

Comienzan su alegato recordando que la Ley de la Jurisdicción, en su artículo 132.1, permite la modificación de las cautelares si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. Consideran que en este caso se ha producido ese cambio, dada la evolución y vicisitudes que ha experimentado la oferta competidora presentada por el grupo E.ON. Recuerdan los actores que, ciertamente, esa oferta ya se había presentado cuando la Sala acordó las medidas, pero afirman que en ese momento había dudas sobre su viabilidad, al ser incierto que la Comisión Nacional de la Energía la autorizara, dudas que se han despejado por la evolución de los acontecimientos acaecida con posterioridad. En efecto -continúan los actores su exposición-, la CNE autorizó la operación, mediante resolución de 27 de julio de 2006, aunque supeditándola a diecinueve rigurosas condiciones, pero la Comisión Europea declaró incompatibles con el Derecho Comunitario dieciocho de ellas y con fecha 3 de noviembre de 2006 el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio resolvió los recursos de alzada interpuestos contra aquella resolución, confirmando la autorización de la OPA y anulando o modificando varias de las que la CNE había fijado, en el sentido de atenuar su rigor. Por su parte, E.ON aceptó las nuevas condiciones así impuestas y finalmente la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha procedido a autorizar la oferta competidora con fecha 16 de noviembre de 2006.

A la vista de esta cadencia de hechos, entienden los actores que el cambio de circunstancias es indudable y significativo, pues la aprobación de esa oferta del grupo E.ON incide en las posibilidades reales de que triunfe la de Gas

Natural. Recuerdan que la OPA de Gas Natural ofrecía una contraprestación (consistente en dinero efectivo y acciones de Gas Natural) por un valor conjunto del orden de 21'3 euros por cada acción de Endesa, que con los ajustes derivados de los sucesos posteriores y la propia evolución del mercado, supone en la actualidad un valor económico aproximado de 24 euros por acción. Diferentemente, la oferta competidora ofrecía una contraprestación exclusivamente en dinero por importe de 27'5 euros por acción, que por la misma evolución de los acontecimientos queda en la actualidad en 25'405 euros. Más aún, esta misma empresa, E.ON, ha hecho pública su intención de elevar la contraprestación ofrecida hasta una cantidad de 35 euros en metálico por cada acción representativa del capital social de Endesa, anuncio éste que, según ha entendido la misma CNMV, reviste carácter vinculante para E.ON. De hecho, este grupo empresarial ha recogido ese compromiso de forma expresa en el folleto de su oferta. Así las cosas, los recurrentes consideran que un aumento tan sustancial del precio de la oferta de E.ON reduce en similar medida las posibilidades de éxito de la de Gas Natural y, por ende, las de que se ejecute el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en el presente recurso contencioso-administrativo.

Abundando en este planteamiento, alegan los actores que aun siendo cierto que Gas Natural podría mejorar su oferta en el marco del procedimiento de "subasta" previsto para el supuesto de ofertas competidoras en la normativa sobre OPA's, esa posibilidad resulta difícil de llevar a cabo porque la propia Gas Natural se halla limitada en su margen de actuación por efecto de la condición primera impuesta por la CNE en resolución de 8 de noviembre de 2005, a cuyo tenor *"Gas Natural deberá mantener un ratio de servicio de la deuda expresado a través de la deuda financiera neta/EBITDA menor que 5'25. Dicho ratio deberá ser mantenido durante un periodo de tres años"*. Esta condición supone, en términos llanos, que la CNE prohíbe a Gas Natural que su endeudamiento sea superior a 5'25 veces sus beneficios anuales (antes de amortizaciones, depreciaciones, impuestos e intereses), y -afirman los recurrentes- de ella deriva la consecuencia de que Gas Natural, en cumplimiento de la misma, nunca podría ofrecer en metálico 35 euros por acción, sino tan solo 22'7 euros como máximo, teniendo que abonar el resto mediante acciones representativas del capital de la propia Gas Natural y aun en tal caso tendría que duplicar prácticamente su actual cifra de capital social tan solo para igualar la oferta de E.ON. Más todavía, lo

previsible sería que en el caso de que Gas Natural realizara ese esfuerzo para igualar la oferta de E.ON, los accionistas de Endesa se decantarían por la de esta última, al ser más atractiva por haberse formulado íntegramente en metálico. Sin que deba olvidarse que subsiste la posibilidad de que E.ON mejore su oferta por encima de esos 35 euros.

En fin -terminan los actores su exposición en este punto-, ha de mencionarse, como circunstancia fáctica sobrevenida y relevante, la entrada de una sociedad íntegramente perteneciente al Grupo "Acciona" en el capital de Endesa, que primero adquirió un 10% a un precio de 32 euros por acción y luego ha pedido y obtenido autorización para incrementar su participación hasta un 24'9%. Porcentaje que podría incrementarse hasta un 30%, si prospera el proyecto de Ley actualmente en tramitación que permite esa posibilidad sin necesidad de formular una OPA obligatoria. A tenor de sus propias declaraciones e intenciones, y a la vista del precio que ha satisfecho por las acciones así adquiridas, es previsible que este grupo empresarial no acuda a la OPA de Gas Natural, lo que hace aún más remota la posibilidad de que finalmente triunfe su oferta.

SEGUNDO.- Se centran a continuación los recurrentes en resaltar la incidencia de estas circunstancias novedosas sobre los presupuestos que determinaron la adopción de la medida cautelar. Comenzando por el llamado "periculum in mora", insisten en que no puede dejar de tomarse en consideración que las posibilidades reales de que finalmente se liquide la OPA de Gas Natural han disminuido considerablemente y este dato determina un considerable debilitamiento del *periculum* tenido en cuenta por la Sala al adoptar la medida.

Es justamente el nuevo estado de cosas el que -dicen- permite y justifica una reconsideración de los intereses en presencia, de manera que se reconozca una nueva significación a los intereses de los accionistas de Endesa. Cuando se adoptó la medida de suspensión de la eficacia del Acuerdo del Consejo de Ministros, de tal suspensión no se seguía ningún perjuicio para los accionistas, entre otras razones porque la oferta de Gas Natural no podría concluir mientras estuviera en tramitación y pendiente de autorización la oferta competidora de

E.ON. Pero, en el momento actual, ya aprobada esta oferta competidora, el mantenimiento de la suspensión íntegra de la eficacia de aquel Acuerdo determina como efecto principal que los accionistas de Endesa no pueden optar por aceptar la oferta que consideren preferible de entre las formuladas por Gas Natural y E.ON, de manera que en la actualidad los efectos de la medida cautelar no están recayendo de forma predominante sobre Gas Natural, titular de la autorización del Consejo de Ministros aquí impugnada, sino sobre terceros y fundamentalmente sobre el proceso de OPA's en su conjunto.

Por todo ello solicitan que se modifique la medida acordada en el mencionado Auto de 28 de abril de 2006, de forma que en sustitución de la suspensión entonces adoptada se acuerde la suspensión de los derechos políticos de las acciones de Endesa que adquiera Gas Natural al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a que el Acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación. Si así se acuerda -entienden los actores-, podría liquidarse la OPA y producirse las transmisiones accionariales inherentes a tal liquidación, de forma que Gas Natural adquiriría las acciones de Endesa que se le transmitieran y los accionistas obtendrían el precio ofrecido, pero Gas Natural no podría ejercer los derechos políticos correspondientes a las acciones adquiridas y no estaría obligada a cumplir las condiciones a que el Consejo de Ministros subordinó la autorización, quedando de esta forma protegidos los intereses que la Sala quiso salvaguardar al adoptar la medida cautelar de suspensión.

Consideran los recurrentes que la viabilidad de esta modificación resulta indudable, ante todo porque el artículo 129 de la Ley Jurisdiccional establece un sistema de *numerus apertus* de medidas provisionales y también porque en aplicación del argumento lógico *a maiore ad minus*, si cabe la suspensión íntegra del Acuerdo del Consejo de Ministros, también cabrá su suspensión parcial. Aducen los recurrentes, en este sentido, que la suspensión de derechos políticos es una técnica general de nuestro Ordenamiento y del Ordenamiento de la Unión Europea y citan a tal efecto el reglamento CE 139/2004 (art. 7.2.b) y el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores y se refieren asimismo a las previsiones que sobre suspensión de derechos de voto contiene la legislación energética.

