

Control jurisdiccional de las concentraciones económicas y medidas cautelares: reflexiones en torno al auto del Tribunal Supremo en el asunto "Salcai/Utinsa" (2001)

Alejandro FERNÁNDEZ DE ARAÓZ GÓMEZ-ACEBO (*)

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de control de las concentraciones económicas establecido por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") contempla drásticas consecuencias para aquellos casos en los que la operación en cuestión fuera declarada improcedente por el Consejo de Ministros. Ello incluye la adopción de todas aquellas medidas oportunas dirigidas a dejar sin efecto la misma, lo que posibilita ordenar, entre otras cosas, la desconcentración (1).

Como es sabido, hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (2), nuestro sistema de control de concentraciones consagraba un sistema de control "a posteriori" por parte de la Administración. Pues bien, la norma antes citada vino a modificar por completo el sistema anterior y, en línea con el modelo comunitario, introdujo un régimen de suspensión de las operaciones hasta tanto no se recibiera la autorización expresa o tácita de la Administración (3). Esta modificación legislativa ha sido recogida de forma muy positiva toda vez que, no sólo refuerza el carácter preventivo del sistema sino que redundará en una mayor eficacia del

mismo, con un evidente aumento de la seguridad jurídica para los administrados (4).

El objeto del presente trabajo es analizar cómo se despliega el control jurisdiccional en aquellos casos en los que la concentración económica en cuestión es declarada por el Consejo de Ministros improcedente o bien cuando la declaración de procedencia se sujeta a la observancia de determinadas condiciones. Más concretamente, nos proponemos examinar tanto los requisitos exigibles en toda solicitud de medidas cautelares dirigida a dejar en suspenso la ejecución del acto administrativo consistente en el propio acuerdo del Consejo de Ministros, como cuál ha sido el análisis que ha venido aplicando hasta la fecha nuestro Tribunal Supremo en aquellos contados casos que se le han planteado. Si bien nuestra doctrina se ha ocupado con profusión del régimen de medidas cautelares establecido por la propia LDC o aplicable en fase contencioso-administrativa a las conductas prohibidas por los arts. 1 y 6 de la propia LDC (5), lo cierto es que el régimen de la tutela

(4) Son sobradamente conocidas las dificultades de orden práctico que plantea llevar a cabo una "desconcentración" cuando la misma ya se ha materializado; en este sentido, nos remitimos al asunto "Rádios" tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, ponente: Menéndez Pérez. RJ 2001\450) de 9 junio de 2000. En el ámbito comunitario, existen algunos precedentes, si bien escasos, que proporcionan algunas líneas generales sobre cómo han de administrarse dichos procesos de "desconcentración"; se trata de los asuntos "Schneider/Legrand" (asunto M.2283; vid. Nota de Prensa de la Comisión Europea, IP (02) 175, 30 enero 2002) y "Tetra Laval/Sidel" (asunto M.2416; vid. Nota de Prensa de la Comisión Europea, IP (02) 174, 30 enero 2002).

(5) En este sentido, pueden verse los trabajos de MARTÍNEZ LAGE y ALLENDESALAZAR CORCHO, "La tutela cautelar en sectores específicos del Derecho Público (III): Derecho de la Competencia e Intervención Administrativa en la actividad económica", en AA.VV. *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pp. 279 y ss.; ORTELLS RAMOS y BELLIDO PENADÉS, *Las medidas*

(*) Abogado; Doctor en Derecho; Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

(1) Art. 17, c) 1 LDC.

(2) BOF nº 151, 24.6.2000, pp. 22440-22458.

(3) Art. 15.2 LDC.

cautelares aplicable a las concentraciones económicas ha pasado hasta la fecha en buena medida desapercibido.

Como "banco de pruebas" para llevar a cabo este análisis, hemos seleccionado el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001 (6), dictado a raíz del recurso contencioso-administrativo presentado contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2000, por el que se declaraba improcedente la fusión entre las sociedades "Salcaí, S.A.L." y "Utinsa, S.A.", por entender que la misma obstaculizaría gravemente el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de transporte regular de viajeros por carretera en la isla de Gran Canaria (7). Debe recalarse que se trata de la primera vez en nuestro país que se suspende cautelarmente un Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se declara improcedente una concentración económica (8).