Finalmente, alegan que la modificación interesada resulta asimismo justificada por aplicación del principio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 726.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la medida cautelar que ahora se pide es menos gravosa que la adoptada en su día, la cual consideran que en aquel momento era la única idónea.

Con carácter subsidiario, los actores solicitan la revocación de la medida cautelar acordada en el Auto de 28 de abril de 2006, para el caso de que la Sala concluya que, a la vista de las circunstancias sobrevenidas, ha desaparecido el *periculum in mora*, como consecuencia de la imposibilidad de que la OPA de Gas Natural resulte triunfadora.

Frente a estas pretensiones de los actores, tanto el Abogado del Estado como Gas Natural e Iberdrola mantienen una postura común: oponerse a la modificación instada por aquellos y mostrar, sin embargo, su conformidad con que la actual medida de suspensión sea dejada sin efecto, aunque en ningún caso por las razones que esgrimen en su argumentación los demandantes.

TERCERO.- Como resulta de lo dicho, Endesa basa su petición en lo que entiende que es una circunstancia novedosa, que justifica la reconsideración de la medida cautelar adoptada a su instancia, cual es la aprobación de la oferta competidora por parte del grupo E.ON. Más concretamente, alega que el dato novedoso y relevante no es propiamente la formulación de la oferta competidora, sino el hecho de que la misma ha sido finalmente autorizada y, más aún, se ha planteado en condiciones tales que la hacen mucho más atractiva que la formulada por Gas Natural, lo que le lleva a afirmar que en las circunstancias actuales es prácticamente imposible que la OPA de Gas natural prospere.

El argumento no puede ser aceptado, pues la circunstancia alegada no cabe calificarla de "hecho novedoso", no tenido en cuenta por la Sala en sus anteriores resoluciones. Los Autos del Pleno de la Sala por los que se acordó y confirmó la suspensión de la eficacia del Acuerdo del Consejo de Ministros ya contemplaron la posibilidad de que la OPA de E.ON fuera autorizada y se entrase en la última fase de concurrencia competitiva "a sobre cerrado", si bien descartaron la trascendencia de ese dato a la hora de adoptar la resolución,

habida cuenta que centraron su decisión en otro aspecto, al entender que la operación de concentración presentaba una doble faceta, una mercantil y otra pública, para razonar a continuación que esta segunda faceta podía y debía ser objeto de un enjuiciamiento independiente, en el que el interés primordial que había que proteger era el de los consumidores y usuarios, por encima del de los accionistas.

Veamos, si no, lo dicho en las resoluciones por las que primero se acordó y luego se confirmó la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del Acuerdo impugnado.

El Auto de 28 de abril de 2006, por el que se accedió a la suspensión cautelar solicitada por los litisconsortes actores, señala en su fundamento jurídico tercero lo siguiente: *"En el supuesto presente no debe pasar inadvertido que la operación tiene una doble dimensión: una marcadamente mercantil consistente en una Oferta Pública de Adquisición (OPA) dirigida por Gas Natural a los accionistas de Endesa para la adquisición de sus acciones, y otra de carácter competencial, consistente en la afectación que se produciría en el mercado caso de que la OPA fuere aceptada en los términos de la propuesta, de tal forma que la entidad "oferente" adquiera el control de la "afectada", con las consecuencias que ello tendría para la competencia en los mercados energéticos en que ambas actúan. En el primero, aunque prime la voluntad de los accionistas, que serán en último término los que decidan si la operación prosperará o no en función del porcentaje de la aceptación de la oferta, contiene también un interés público representado por la seguridad y fiabilidad de los mercados secundarios de valores, cuya protección está atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El segundo tiene un interés público indudable, que no es otro que la defensa de la competencia, por cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, debe velar el Consejo de Ministros, evitando que los efectos restrictivos de la competencia que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios o mayores precios. Aunque cada uno de estos ámbitos tiene su propio régimen -Real Decreto 1197/1991 de 26 de julio que desarrolla en este punto la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores, y Real Decreto 1443/2001 de 21 de diciembre, por un lado, y Ley de Defensa de la Competencia 16/89 de 17 de julio, por otro-, no pueden desconocerse las posibles interferencias que entre uno y otro se producen".*

Para añadir a continuación que *"Ahora bien, cualquiera que sea la naturaleza que se otorgue al acuerdo del Consejo de Ministros, y cualquiera que sea en definitiva la voluntad mayoritaria de los accionistas sobre la aceptación de la OPA, lo cierto es que en este proceso se examina la legalidad de dicho acuerdo, y, por tanto, en vía jurisdiccional, cabe sin ningún tipo de restricciones su enjuiciamiento independiente en función del contenido y la finalidad que el ordenamiento atribuye a dicho acto, y cabe también en sede cautelar, acordar la suspensión si se dan los presupuestos previstos para ello en la Ley Jurisdiccional"*.

Luego, en el fundamento jurídico sexto, se indica que *"A la vista de los anteriores informes, que aparte de los pasajes transcritos contienen otros de similares prevenciones, la consecuencia que hay que extraer con un alto grado de previsibilidad, es el grave perjuicio que la operación de control supone para el mantenimiento de la competencia en la práctica totalidad de los mercados concernidos, en los diferentes sectores que lo integran, perjuicios que comenzarán a producirse en la mayoría de ellos desde el momento mismo de la liquidación de la OPA."*;

señalando más adelante que *"Desde otra perspectiva, no puede desconocerse la irreversibilidad de los perjuicios que con la operación se producirían a la empresa recurrente. Su control por la sociedad "oferente" afectaría sin duda a su proyecto empresarial a corto plazo, a su estructura administrativa y laboral, e incluso a sus expectativas en el mercado del gas con desinversiones importantes -venta de participaciones en SAGGAS S.A. y REGANOSA S.A., en ENAGAS, venta del equivalente al negocio de comercialización de gas, de activos de distribución de gas natural, etc.-. Aunque considerados aisladamente cada una de estos perjuicios podría hacer pensar en la no irreversibilidad de sus efectos, apreciados en su conjunto no hay duda que la nueva Endesa aparecida tras la ejecución de una hipotética sentencia favorable, si es que tal aparición fuera posible en ese momento, sería diferente a la que actualmente actúa en ambos mercados. Frente a esta conclusión los argumentos esgrimidos por los demandados de que en definitiva serían los accionistas de la propia empresa al aceptar la oferta los que habrían decidido sobre su destino futuro tal cual surge de la OPA y del acto del Consejo de*

Ministros, no pueden tener la trascendencia que quiere dárseles, pues supondría desconocer que junto a Endesa existen otros demandantes, unos interesados en la defensa de la competencia, como es la Federación de usuarios recurrente, y otros, accionistas minoritarios, también recurrentes, interesados en el mantenimiento del proyecto empresarial de la compañía. Pero es que además, Endesa, en su consideración abstracta de entidad mercantil, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y este derecho se ejerce, según la Ley de Sociedades Anónimas (art. 127 y 128), por sus administradores, a los que los accionistas, reunidos en Junta General, les han otorgado la defensa de los intereses sociales (art. 123 LSA), y, entre estos se encuentran, sin duda, evitar una serie de desinversiones, que caso de producirse de forma inmediata, dificultarían de manera notoria la reversión, con el complemento añadido de posibles indemnizaciones a los que en su momento fueron adquirentes de los activos liberados, que la compañía tendría que soportar".

Y el fundamento jurídico séptimo dice lo siguiente: "Admitido por la Sala que se produce en el presente caso el "periculum in mora", interesa examinar a continuación si existen intereses de trascendencia que pese a ese peligro impongan preferentemente la ejecución del acto recurrido. Las partes demandadas hacen referencias al interés de los accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores. Son, sin lugar a duda, intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuando se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos".

Los párrafos que se acaban de transcribir permiten constatar que para la Sala los intereses verdaderamente relevantes a efectos de la suspensión cautelar del Acuerdo impugnado fueron principalmente el interés en la preservación de la competencia en el mercado energético y la consiguiente protección de los consumidores y usuarios y también el interés institucional de Endesa en su subsistencia como proyecto empresarial. La propia Sala apreció que frente al interés en la preservación de la competencia y la protección de los consumidores, el interés de los accionistas de Endesa era de valor inferior y subordinado.