La fusión que fue objeto del Auto del Tribunal Supremo antes citado se materializó estando vigente el régimen anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2000, es decir, cuando la notificación de las operaciones de concentración no tenía carácter suspensivo. En este sentido podría pensarse que, como consecuencia de la modificación normativa que ha tenido lugar, se elimina cualquier posible hipótesis de una concentración económica ya materializada, que deba posteriormente deshacerse o condicionarse. Pues bien,

cautelares en Derecho de la Competencia, Valencia, 1999; CASES PALLARÉS, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, 1995, pp. 302 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Las medidas cautelares en el Derecho de la competencia", AA.VV. *Anuario de la Competencia 1996*, Madrid, 1998, pp. 139 y ss.; SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, 1998, pp. 535 y ss.

(6) RJ 2001/5914.

(7) BOE 13.I.2001, p. 1089.

(8) No podemos dejar de mencionar que, con posterioridad al Auto, ha recaído ya sobre el fondo del asunto la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002 (Pon. P. Lucas Murillo de la Cueva) estimando definitivamente el recurso y anulando el acuerdo del Consejo de Ministros. Mas allá de la curiosidad por el desenlace del procedimiento, lo cierto es que la sentencia no tiene en sí misma mayor interés toda vez que se estimó dicho recurso fundamentalmente por un tema de plazos ya que la remisión al TDC se efectuó pasado el plazo de 30 días legalmente establecido por lo que las recurrentes pudieron beneficiarse de la autorización tácita.

no cabe duda que el cambio de normativa tendrá como consecuencia el que este tipo de situaciones se vea drásticamente reducido; por ello, puede decirse que este trabajo es, en cierta medida, una crónica sobre un episodio de "historia" del Derecho de la Competencia de nuestro país.

Hecha esta precisión obligada y dejando al margen los casos de incumplimiento flagrante y directo de la obligación de notificación, no pueden descartarse determinados supuestos en los que, por diferentes razones, las partes pudiendo entender que no les es de aplicación la normativa, decidiendo por ello no notificar la operación a las autoridades competentes y procediendo sin más a formalizar la misma. Es evidente que, con posterioridad a dicha formalización, la operación podrá ser objeto de una investigación de oficio por parte del Servicio de Defensa de la Competencia ("S.D.C.") (9); dicha investigación podría acabar desembocando en un acto administrativo declarando la improcedencia de la operación y ordenando la adopción de las medidas oportunas para dejar ésta sin efecto. En la práctica, los supuestos más frecuentes que pueden plantearse son aquéllos derivados de las dificultades de delimitar el "mercado de producto relevante" cuando una de las implicaciones que ello conlleva es que la operación quede o no incluida en el ámbito de aplicación establecido por el art. 11 LDC y, por ende, en la obligación o no de realizar la notificación previa. Asimismo, tampoco son despreciables las diferentes situaciones fácticas en las que lo que se cuestiona es la existencia misma de "control" por discrepar la Administración y las partes acerca de la existencia o no de una "influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa" (10). Pues bien, este último supuesto de hecho mencionado se ha producido recientemente en nuestro país como consecuencia de la compra por parte de la empresa constructora ACS de una participación accionarial cercana al 23,5% de su rival Grupo Dragados, operación que ha motivado la incoación de

(9) Art. 15. Bis 4 LDC.

(10) Art. 2.3 a) Real Decreto 1443-2001, de 21 de diciembre (BOE, núm. 16, 18 enero 2002, p. 2307). Debe recalarse que tras la entrada en vigor del Real Decreto 1443-2001, de 21 de diciembre, el Ministerio de Economía ha aprovechado para alinear el concepto de "control" establecido por el art. 11 LDC con la normativa comunitaria sobre control de concentraciones.

un expediente sancionador por parte del Servicio de Defensa de la Competencia por entender que se ha producido una modificación permanente en la estructura de control de Grupo Dragados que debería de haberse notificado y por entender asimismo que se ha vulnerado el art. 15.2 LDC toda vez que se ha procedido a la formalización de la operación antes de recibir la autorización expresa o tácita por parte de la Administración (11). Idéntico supuesto se ha producido con motivo de la adquisición de un 24,5% del capital social de la inmobiliaria Vallehermoso por parte de Sacyr (12).