No se refirió en un principio la decisión mayoritaria de la Sala a la incidencia que en orden a la adopción de las medidas cautelares pudiera revestir

la presentación de la oferta competidora por parte del Grupo E.ON, pero es indudable que tal circunstancia fue sopesada y valorada, bien que para rechazar su trascendencia en el incidente, toda vez que con anterioridad al Auto de 28 de abril de 2006, mediante providencia de 9 de marzo de 2006, se abrió un específico trámite de alegaciones sobre tal cuestión y además dos de los votos particulares discrepantes emitidos en relación con ese Auto sí que se extienden al respecto. En uno de ellos se decía que:

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

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

Situados en la perspectiva de examen que fluye de este dato sobrevenido, creo que cabe apreciar con aún mayor solidez que la adopción de medidas cautelares no sólo conllevará una situación de provisionalidad en el gobierno de las empresas afectadas, dilatada en el tiempo, que con alta probabilidad influirá negativamente en su dirección y gestión. Más aún, producirá una situación perjudicial para los propios accionistas, quienes quedarán privados durante toda la pendencia del pleito de la facultad de aprovechar tanto la oferta

de Gas Natural como la de E.ON, al prolongarse en el tiempo la paralización de ambas, frustrándose la expectativa del beneficio económico que resulta de la concurrencia de ambas ofertas competidoras en un procedimiento de "subasta" como es el concernido".

Y el segundo voto particular razonaba que "Por otra parte, los intereses privados de los accionistas estarán mejor protegidos permitiendo el juego de las ofertas en competencia (arts. 31 a 33 del R.D. 1197/1991, modificado por R.D. 432/2003). La suspensión acordada paraliza ambas ofertas -la de Gas Natural y la de E.ON- hasta una fecha incierta. Mientras esta suspensión dure quedará impedido por tanto no sólo que los accionistas de la demandante puedan aceptar la oferta competidora sino también la mejora de la oferta primera que, eventualmente, pudiera ser planteada. Además y en el entretanto, los administradores de la demandante quedarán sujetos a la limitación de actuación contenida en el art. 14 del R.D. 1197/1991".

Posteriormente, en el auto desestimatorio de la súplica, de 26 de junio de 2006, la Sala ya se refirió de forma expresa a este punto en el fundamento jurídico sexto: "c) No ha perdido objeto la suspensión por el hecho de que ya está suspendida la OPA en otro proceso, o por efecto de la presentación de una OPA competidora, pues en ambos casos cabe que la suspensión se alce, en cuyo caso operaría la que se acuerda en esta pieza separada. d) Aunque el interés de uno de los impugnantes de la OPA sea obtener un mayor precio de las acciones, no debe olvidarse que hay otros demandantes cuyos intereses son también dignos de protección, y además está el interés público que debe ser especialmente valorado, conforme al art. 130 de la Ley Jurisdiccional".

A tenor de estos párrafos de las resoluciones recaídas en la pieza de medidas cautelares, se colige que la Sala no dejó de tener presente que existía una oferta competidora y valoró también que la suspensión cautelar de la primera redundaría sobre la imposibilidad temporal de optar tanto por una como por la otra. Así las cosas, la presentación y ulterior aprobación de la OPA competidora por el grupo E.ON no constituye procesalmente una circunstancia nueva a efectos del artículo 132.1 de la L.J.

CUARTO.- Endesa alega, sin embargo, que el dato novedoso no está tanto en la formulación de la oferta competidora como en el hecho de que la misma ha sido, tras diversas y complejas vicisitudes, finalmente autorizada y, más aún, se ha planteado en condiciones tales que afirma que la hacen mucho más atractiva para sus accionistas que la formulada por Gas Natural, lo que le lleva a decir que en las circunstancias actuales es prácticamente imposible que la OPA de Gas Natural prospere. Así pues, la circunstancia nueva que a juicio de Endesa justifica la reconsideración de la vigencia de la suspensión aquí acordada es la práctica imposibilidad de que el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este recurso llegue a desplegar su eficacia, por ser, a la vista de la evolución de los acontecimientos, altamente improbable que la OPA de Gas Natural triunfe.

Endesa es sin duda consciente del obstáculo que supone para su actual pretensión el mayor valor que la Sala dio al interés de los consumidores y usuarios frente al de los accionistas (interés este último que es el que ahora quiere situar en primer lugar) y por eso trata de despejar ese obstáculo alegando que el interés de la protección de los consumidores y usuarios no se verá perturbado por la modificación o revocación de la medida cautelar. Ahora bien, sustenta esta apreciación en un presupuesto argumental que constituye la piedra angular de todo su razonamiento, cual es que la OPA de Gas Natural no va a prosperar porque la del grupo E.ON es mejor y Gas Natural no está en condiciones de igualarla, pero al razonar así está basando toda su construcción argumental más en hipótesis y conjeturas que en hechos ciertos y acreditados.

Cierto es que a tenor de la oferta del grupo E.ON y a la vista de sus propias declaraciones sobre su disposición a incrementarla si fuera necesario, al día de hoy esta oferta parece presentarse en una inicial situación de ventaja competitiva frente a la de Gas Natural, pero no puede darse como hecho cierto que esa inicial situación de ventaja vaya a consolidarse hasta el punto de que pueda adelantarse que es imposible o altamente improbable que la de Gas Natural triunfe.

Ante todo tiene razón Gas Natural cuando señala que no se puede exigir que desvele su estrategia empresarial a la hora de enfrentarse a la oferta de E.ON, pues la última fase de la OPA se desenvuelve en un procedimiento de

subasta a "sobre cerrado" y Gas Natural no tiene por qué hacer públicas en este momento las armas de que piensa valerse para reforzar su posición, pues si lo hiciera quedaría desvirtuada la esencia y finalidad de esta última fase del procedimiento y además se estaría poniendo en conocimiento del grupo competidor una serie de datos que Gas Natural tiene derecho a mantener, por ahora, reservados. Dicho esto, tampoco puede tomarse por cierto e indiscutible, como Endesa pretende, que dada la estructura y dimensión financiera de Gas Natural esta empresa no tiene posibilidad material ni legal de igualar la oferta de E.ON, pues esa es una cuestión técnicamente compleja, que Gas Natural se niega a asumir y que no puede dilucidarse en el estrecho marco procesal de este incidente cautelar, siendo estéril tratar de presentarla como un "hecho notorio".

Además, no puede admitirse apriorísticamente como evidente (tal y como alega la parte recurrente) que los accionistas de Endesa siempre preferirán una oferta que se presenta íntegramente en metálico (la de E.ON) frente a otra oferta que se formula parte en metálico y parte en acciones (la de Gas Natural), pues no cabe descartar como inverosímil la posibilidad de que los accionistas opten por lo segundo, si entienden que el pago en acciones constituye un factor atractivo de la oferta, por cuanto que les permitirá, a través de las acciones recibidas, participar de la creación de valor y las sinergias que se producirán como consecuencia de la operación de concentración.

En fin, Endesa sostiene su argumentación en una prospectiva sobre el probable éxito de la oferta del grupo E.ON, pero las conjeturas que realiza en tal sentido podrían ser dialécticamente contrarrestadas por conjeturas de índole opuesta. Hallándonos, así, ante conjeturas e hipótesis que se mueven tanto en un sentido como en el contrario, no puede aceptarse en este incidente cautelar que demos preferencia a las primeras frente a las segundas, hasta el extremo de dar por supuesto que la OPA de E.ON es la que va a triunfar y se va a liquidar.

Por lo demás, no debe ser tan claro para la propia Endesa que la oferta de Gas Natural está de antemano condenada al fracaso, pues si así fuera lo lógico sería que desistiera del pleito, dado que (situados en la perspectiva que fluye de la posición dialéctica que Endesa sostiene) no parece que para ella tenga mucho interés continuar un complejo y costoso procedimiento judicial respecto de un

acto administrativo que aprueba una operación de concentración de la que tiene el convencimiento de que jamás se llevará a efecto.

QUINTO.- Rechazada la existencia de una alteración circunstancial sobre la base de la descrita por los actores, nos detendremos, no obstante, en su argumentación sobre la conveniencia de alzar la suspensión acordada, para decretar que en caso de que la OPA hubiese de ser liquidada a favor de Gas Natural, a partir de ese momento quedasen suspendidos el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las acciones adquiridas y la ejecución de las condiciones impuestas en el acto del Consejo de Ministros impugnado, lo que estaría justificado por aplicación del principio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual una de las notas características que debe definir a una medida cautelar es la de no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Con toda seguridad no es ésta, sin embargo, una de las notas de las medidas que los recurrentes proponen con la calificación de más atenuadas y proporcionadas, puesto que, siguiendo la inspiración del artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil invocado, no cabe dudar de su similar eficacia cautelar a la de la suspensión plena que acordamos en el Auto de 8 de abril de 2006, pero desde el punto de vista del gravamen o perjuicio sobre el demandado (en este caso el codemandado Gas Natural) resulta notorio que la situación para él sería más perjudicial y gravosa, especialmente desde la perspectiva de la suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas, porque éstas, como consecuencia de la suspensión, habrían sido objeto de una transmisión irreversible en tiempo en el que por razón de aquella suspensión aparecerían mermadas en parte de su valor, pues sería transmitido el mensaje de que Gas Natural no podría inicialmente ni tomar el control ni ejercer influencia en el gobierno de la empresa adquirida.

No es ocioso añadir, por apurar el examen de la cuestión, que la suspensión de derechos políticos es una medida expresamente prevista en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, pero para casos muy diferentes al que nos ocupa, ya que tal privación se articula como un reproche para quien

adquiere un porcentaje significativo de acciones eludiendo la obligación de formular una OPA, mientras que aquí estamos ante el caso contrario, esto es, ante una OPA ya formulada y en trámite. Tampoco es de aplicable a estos efectos el reglamento CE 139/2004, no solo porque la operación contemplada en el acto administrativo aquí impugnado no tiene trascendencia comunitaria, sino también porque el precepto de ese reglamento referido a la suspensión de derechos políticos (art. 7.2.b) contempla la situación previa al pronunciamiento de la Comisión, mientras que en este caso nos hallamos ante un supuesto en que el Consejo de Ministros ya ha adoptado su decisión y las dos ofertas competidoras han sido aprobadas.

SEXTO.- Llegados a esta conclusión, en la que no apreciamos 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 o sustituirla por la de suspender los derechos políticos y la ejecución de las condiciones impuestas en el acto objeto del litigio, Gas Natural, que al igual que los otros dos codemandados, la Administración e Iberdrola, coinciden con Endesa en la petición de que cese la cautelar, localiza como únicas vías posibles de satisfacer esta común pretensión de las partes la del desistimiento del recurso por los recurrentes -lo que, obviamente, sólo puede ser dispuesto por ellos- o, pura y simplemente, la declaración de nulidad de los Autos de 28 de abril y de 26 de junio de 2006, lo que considera posible, por cuanto entiende que los autos de cautelares no producen excepción de cosa juzgada, que son los propios actores lo que de forma voluntaria han reabierto el incidente y que aún cuando no quepa la modificación o revocación de la medida por cambios en los criterios de valoración, sí que cabe la revocación por motivos de legalidad, que ubica en que el Auto de 28 de abril de 2006 habría anticipado indebidamente un juicio sobre el tema de fondo, dejando inermes a las partes codemandadas, con la consiguiente infracción del artículo 24 de la Constitución.

Evidentemente, este remedio resulta inviable, no sólo por la firmeza de aquellos Autos, sino también porque, como dice -por ser cierto- la representación procesal de Gas Natural, la cuestión ya fue suscitada por ella al interponer recurso de súplica contra el Auto de 28 de abril de 2006 y fue resuelta con firmeza y en sentido desestimatorio por el de 26 de junio de 2006.

SÉPTIMO.- Examinaremos ahora la cuestión desde una perspectiva argumental diferente, que toma como punto de partida el planteamiento del Abogado del Estado, atendiendo al dato objetivo y, éste sí, novedoso, de que la propia parte recurrente, que pidió y obtuvo la suspensión cautelar del acto impugnado, ha sido la que de forma sobrevenida ha instado su modificación o subsidiaria revocación.

El Abogado del Estado, aun estando disconforme con las razones en que la parte actora ha basado su petición, porque entiende que las circunstancias alegadas no son nuevas, ha manifestado, sin embargo, que procede acceder a la revocación porque, cualesquiera que fueran las razones sostenidas en su día por los recurrentes y cualquiera que fuera el fundamento de la decisión de la Sala, ahora se trata de retirar una medida adoptada a petición de parte, siendo de recordar, dice el Abogado del Estado, que las medidas cautelares se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de la parte (art. 130.1 LJCA), sin que puedan adoptarse ni mantenerse de oficio, de manera que si quien pidió y obtuvo la medida pide ahora que se revoque, esa petición basta por sí misma para que se proceda con arreglo a lo solicitado.

Con carácter general podemos afirmar que es cierto que en el sistema de la Ley Jurisdiccional, el juicio revisor de la legalidad de los actos y disposiciones administrativas se promueve a instancia de parte legitimada y no de oficio por los órganos de la Jurisdicción. El carácter rogado de la Jurisdicción se erige como un elemento estructural del sistema, con la consecuencia (que ahora apuntamos y en la que abundaremos a continuación) de que las excepciones al mismo han de ser interpretadas y aplicadas con carácter restrictivo. Y si esto puede afirmarse con carácter general, más aún es predicable respecto de las medidas cautelares, que sólo pueden ser adoptadas por el órgano judicial previo impulso de las partes y no de oficio (a diferencia de otros Ordenamientos, en que esa adopción de medidas provisionales de oficio por el Tribunal está expresamente prevista y autorizada) y respecto de las cuales el principio dispositivo presenta un vigor aún mayor que el desempeñado en el proceso principal.

Para el desarrollo de esta idea hemos de partir de la innegable conexión entre las medidas provisionales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, testimoniada en multitud de resoluciones judiciales, de innecesaria cita por su reiteración. Las medidas cautelares se insertan dentro del haz de facultades y garantías que conforman ese derecho fundamental. Se adoptan para asegurar la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse (art. 129.1), o, lo que es lo mismo, para garantizar que el proceso no pierda su finalidad legítima (art. 130.1). Por eso el incidente cautelar no tiene sustantividad propia ni se desenvuelve con carácter autónomo, sino que se introduce en el proceso principal a instancia de la parte interesada en la adopción de la medida provisional y resulta útil en función de que la decisión cautelar adoptada sirva para que la sentencia que en el futuro se dicte pueda ser eficazmente ejecutada. No es el incidente cautelar más que una garantía subordinada al desenvolvimiento del proceso principal, de la que las partes pueden hacer uso si les interesa a fin de procurar el eventual éxito real de su pretensión.

Lo anteriormente aseverado tiene importantes derivaciones, originadas en la mencionada inserción constitucional. Si la posibilidad reservada exclusivamente a los interesados de solicitar medidas cautelares (art. 129) se engarza en aquel derecho fundamental y éste tiene su desarrollo legal ordinario en un régimen jurídico que lo regula en cuanto a su ejercicio mediante un sistema procesal de naturaleza rogada -como sin duda lo es el contencioso administrativo- quiere decirse que sólo el interés particular del recurrente, libremente valorado por él, es el que puede normalmente poner en marcha el proceso, al formular una pretensión que tiene por efecto someter a examen judicial la actividad de las Administraciones Públicas, haciendo así realidad concreta el mandato del artículo 106.1 de la Constitución, de modo que este precepto tiene su principal resorte de apertura en el ejercicio voluntario de un derecho fundamental por parte de los titulares de derechos e intereses legítimos (art. 24.1 de la Constitución), que de esta forma, mediante una libertad de decisión subjetiva que sólo a ellos corresponde, hacen posible y asumen el coste y riesgo de poner bajo la potestad de los Tribunales actos y disposiciones de una Administración que, por disposición del artículo 103 del texto constitucional, "sirve con objetividad los intereses generales". Queda así descrito que cualquier alteración del principio rogado para abrir y mantener el proceso, desplazando la

razón del impulso procesal desde el interés legitimador de quien lo ha promovido voluntaria y libremente hacia el de hacer coactiva su continuación por motivo de unos intereses generales que formalmente detenta la Administración, requiere de una explícita disposición legal que, primero, no desvirtúe el contenido esencial del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y que, segundo, no obligue a la parte a asumir, en contra 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.