Parece evidente que los riesgos que conlleva formalizar la operación sin recabar previamente alguna seguridad por parte de la Administración aconsejan siempre, por razones de elemental prudencia, evitar semejante estrategia y notificar la misma (13). Ahora bien, pueden existir casos o situaciones en las que resulte inevitable, pese a todo, la formalización de la operación o bien casos en los que exista una legítima discrepancia en la valoración jurídica efectuada acerca de en qué medida existe o no una "operación de concentración". Es en estos casos cuando se plantea con evidente relevancia en qué medida va a poder suspenderse cautelarmente en sede jurisdiccional la ejecutividad de un posible acuerdo del Consejo de Ministros declarando improcedente la operación o sometiendo la misma a condiciones. Con ello, se posibilita a la parte recurrente combatir la delimitación del mercado de producto efectuada o la determinación de si se ha producido una modificación estable en la estructura de control y, por ende, las conclusiones alcanzadas sobre el impacto de la operación respecto al mantenimiento de una competencia efectiva.

A continuación, analizaremos primero los hechos y la valoración jurídica efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe preceptivo, así como el Acuerdo del Consejo de Ministros recaídos

(11) En este sentido, pueden verse las comunicaciones de hechos relevantes efectuadas por ambas sociedades a la CNMV al amparo del art. 82 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores; vid. Hecho Relevante nº 34736 (23 de abril de 2002); www.cnmv.es.

(12) Vid. Hecho Relevante nº 36557 (8 julio 2002).

(13) Siempre cabe realizar la consulta previa prevista por el art. 15.5 LDC toda vez que la respuesta de la Administración tiene carácter vinculante.

en el asunto "Salcai/Utinsa". Seguidamente, abordaremos con carácter general los requisitos establecidos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("LRJCA"), en materia de medidas cautelares y cómo se han venido aplicando a resoluciones administrativas dictadas en aplicación de las normas en materia de control de concentraciones económicas; en este orden de cosas, analizaremos en qué medida la revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en el ámbito del control de concentraciones merita un tratamiento específico o singular en lo que a la tutela cautelar respecta. Más adelante, analizaremos el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001 dictado en el asunto "Salcai/Utinsa" para concluir sobre en qué medida cabe extraer de la resolución citada una serie de principios generales.

II. EL ASUNTO "SALCAI-UTINSA": DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y DE LA VALORACION JURÍDICA REALIZADA

Si bien el objeto de este trabajo no es el análisis de los detalles del caso "Salcai/Utinsa", parece no obstante necesario exponer, de un modo sintético, las líneas generales del mismo al objeto de posibilitar al lector un mejor entendimiento del marco en el que se sitúa el Auto del Tribunal Supremo.

1. Antecedentes y tramitación

En enero de 2000, las Juntas Generales de Accionistas de Salcai, S.A. (en adelante, "Salcai") y de Unión de Transportes Insulares, S.A. (en adelante "Utinsa") acordaron su fusión. Tras un requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, tuvo lugar la notificación de la operación. No obstante, toda vez que la información proporcionada debió ser incompleta y que no se aportó en plazo aquella que fue requerida por el Servicio, la notificación no surtió efecto como supuesto de autorización tácita.

Tras la remisión del expediente al TDC, éste fue referenciado como C 56/00 ("Salcai/Utinsa") (14). El informe del TDC fue remitido el 25 de julio de 2000 al Gobierno; la parte dispositiva del dictamen concluyó

(14) Puede consultarse el informe del TDC en www.mineco.es/TDC

que, tenidos en cuenta los efectos sobre la competencia que podría causar la operación y en ausencia de elementos compensatorios de las restricciones apreciadas, resulta adecuado declarar improcedente la operación notificada (15).