Así las cosas, no cabe trasladar acríticamente a la pieza separada de medidas provisionales las potestades de mantenimiento del litigio de oficio, aun por encima de la voluntad de las partes, que confiere al Tribunal la Ley de la Jurisdicción en los casos de desistimiento (art. 74.4), allanamiento (art. 75.2), satisfacción extraprocesal (art. 76.2) o transacción (art. 77.3).

Observemos, para empezar, que la Ley no establece una potestad de la que la Sala pueda hacer libremente uso, sino que supedita su ejercicio a la apreciación de que la terminación anticipada del pleito conlleva la concurrencia de circunstancias como el *"daño para el interés público"* o la *"infracción manifiesta del ordenamiento jurídico"*. Estas cláusulas que la Ley emplea, por su tenor literal, naturaleza y significación dentro de un procedimiento básicamente rogado, no pueden ser objeto de interpretaciones y aplicaciones extensivas, pues la intención de la Ley procesal es clara, en el sentido de facilitar la terminación anticipada del proceso y facultar e incluso incentivar a las partes para la búsqueda de soluciones extraprocesales a la controversia planteada. Muy expresivo en este sentido es que la Ley disponga que el desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas.

Más aún, incluso en esos casos las potestades de la Sala se ven limitadas, no sólo por la necesidad de interpretarlas y aplicarlas restrictivamente (por las razones que acabamos de apuntar acerca de la prevalencia estructural en el proceso del principio dispositivo), sino también porque la vigencia de este principio determina que sólo sea posible ejercer dichas facultades de impulso de

oficio respecto de litigios en los que la pretensión de la parte actora está bien definida y razonada, esto es, respecto de litigios ya avanzados y sustanciados en los trámites esenciales, porque sería difícilmente cohonestable con el ejercicio voluntario por el actor de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el obligarle a cubrir trámites alegatorios o de prueba que él considerase ya ajenos a sus intereses. Valga como ejemplo ilustrativo que no cabe pensar racionalmente en la posibilidad de que la Sala pueda ordenar la continuación del litigio cuando la demanda ni siquiera ha sido formulada, primero, porque basta que la parte actora no la presente dentro de plazo para que el trámite caduque y ello determine inexorablemente el archivo de las actuaciones; segundo, porque resulta ilógico y absurdo obligar a la parte a que formule demanda, cuando ya ha anticipado que no tiene el menor interés en hacerlo y, tercero, porque no cabe en tal supuesto que la Sala lleve a cabo una especie de "autoplanteamiento" del recurso en términos de control abstracto de la legalidad del acto o disposición examinado.

OCTAVO.- Si la necesidad de valorar restrictivamente las potestades de la Sala para ordenar la continuación del pleito principal pugna con su extensión acrítica a otros ámbitos, esta inicial conclusión se refuerza si se pone en relación con la propia funcionalidad de la pieza separada de medidas cautelares y su diferenciación teleológica respecto de la pieza principal.

La Ley de la Jurisdicción permite, en los términos restrictivos que hemos mencionado, la continuación del litigio respecto de la pieza principal por decisión del Tribunal, pero el estrecho margen que en este punto se le otorga tiene por presupuesto la constatación de que la conclusión anticipada del proceso impide cualquier examen por el Tribunal de la cuestión de fondo controvertida. Pero no es este el caso de la pieza separada de medidas cautelares, pues tanto si esas medidas no se solicitan por quienes pueden hacerlo (las partes personadas en los autos principales) como si las mismas son revocadas de forma sobrevenida, ello no repercute sobre la continuidad del pleito principal, que seguirá su tramitación hasta que recaiga resolución que le ponga término. Por eso no se da en la pieza separada de medidas cautelares la razón de fondo que justifica excepcionalmente la atribución de potestades al órgano jurisdiccional que se contiene en los artículos 74 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción. Y también

por eso ha de reconocerse al principio dispositivo de la pretensión un juego mayor en la pieza cautelar que el que ya de por sí se le reconoce en la principal.

Cierto es que la Ley de la Jurisdicción permite e incluso exige sopesar a la hora de la adopción de la medida provisional todos los intereses en conflicto, esto es, no sólo los intereses particulares de los litigantes, sino también los intereses generales y los de terceros (art. 130.2). Es claro que lo que permite e incluso exige la Ley es una jerarquización de los intereses concernidos, que viene dada, entre otros aspectos, por la mayor o menor conexión, cercanía o implicación de quienes los esgrimen con respecto al contenido y finalidad del acto concernido, de forma que tanto más tenue será el valor o preponderancia de ese interés en la adopción de la cautelar cuanto más lejana sea la incidencia o afección del acto sobre quien la pide. En todo caso del texto legal no se sigue una caracterización del incidente cautelar como un proceso independiente, con títulos legitimadores distintos o autónomos de los sostenidos en el proceso principal y con un objeto diferenciado de este. Quienes comparecen en este incidente son y solo pueden ser quienes ostentan legitimación para personarse y litigar en el pleito principal y si la Ley reclama la valoración de esos "intereses generales y de tercero", no lo hace porque quiera configurar una acción pública cautelar ni porque quiera atribuir al incidente cautelar un objeto distinto y cuantitativa o cualitativamente más amplio que el propio del asunto principal, sino para situar en su contexto global la tutela provisional que se solicita, aunque siempre con la vista puesta en el aseguramiento del interés legitimador y la pretensión esgrimidos en la pieza principal del proceso por quien pide la medida que se examina. Es éste el sentido que cabe dar a la expresión teleológica del artículo 129, "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia", la cual no cobra la dimensión de un interés público objetivo que dote al órgano jurisdiccional de una potestad para protegerlo al margen del interés esgrimido por la parte en el proceso y en su aseguramiento cautelar, sino que simplemente acota la función de las cautelares y con ello también los poderes del Tribunal para decidirlas, rechazarlas o configurarlas, pero siempre dentro de los límites de esa específica y legalmente determinada finalidad.

Tampoco constituyen un obstáculo para cuanto acabamos de señalar las prevenciones que contiene el artículo 132 de la Ley Jurisdiccional, en orden a la conservación y mantenimiento de las cautelares ya adoptadas. Este precepto,

en su apartado 1º, establece que *"las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley"* y añade a continuación que *"no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar"* (art. 132.2). En una primera aproximación, la contundente dicción del texto legal parece establecer como regla general que el mantenimiento de las medidas queda sustraído del poder de disposición de las partes, salvo una alteración de las circunstancias concurrentes que haga entrar en juego la cláusula *"rebus sic stantibus"* (art. 132. 2º). Ahora bien, rectamente interpretado, el precepto no establece tanto una exclusión del principio dispositivo como más bien una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar ya adoptada frente a cualesquiera interesados en su revocación o modificación, cláusula que no desapodera por completo al promotor y beneficiario de la medida de las facultades de disposición sobre la misma, sino que le ampara ante cualquier intento no consentido de privación de la tutela cautelar otorgada.

La regla general de los apartados transcritos del artículo 132 se establece en beneficio de quien obtiene la tutela cautelar y busca impedir que la tutela ya otorgada pueda ser reconsiderada en su contra. Por eso, una vez que se obtiene la medida provisional, el beneficiado por ella queda salvaguardado por la Ley en el sentido de que la protección provisional otorgada no podrá ser alterada hasta el fin del pleito (*"rebus sic stantibus"*, se entiende), de manera que si los interesados enfrentados (esto es, los que se opusieron a la adopción de la medida provisional) plantean, fuera de esos limitados casos de alteración de las circunstancias, la reconsideración y consiguiente modificación o revocación de la cautelar ya adoptada, se alzarán frente a tal intento la tajante regla procesal del artículo 132.

Ahora bien, la regla general de inalterabilidad que acabamos de describir 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.

No obstante, ha de matizarse inmediatamente que las facultades de examen por parte de la Sala y la consiguiente respuesta ha de ser distinta según que lo pedido por el beneficiario de la medida cautelar (insistimos, subsistentes las mismas circunstancias que determinaron la adopción de la medida) sea su atenuación, es decir, la sustitución de la medida ya adoptada por otra distinta y pretendidamente menos rigurosa; o bien simplemente su revocación y alzamiento.