2. Partes intervinientes

Salcai es adjudicataria de la concesión administrativa de transporte regular de viajeros que comprende las rutas entre Las Palmas y el Sur de la isla de Gran Canaria. No realizaba transporte discrecional de viajeros. Con una plantilla media de aproximadamente 450 trabajadores y una flota de 175 vehículos, la cuenta de resultados de los 3 últimos ejercicios arrojaba pérdidas de explotación.

Por su parte, Utinsa es adjudicataria de la concesión administrativa de transporte regular de viajeros en los Sectores Norte y Centro de la isla de Gran Canaria, venciendo dicha concesión en el año 2008. Con una plantilla media de 327 personas y una flota de 123 vehículos, sus pérdidas de explotación eran todavía más acentuadas.

La operación de fusión dio lugar a una sociedad anónima laboral de nueva creación, a la que las dos sociedades transmitieron en bloque la totalidad de su patrimonio.

Desde un punto de vista empresarial y político, una lectura detenida del Informe del TDC pone de manifiesto que se trató de una fusión impulsada por el Cabildo Insular como medida para racionalizar la explotación del servicio regular de transporte de viajeros en la isla y posibilitar la integración del servicio regular en toda la isla.

3. Aplicación de la LDC

Aunque las partes implicadas en el proceso de fusión antes descrito no alcanzaban los volúmenes de negocio establecidos por el art. 14 LDC, la Administración

(15) Debe dejarse constancia de que, quien fuera nombrado precisamente Ponente formuló un voto particular por el que entendía que, mientras durara el actual periodo concesional, la operación notificada no podía afectar a las condiciones de competencia en el mercado, por lo que estimaba más adecuado declarar la procedencia de la operación.

consideró que la empresa resultante alcanzaba una cuota de mercado superior al 25% del transporte de viajeros por carretera de carácter regular en el mercado geográfico de la isla de Gran Canaria.

4. Delimitación del mercado relevante; características

4.1. Mercado de producto

Remitiéndose a su propia doctrina tal y como fuera establecida en el Expte. C45/99 (*Alianza Bus-Enatcar*), el TDC definió el mercado de producto relevante como el del transporte de viajeros por carretera, de carácter regular, permanente y de uso general.

4.2. Mercado geográfico

Debido a las peculiaridades del sistema de concesiones de transporte regular y a las características propias de las Islas Canarias (físicas, por distancia con la Península; y administrativas y fiscales por la regulación específica y aplicable), el TDC delimitó el mercado geográfico relevante como el de la isla de Gran Canaria.

4.3. Características del mercado relevante

El mercado relevante se ha caracterizado históricamente por ser deficitario y estar fuertemente intervenido por las Administraciones Públicas competentes, no sólo debido a su carácter concesional, sino al protagonismo de las mismas en la estructura de las compañías que integran el sector.

Se trata además de un sector altamente concentrado, donde la cuota de mercado conjunta de ambas empresas fusionadas se sitúa en el 97,36% en términos de ingresos por viajeros y en el 98,67% en términos de viajeros-kilómetros. En cuanto al impacto de la operación en el índice Herfindahl-Hirschmann (HHI) (16), éste se situaría aproximadamente en 3.931, si se atiende a los ingresos, y en 3.968, si se tienen en cuenta los viajeros.

(16) El índice HHI, habitualmente empleado por las autoridades de defensa de la competencia, es un indicador expresado matemáticamente que describe la estructura del mercado relevante y determina cuál es el poder que las empresas tienen en el mismo.

En todo caso, puede decirse que las 5 concesionarias restantes de la isla tienen un tamaño prácticamente insignificante comparado con el de las 2 empresas fusionadas.

Por último, debe destacarse que existen importantes subvenciones a las empresas fusionadas, tanto al déficit de explotación como a las inversiones, por parte del Cabildo Insular en el marco de unos contratos-programa.

A la vista de los datos anteriores, el Informe del TDC concluye que "nos encontramos ante dos empresas, que son muy ineficientes, con unos costes excesivos, y que sobreviven gracias a las subvenciones de la Administración". El TDC continúa diciendo que "si se rescatasen las concesiones, otras empresas podrían prestar un mejor servicio a los usuarios, sin la necesidad de dichas subvenciones, simplemente gestionando mejor las empresas y, por ello, incurriendo en menores costes".

5. Barreras de entrada

En el análisis realizado por el TDC, las principales barreras de entrada que se constataron fueron tanto el propio sistema concesional como la duración de las concesiones. Efectivamente, si el sistema provoca un cierre absoluto del mercado durante el periodo concesional, los largos plazos de dichas concesiones (en el caso concreto, hasta el 2007 no habrá nuevos concursos) dificultan aún más el acceso a la actividad. A todo ello, debe añadirse la rigidez en los mecanismos legales de modificación de concesiones.

Por otra parte, el TDC destaca el problema conocido como "captura del regulador" por el que la propia Administración acaba protegiendo a las empresas ya implantadas frente a los potenciales entrantes, promoviendo así beneficios para la industria regulada que son superiores a los que se derivan para el bienestar general.

Asimismo, el TDC puso de manifiesto los problemas derivados de una información asimétrica. Efectivamente, en la medida en que la información básica sobre la demanda (niveles de ocupación, estacionalidades, etc...) está exclusivamente en manos del titular de la concesión, es muy difícil que cualquier potencial entrante pueda disponer de dicha información en igualdad de condiciones.

Por último, la insularidad de este mercado se ha considerado como una barrera de entrada adicional.

6. Efectos de la operación

A juicio del TDC, la fusión de ambas empresas, no sólo provocará que una misma empresa concentre más de un 98% del mercado en cuestión sino que, desde una perspectiva dinámica, ello tendrá implicaciones negativas para el proceso concursal futuro de la isla. En definitiva, la reducción del mercado y la norma de las oportunidades de acceso de potenciales entrantes provocará un evidente deterioro de la competencia. A ello, se añade la posibilidad de aumentos en los plazos concesionales y el incremento en el efecto antes mencionado de "captura del regulador". Por último, el TDC no compartió los argumentos de los notificantes y no consideró que la operación presentara elementos que pudieran contrarrestar los efectos negativos de la operación.

En contraposición a esta tesis, uno de los vocales que formuló un voto particular afirmando que, mientras durara el periodo concesional, la operación no podría afectar a las condiciones de competencia ya que, por definición, se trata de un mercado reservado en exclusividad a las concesionarias. En cuanto a futuros concursos, entiende que parece impensable que la empresa resultante de la fusión pueda llegar a obtener la adjudicación de los mismos sin ofertar unas condiciones competitivas.

7. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2000

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2000 (17) no presenta particularidades dignas de mención toda vez que hace suyo en su práctica integridad el Informe del TDC y, de conformidad con el art. 17, c) 2 LDC, decide declarar improcedente la operación de concentración en cuestión, ordenando la adopción de las medidas necesarias para dejar sin efecto la operación.

(17) Si bien el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001 hace referencia a un Acuerdo de 6 de octubre, la Orden de 22 de diciembre de 2000 (BOE 13.1.01, 1687) se remite al 13 de octubre.

Como es sabido, el art. 12.1 a) LRJCA establece que el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos contencioso-administrativos contra acuerdos del Consejo de Ministros es el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso). Pues bien, la sociedad mercantil resultante de la fusión interpuso recurso contencioso-administrativo contra el citado Acuerdo del Consejo de Ministros, solicitando cautelarmente la suspensión de la ejecutividad del mismo. El Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001 resolviendo la pieza separada de suspensión es precisamente el resultado del recurso presentado.

III. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO Y REQUISITOS

1. Introducción

Con carácter general, debe recordarse que nuestro ordenamiento jurídico consagra el principio de que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan (art. 57.1 LRJPAC), y que son inmediatamente ejecutivos (art. 94 LRJPAC) por lo que la interposición de un recurso contra los mismos no suspende su ejecución (art. 111.1 LRJPAC) (18). Como dijera ya nuestro Tribunal Constitucional, estas características del acto administrativo, no sólo no vulneran la Constitución sino que encuentran su encaje en el principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa que emana del art. 103.1 de la propia Constitución (19).