En efecto, si se pide por la parte beneficiaria de la medida su modificación, la Sala tendrá plena competencia para analizar la petición, indagar su contenido y finalidad, contrastar y valorar todos los intereses concernidos y resolver en definitiva lo que en Derecho corresponda, sin vinculación forzosa a lo pedido por la parte proponente. En cambio, si se pide una simple revocación, el valor prevalente del principio dispositivo en la pieza separada de medidas cautelares implica que la Sala deberá resolver en consecuencia y acordar la terminación de la pieza separada, pues partiendo de la base de que la adopción de las cautelares tiene en la Ley Jurisdiccional carácter rogado (de manera que si no se solicitan no le cabe a la Sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas), y que su finalidad no es salvaguardar el orden jurídico abstracto, objetivo e institucional de las cosas, al margen del proceso principal, sino la efectividad de la sentencia favorable a la concreta pretensión del solicitante y beneficiario de la medida, no tiene sentido mantenerla si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (art. 103.1 CE), no se opone.

Este dato -el del coste y riesgos indemnizables del mantenimiento de la medida- complementa y explica que la Ley no haya extendido a ella el posible mandato judicial de mantenerla, a pesar de la voluntad de la parte recurrente de

que sea revocada, porque, a diferencia de lo que acontece en el pleito principal, el levantamiento de la cautelar no sólo no impide que la jurisdicción haga un pronunciamiento de fondo, sino que además, de no accederse a él a petición del beneficiario, se obliga a éste, por vía de caución, a arrostrar los perjuicios de cualquier naturaleza generados por una situación que él no demanda (artículo 133.1 de la Ley de la Jurisdicción).

NOVENO.- Estamos en condiciones de entrar ya en el tratamiento de la solicitud planteada con carácter subsidiario por Endesa, consistente en la revocación de la medida cautelar de suspensión para el caso de que la modificación primeramente interesada no prospere.

Es de notar que si atendemos a los términos literales de su argumentación, Endesa no parece formular un desistimiento puro y simple de su petición de tutela cautelar o una petición pura y simple de revocación, sino que parece realizar su petición en términos condicionales, habida cuenta que dice solicitar la revocación de la medida para el caso de que la Sala concluya que a la vista de las circunstancias sobrevenidas ha desaparecido el *periculum in mora*, como consecuencia de la imposibilidad de que la OPA de Gas Natural resulte triunfadora.

Ahora bien, no le falta razón al Abogado del Estado cuando apunta que ese planteamiento de la cuestión no ha sido trasladado al *petitum* del escrito de la parte actora, que al fin y al cabo solicita la revocación de la cautelar. sin supeditación a ninguna cláusula condicional. Y ciertamente, más bien parece que ese párrafo contiene una explicación de la solicitud antes que la formulación de una condición. Hallándonos, pues, ante un argumento más que ante una petición, la Sala puede resolver sobre lo pedido sin vinculación a dicho argumento y sin incurrir por tal razón en ninguna infracción del deber de congruencia, pues como ha resaltado una jurisprudencia reiterada y uniforme, el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en su razonamiento los argumentos jurídicos que constituyen el discurrir lógico-jurídico de las partes.

Dicho esto, como quiera que al fin y a la postre los actores han pedido la revocación de la medida cautelar de suspensión acordada por la Sala a su

instancia y las partes enfrentadas coinciden en manifestar su conformidad con esta concreta petición (por más que lo hayan hecho por razones o vías argumentales diferentes), resultan proyectables sobre este caso las consideraciones antes expuestas sobre el carácter rogado de la revocación de las medidas cautelares a instancia de la parte beneficiada por su adopción.

Por lo demás, ya en el Auto de 28 de abril de 2006, por el que se acordó la suspensión del Acuerdo impugnado, se vinculó la efectividad de la medida cautelar a la prestación de una caución por parte de los actores, estableciéndose concretamente en su "parte dispositiva" lo siguiente: *"Acceder a la suspensión solicitada por ENDESA S.A., la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y de la Federación Unión de Consumidores Europeos (Euroconsumo) en el recurso contencioso-administrativo nº 47/2006, interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 3 de febrero de 2006, siempre que se preste caución por 1.000 millones de euros, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, dentro del plazo de un mes"*. Al supeditarse la efectividad de la cautelar a la prestación de la caución señalada en el plazo conferido, es claro que se dejó en manos de la parte actora y solicitante de la medida su operatividad real, pues le habría bastado con no constituir esa caución para que la medida cautelar no hubiera entrado en vigor. Este dato no hace más que reforzar las conclusiones apuntadas acerca del juego del principio dispositivo en orden al mantenimiento y/o revocación de las medidas cautelares a instancia de la parte beneficiada por su adopción.

En definitiva, 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.

DÉCIMO.- Por lo que respecta a la solicitud de alzamiento de la caución acordada en aquel Auto, no ha lugar a resolver de conformidad con lo pedido por los actores, pues habiéndose opuesto a tal petición las empresas codemandadas, en atención a los perjuicios que dicen haber sufrido como consecuencia de la suspensión llevada a efecto, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 133.3 de la Ley de la Jurisdicción, que exige el transcurso de un año para que esa garantía pueda ser cancelada.

UNDÉCIMO.- No ha lugar a un especial pronunciamiento sobre las costas del incidente.

Por lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Primero.- Denegar la modificación de la medida cautelar acordada en el Auto de 28 de abril de 2006 y su consiguiente sustitución por la medida cautelar consistente en la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de ENDESA, S.A. que adquirirá GAS NATURAL SDG, S.A. al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a las que el Acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación de concentración.

Segundo.- Acceder a la petición planteada por la parte recurrente con carácter subsidiario y acordar el alzamiento de la medida cautelar acordada en el Auto de 28 de abril de 2006, dejando consiguientemente sin efecto la suspensión de la eficacia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, objeto de este recurso contencioso-administrativo.

Tercero.- Denegar el alzamiento de la caución acordada en el Auto de 28 de abril de 2006. Sin costas.

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

D. Ramón Trillo Torres

D. Fernando Ledesma Bartret

D. Mariano de Oro-Pulido y López

D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Mariano Baena del Alcázar

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Antonio Martí García

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Montalvo

D . Óscar González González

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Juan José González Rivas

D. Enrique Lecumberri Martí

D.Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Agustín Puente Prieto

D. Santiago Martínez-Vares García

D. Eduardo Espín Templado

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Margarita Robles Fernández

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Manuel Martín Timón

VOTO PARTICULAR

FECHA:15/01/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON ÓSCAR GONZALEZ GONZÁLEZ AL AUTO DICTADO POR EL PLENO DE ESTA SALA EN EL RECURSO N° 47/2006, EN FECHA 15 DE ENERO DE 2007, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS DON MARIANO DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ, DON JESÚS ERNESTO PECES MORATE, DON JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ, DON SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ, DON ENRIQUE LECUMBERRI, DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, DON AGUSTÍN PUENTE PRIETO, DON SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, DON OCTAVIO JUAN HERRERO PINA, DOÑA MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ Y DON MANUEL MARTÍN TIMÓN.

Discrepamos con todo respeto del voto mayoritario y entendemos que la petición de alzamiento de la suspensión no debió ser acordada por las siguientes razones:

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene una regulación exhaustiva de las medidas cautelares en el Capítulo II del Título VI, actualizando, como dice su Exposición de Motivos, "considerablemente la regulación de la materia". Esto supone que sus disposiciones tienen una pretensión agotadora de las medidas, dejando escaso margen a la aplicación analógica de normas procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico, en aquellos aspectos en que existe una regulación específica.

Partiendo de esta primera consideración se puede indicar que cuando el artículo 132 establece el principio general de la vigencia de las medidas cautelares adoptadas hasta la terminación del procedimiento por alguna de las causas previstas en la Ley, no admite, fuera de estos supuestos, la modificación

o revocación de las medidas durante el curso del procedimiento, salvo "si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado".

El legislador ha querido la permanencia de la medida al margen de los avatares que se vayan produciendo en el proceso, pues ni su revocación o modificación será procedente en función del "análisis de las cuestiones de forma o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar", como indica el apartado 2 del mencionado artículo.

El hecho de que la Ley haya especificado de forma taxativa los supuestos excepcionales en que cabe la revocación o modificación de las medidas cautelares adoptadas, impide extender a otros supuestos esta posibilidad. Ni siquiera por vía de interpretación pueden los órganos judiciales ampliar los términos de las normas más allá de lo que resulte de sus palabras, cuando éstas son claras, como en el caso presente, pues ello desbordaría los límites que la Constitución les impone en su artículo 117, de actuar sometidos al imperio de la ley.

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, al igual que enumeró los otros supuestos en que estableció esta posibilidad. Es este un elemental principio hermenéutico recogido por la doctrina y jurisprudencia al establecer los criterios de interpretación de las normas: "inclusus unus, exclusus alterius". Pero es que además esto se infiere, sin mayores dificultades, de los términos imperativos que usa el precepto "estarán en vigor", dice-, lo que implica que esa vigencia únicamente puede ser alterada en los escasos supuestos previstos, pero no en otros.

A poco que se profundice en el examen de este tema se obtiene la conclusión de que la anterior postura del legislador omitiendo otras formas de revocación o modificación no es consecuencia de un olvido, sino que obedece a la propia naturaleza de la institución de las medidas cautelares dentro del proceso contencioso-administrativo. Si la razón fundamental para su adopción no es otra, como indica el art. 130, que la de preservar la finalidad legítima del recurso, de tal forma que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, pueda ejecutarse, lo lógico será que si el Tribunal sentenciador ha considerado en el auto que resuelve la pieza de medidas cautelares que existe un grave riesgo de que la ejecución del acto recurrido impedirá aquella finalidad, no parece razonable que antes de terminar el proceso se deje sin efecto la medida, con el peligro de que la sentencia que se dicte quede inexecutada.

Como indica la Exposición de Motivos de la Ley "ese derecho (la tutela judicial efectiva) no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que lleva a la ejecución puntual de lo fallado en su propios términos". No se comprende que pueda subsistir un proceso en el que lo que se está discutiendo

no va a tener trascendencia práctica, porque a su término ya no puede llevarse la sentencia "a su puro y debido efecto", como expresamente señala la Ley Jurisdiccional (art. 104).

Si la parte actora, 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.

No puede sostenerse que el proceso está regido de forma absoluta por el principio dispositivo, sometido a la voluntad de las partes. 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. El distinto tratamiento que sus respectivas leyes reguladoras dan a cada uno, que, como antes se dijo, es exhaustivo en la Ley Jurisdiccional, impide sin más un trasvase de preceptos de una a la otra. Basta hacer un recorrido por alguna de sus disposiciones para darse cuenta que ese interés público lo tiene presente el legislador, y lo aplica cuando se trata de excepcionar el principio dispositivo. En efecto, así lo vemos en la figura del desistimiento, permitiendo el artículo 74.4. "rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público". Más adelante, el artículo 75.2 al regular el allanamiento impone al órgano judicial dictar "la sentencia que estime ajustada a Derecho", que podrá por tanto, ser contraria a la pretensión del actor. En el mismo sentido se expresan los artículos 76.2 y 77.3 para la satisfacción extraprocesal y la transacción.

Es más, aquilatando este punto, nos encontramos que el principio dispositivo tiene en el proceso civil importantes excepciones, como ocurre en los procedimientos relativos al derecho de familia y estado civil de las personas.

Fue opinión de toda la Sala, y así se expresa en el auto de esta fecha, que no se habían producido variaciones de circunstancias a las que se refiere el art. 132 de la Ley Jurisdiccional para proceder al levantamiento de la medida, pues los hechos nuevos acaecidos con posterioridad en nada influían en la decisión que se tomó en el auto de 28 de abril de 2006. En efecto, el peligro - "periculum in mora"- que el mencionado auto tuvo en cuenta de los graves daños que para la competencia representaba la absorción de Endesa por Gas Natural, con la desaparición que ello comportaba de uno de los competidores más activos en el mercado del gas, y el reforzamiento de Gas Natural en el mercado de la electricidad aumentando su poder significativo en el mismo, sigue subsistente en este momento, pues nada impide que esta última sociedad, a pesar de que haya otra oferta más fuerte, la mejore en el trámite de sobres cerrados.

Admitido este punto, ya no se puede acudir a otros mecanismos, como el del principio dispositivo en que se funda el auto mayoritario, para levantar la suspensión inicialmente acordada, pues se infringiría, como antes se dijo, el sistema de "numerus clausus", que el artículo 132 tiene establecido. Es más, los intereses públicos deben tenerse presentes como corrección a ese principio, y así en el mencionado auto de 28 de abril de 2006 la Sala puso de manifiesto la preferente protección que debía darse al interés de los consumidores, frente a los de los accionistas, intereses que se verían irremediablemente afectadas con el levantamiento de la medida.

Por otra parte, no estamos de acuerdo con la invocación que efectúa el auto mayoritario al Derecho a la Tutela judicial para fundamentar la posibilidad de renunciar a la medida cautelar acordada por esta Sala en el Auto de 28 de abril de 2006. Fue ese derecho a la tutela judicial lo que justificó la suspensión del acto recurrido como consecuencia del periculum in mora que el Tribunal estimó que se produciría caso de no accederse a ella, ya que la ejecución del acto impugnado suponía un grave riesgo para la libre competencia. Otorgada la tutela judicial por el Auto de 28 de abril de 2006, el derecho con ella reconocido no puede ser renunciado en perjuicio de terceros ni del interés público por imperativo del artículo 6.2 del Código Civil y, en este caso, es claro que admitido por la Sala el perjuicio para el interés público de no acordarse la suspensión, el renunciar ahora a esa medida sin que se de el supuesto excepcional previsto en el artículo 132 de la Ley Jurisdiccional es indudable que supone una renuncia en perjuicio de aquel interés público que, atendido el criterio mantenido en el Auto de 28 de abril de 2006, la Sala entonces entendió debe ser tutelado.

VOTO PARTICULAR

FECHA:15/01/2007

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Eduardo Espín Templado al auto de fecha 15 de enero de 2.007, dictado por el Pleno de la Sala en el recurso contencioso-administrativo número 2/47/2.006.

Voté en su momento en contra de la pertinencia de adoptar la medida cautelar de suspensión que fue adoptada por Auto de esta Sala de 28 de abril de 2.006 y suscribí por ello, junto con otros Magistrados, un Voto Particular en el que manifestábamos nuestra adhesión a los Votos Particulares formulados por los Magistrados Excmos. Sres. Don Ramón Trillo Torres y Don Fernando Ledesma Bartret.

Ahora bien, acordada la suspensión en el citado Auto y no habiéndose producido cambio de circunstancias en relación con las razones de interés público que llevaron a la Sala a adoptar dicha medida cautelar, comparto plenamente las razones expresadas en el Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. Don Óscar González González, al cual expreso mi adhesión.

Madrid, a quince de enero de dos mil siete.

VOTO PARTICULAR

FECHA:15/01/2007

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Auto del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 2007, dictado en el recurso contencioso-administrativo 47/2006, interpuesto por la representación procesal de ENDESA, S.A., de la ASOCIACIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS y de la FEDERACIÓN UNIÓN DE CONSUMIDORES EUROPEOS (EUROCONSUMO), contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 (B.O.E. de 4 de febrero de 2006), por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de determinadas condiciones la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de ENDESA, S.A. por parte de GAS NATURAL, SDG., S.A.:

Comparto el pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo efectuado en el Auto de 15 de Enero de 2007, por el que se estima la pretensión subsidiaria, deducida al amparo del artículo 132 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ENDESA, S.A., la ASOCIACIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS y la FEDERACIÓN UNIÓN DE CONSUMIDORES EUROPEOS (EUROCONSUMO), con el objeto de que se revoque la medida cautelar acordada por Auto del Pleno de esta Sala de 28 de abril de 2006, confirmada al resolver desestimatoriamente el recurso de súplica por Auto de 26 de junio de 2006, consistente en acceder a la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, aunque considero pertinente que en la fundamentación del Auto, para satisfacer el canon constitucional de motivación, en relación con la revocación de medidas cautelares expuesto en la

sentencia del Tribunal Constitucional 302/2005, de 21 de noviembre, deberían introducirse las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.- El artículo 132 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyo amparo se solicita por la parte demandante la revocación del Auto del Pleno de esta Sala de 28 de abril de 2006, tras reconocer el carácter provisional y cautelar de las medidas cautelares al disponer que "estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley", introduce con carácter restrictivo el principio de alterabilidad del Auto de adopción de medidas cautelares en los siguientes términos: «[...] No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado».

El apartado segundo del artículo 132 de la Ley jurisdiccional establece de forma precisa límites a la potestad jurisdiccional de modificación o revocación de las medidas cautelares:

«No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar».