No obstante, si bien la necesidad de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales constituye ciertamente el anclaje constitucional genérico de la autotutela administrativa, una vez que la misma es cuestionada mediante una solicitud de medidas cautelares, resulta necesario verificar si, efectivamente, la ejecutividad inmediata y forzosa del acto está justificada en el caso concreto porque así lo reclame el interés general, o si, por el contrario, tiene que ceder, incluso aunque

esté justificada, para preservar la efectividad de la sentencia, evitando que el proceso lo haga inútil (20). Por ello, si el fundamento de la ejecutividad del acto administrativo se encuentra en la necesidad de servir con eficacia a los intereses generales, habrá de concluirse que el acto administrativo se verá privado de dicha cualidad cuando el interés general no exija la ejecutividad inmediata del mismo o cuando, aún exigiéndola, la protección cautelar frente al acto sea necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que el tiempo que dura el proceso termine por privarlo de su finalidad (21). De ahí que la cuestión se plantea en términos de evidente tensión dialéctica por cuanto que de la misma forma que el principio de ejecutividad encuentra su justificación constitucional en el principio de eficacia (art. 103.1 Constitución), también encuentra su más severa limitación en el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24.1 Constitución) en la medida en que aquél pueda llegar a representar un obstáculo para un ejercicio real y efectivo de este derecho. Por todo ello, si bien la razón de ser de la justicia cautelar se halla en la necesidad de equilibrar el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme con la necesidad de asegurar desde el primer momento el resultado final del proceso, no es menos cierto que la principal causa de su pujante actualidad es el progresivo asentamiento del significado último del Estado de Derecho que conlleva el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 Constitución) y el reconocimiento para el justiciable en sus litigios con la Administración del derecho fundamental de la obtención de una tutela judicial efectiva.

Todo ello explica, en buena medida, tanto la creciente importancia de las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo como que la cuestión haya dado lugar a un abundante material doctrinal y jurisprudencial por el indudable interés y complejidad que la misma plantea.

(18) En torno a este principio básico, puede consultarse la excelente monografía de BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, 1995.

(19) Vid. por todas, SSTC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984\22) y 78/1996, de 20 de mayo (RTC 1996\78).

(20) BARCELONA LLOP, *op. cit.*, p. 164.

(21) Vid. CHINCHILLA MARÍN, "Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en AA.VV. *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 24 (en adelante "Los criterios de adopción...").

Pues bien, no corresponde aquí recordar las grandes deficiencias que tenía la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, ni constatar nuevamente el hecho de que dicha Ley fue ampliamente desbordada por las exigencias constitucionales derivadas del artículo 24 de la Constitución, toda vez que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pronunció claramente por entender que las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva (22). Nos proponemos un objetivo mucho más modesto como es el de encuadrar el problema de la suspensión cautelar de la ejecutividad de los actos administrativos mediante un somero análisis de su actual regulación contenida en el Título VI de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con ello, confiamos poder facilitar una valoración de la problemática específica que se plantea en aquellos casos en los que, habiéndose formalizado ya una operación de concentración económica, el Consejo de Ministros acaba dictando un acuerdo declarando la misma improcedente o sometiendo su aprobación al cumplimiento de determinadas condiciones.

2. Presupuestos formales

2.1. Solicitud planteada en tiempo y forma por el recurrente

El art. 129.1 LJCA establece que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. En la práctica, esta petición se efectuará desde el escrito mismo de interposición del recurso contencioso-administrativo por medio de otrosí, debiendo estar debidamente razonada la petición, con aportación, en su caso, de la correspondiente documentación

(22) En este sentido, pueden verse entre otras las SSTC 199/1998, de 13 de octubre, 78/1996, de 20 de mayo, y 66/1984, de 6 de junio. Desde hace varios años, el Profesor García de Enterría venía ya refiriéndose a la "constitucionalización de las medidas cautelares" como medio para compatibilizar la autotutela administrativa con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva; vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario y proceso contencioso-administrativo español*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 305 y ss. Para un estudio completo de la materia, por todos, puede verse CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, pp. 134 y ss. y más recientemente, de la misma autora, "Los criterios de adopción...", op. cit., pp. 23-25.

y pruebas pertinentes, sin que baste una mera referencia al precepto legal o un razonamiento estereotipado (23).