La lectura de este precepto revela la característica de rigidez de las medidas cautelares, que constituye una manifestación del principio de seguridad jurídica, que se atenúa en cuanto promueve que la decisión se conserve inmutable hasta el término del proceso, en razón de la finalidad aseguradora del resultado del proceso, salvo si se produce una modificación de las circunstancias en virtud de las cuales se adoptaron.

De ello se deduce que la finalidad institucional de esta disposición procesal es autorizar al órgano judicial a que pueda, a instancia de parte, modificar o revocar el auto acordando medidas cautelares, cuando se acredita la

existencia de hechos o circunstancias posteriores sobrevenidos, que no fueron objeto de toma en consideración con anterioridad, que revelen que las medidas acordadas no son ya imprescindibles, necesarias o adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia y que el acuerdo de dejar sin efecto el mantenimiento de la medida cautelar no hace perder su finalidad legítima al recurso.

El presupuesto legal que habilita al órgano judicial a acordar legítimamente la decisión de modificar o revocar las medidas cautelares acordadas, resulta de que en el procedimiento incidental se aduzcan o introduzcan hechos nuevos o circunstancias sobrevenidas que justifiquen que la ejecutividad inmediata del acto impugnado no haga perder su finalidad legítima al recurso, de modo que los derechos e intereses de la parte no se sacrifican de forma irreversible por la decisión judicial, ni que con esa nueva resolución se perturben de modo grave los intereses generales o de tercero, que constituye un límite material complementario a las prescripciones limitativas contempladas en el artículo 132.2 de la Ley jurisdiccional, que se deduce de la integración de este precepto con lo dispuesto en el artículo 130.2 de la LJ.

La naturaleza singular del proceso contencioso-administrativo como un proceso destinado a satisfacer la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos administrativos, que se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 136/1995, de 25 de septiembre, y no sólo como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva, o si se prefiere como un proceso al acto, enmarca e impregna, asimismo, el proceso cautelar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de modo que la fiscalización plena de la actuación administrativa impuesta por el artículo 106.1 de la Constitución comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutorio de los actos administrativos, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida al control de un Tribunal contencioso-administrativo, que deberá acordar las medidas cautelares adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (SSTC 66/1984, de 6 de junio y 14/1992, de 10 de febrero).

Sin embargo, el derecho a la justicia cautelar, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, no justifica una plena, absoluta e incondicionada disposición de las partes del procedimiento cautelar contencioso-administrativo, porque la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, como hemos referido, prohíbe al órgano judicial que modifique o revoque las medidas cautelares acordadas con base en haber variado la fundamentación de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, o en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos sometidos a su enjuiciamiento, delimitando objetivamente, por razones de interés público conectados a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, la facultad de las partes de solicitar por razones de mera conveniencia, sin tomar en consideración la afectación de los intereses públicos o a intereses privados derivada del cambio de circunstancias fácticas o jurídicas respecto a la situación inicial, la modificación o revocación del Auto de medidas cautelares.

Cabe significar que en el incidente cautelar suscitado en el proceso contencioso-administrativo, en razón del carácter de accesoriedad respecto del proceso principal, cuyo objeto es la salvaguarda de intereses públicos y privados legítimos de los ciudadanos y de la Administración, atendiendo a su naturaleza y estructura, ya que las partes no ostentan un poder de disposición sobre el Derecho material, por su carácter de Derecho público, el principio dispositivo no rige con la misma amplitud y extensión que en el proceso civil, en que las medidas cautelares se adoptan a instancia del actor principal o reconvenional "bajo su responsabilidad", según dispone el artículo 721 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Segundo.- En este supuesto, la revocación de la medida cautelar acordada por Auto del Pleno de esta Sala de 28 de abril de 2006, que accedió a la suspensión de la ejecutividad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, previa la prestación de caución por importe de 1.000.000 de euros, a mi juicio, considero que debe justificarse en la apreciación de la concurrencia de circunstancias que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento en que se dictó la resolución cautelar, relacionadas con la autorización de la oferta pública de adquisición de acciones de la empresa E.ON

sobre ENDESA, S.A., acordada por resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de noviembre de 2006, que tiene incidencia relevante en la propia estructura de los mercados relevantes energéticos de la electricidad y de gas afectados por la operación de concentración, y en la misma estructura y valor de la empresa recurrente, y que ha provocado que el periculum in mora se haya debilitado, como sostiene la parte actora, al no derivarse de la ejecución del citado Acuerdo situaciones jurídicas irreversibles que hicieran ineficaz la sentencia y, asimismo, altera la composición y ponderación de los intereses en conflicto en los que el Pleno de la Sala basó su decisión cautelar, ya que los intereses públicos quedan salvaguardados ahora con la ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros, según reconocen todas las partes personadas, a la luz de sus escritos, (ENDESA, la ASOCIACIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS y la FEDERACIÓN UNIÓN DE CONSUMIDORES EUROPEOS (EUROCONSUMO), GAS NATURAL, IBERDROLA y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO), y porque debe considerarse la revocación instada 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.

La Sala, en la resolución de este incidente cautelar, no debe obviar la naturaleza singular del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, objeto de suspensión por el Auto del Pleno de esta Sala de 28 de abril de 2006, que se inscribe en el marco de las potestades de ordenación de la política económica y de defensa de la competencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que obliga a modular la aplicación del régimen jurídico procesal de las medidas cautelares en este sector del Derecho público, en relación con los criterios de ponderación de los intereses públicos prevalentes y privados afectados.

Y no puede desconocerse en este supuesto, en la aplicación del artículo 132 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el carácter complejo, interdependiente y dinámico del sector energético, que constituye el

marco empresarial en que se desarrollan las actividades de las empresas afectadas por la operación de concentración económica, por tratarse de la explotación de recursos escasos, esenciales para el desarrollo económico, social y ecológico de una comunidad, que requiere afrontar políticas globales en relación con las fuentes de abastecimiento, la generación, producción y distribución de gas y electricidad, que trascienden de la dimensión nacional, como se evidencia de la lectura de las Conclusiones y Recomendaciones del Consejo Europeo, acordadas en las reuniones celebradas en 2006, y la incidencia sobrevenida, como es un hecho notorio, del reforzamiento de la posición empresarial e industrial de las empresas competidoras en los mercados relevantes afectados.

La irreversibilidad de los perjuicios que con la operación de concentración económica se producirían a la empresa recurrente, según se afirma en la fundamentación del Auto del Pleno de la Sala de 28 de abril de 2006, en la expresión del voto mayoritario, porque "su control por la sociedad oferente afectaría sin duda a su proyecto empresarial, a corto plazo, a su estructura administrativa y laboral, e incluso a sus expectativas en el mercado del gas", que justificaba la legitimación de ENDESA para accionar en la vía contencioso-administrativa contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, parece desvirtuada por las alegaciones efectuadas por la Entidad Mercantil y las Asociaciones demandantes que invocan los perjuicios económicos irreversibles que les provocaría el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del Acuerdo del Consejo de Ministros.

La ponderación de los intereses en conflicto, atendiendo a las circunstancias fácticas sobrevenidas de carácter económico concurrentes en el momento de resolver este incidente cautelar de revisión de las medidas cautelares acordadas, permite alcanzar la conclusión jurídica de que la prevalencia de los intereses públicos vinculados a la defensa de la competencia y a la transparencia del mercado de valores, aconseja alzar la medida de suspensión de la ejecutividad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006.

Esta decisión revocatoria se estima congruente con la doctrina de esta Sala dictada en materia de adopción de medidas cautelares solicitadas en

supuestos de concentración económica [Auto de 16 de mayo de 2003 (R 39/2002), Auto de 21 de mayo de 2003 (R 37/2002) y Auto de 30 de junio de 2003] en los que se sostiene que "es irrelevante la suspensión si el efecto pretendido por esta ya se consigue, al menos durante el proceso, con las condiciones que a la concentración se han impuesto por los Acuerdos del Consejo de Ministros", ya que "el carácter ejecutivo de estos actos ha de suponer sólo una suspensión innecesaria".

En relación con la definición y ponderación del "interés público prevalente", hemos declarado:

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

Cabe por último significar que de la revocación del Auto del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006, no se infiere, acogiendo los razonamientos expuestos por el Abogado del Estado, perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Madrid, a 15 de Enero de 2007.