2.2. Órgano jurisdiccional competente

Por aplicación del art. 12.1 a) LJCA, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo es competente en única instancia para los recursos que se deduzcan en relación con los actos del Consejo de Ministros.

2.3. Tramitación

El art. 131 LJCA prevé que la tramitación se realizará mediante pieza separada de tal forma que el plazo de alegaciones de la Administración demandada o partes contrarias no excederá de diez días y el auto deberá dictarse en cinco días desde la terminación de la pieza.

La única novedad respecto de la ley anterior es que se concreta que, si la Administración no hubiera aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor del acto impugnado, lo que tiene la ventaja de no demorar la decisión más allá de lo estrictamente necesario (24).

3. Presupuestos sustantivos: alcance del llamado "juicio de ponderación" y su prevalencia sobre otros elementos

El art. 130 LJCA, que es el precepto fundamental donde se recogen los presupuestos sustantivos para la adopción de medidas cautelares, se construye sobre una doble referencia. Por una parte, se remite a los "intereses en conflicto", cuya "valoración circunstanciada" debe efectuarse por el órgano jurisdiccional competente. Por otra parte, el precepto citado se construye sobre la noción de pérdida de la "finalidad legítima" del recurso, derivada de la ejecución del acto (o de la aplicación de la disposición impugnada), como supuesto en que el órgano jurisdiccional "podrá" acordar aquella medida.

(23) En este sentido, puede verse RUIZ RISUEÑO, *El proceso contencioso-administrativo*, 4ª ed., Madrid, 2000.

(24) RUIZ PIÑEIRO, *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, 2001, p. 83.

Con ello, se pone de manifiesto que la literalidad del precepto viene a recoger, junto al principio de pérdida de la "finalidad legítima del recurso", el juicio de ponderación de todos los intereses en conflicto como criterio determinante de la tutela cautelar. De esta forma, se excluye toda posibilidad de acordar la tutela cautelar solicitada si se produce una perturbación grave de los intereses generales o de tercero (25). Pues bien, la valoración circunstanciada de los diferentes intereses en conflicto demanda considerar conjuntamente la posición de los diferentes afectados por la eventual concesión de la medida cautelar, dando prioridad a aquellas situaciones que se estiman más dignas de protección (26).

En la práctica, esto ha llevado a que los tribunales hayan venido manteniendo la prevalencia del interés público sobre el particular por lo que es forzoso constatar que el interés general ha conducido frecuentemente a la denegación de la suspensión cautelar solicitada. En puridad, no obstante y sin perjuicio de dejar constancia de que se trata de una cuestión compleja y doctrinalmente polémica, no pensamos que exista una base normativa para ello toda vez que la propia redacción del art. 130 LRJCA parece colocar a un mismo nivel tanto los intereses públicos como los privados, por lo que habrá de estarse a cuál sea el preponderante en cada caso (27).

(25) En este sentido, pueden verse los trabajos de TORRES FERNÁNDEZ "Las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2, 1999, p. 154; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ "La suspensión del acto administrativo", en AA.VV. *Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Estudio sistemático*, (Dir. B. Pendás García), Barcelona, 1999, p. 511.

(26) RODRÍGUEZ PONTÓN, *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo*. Barcelona, 1999, pp. 198-199.

(27) Vid. FENOR DE LA MAZA, *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid, 1998, pp. 325 y ss.; en contra, DEL GUAYO CASTIELLA y DOMINGO LÓPEZ, "Disposiciones comunes a los Títulos IV y V", en AA.VV. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 1999, p. 1024, para quienes la perturbación del interés general debería, en todo caso, conllevar la denegación de la tutela cautelar en base a los principios "salus publica suprema lex est", de solidaridad y la cláusula del Estado Social.

4. ¿Ha desaparecido la exigencia del "fumus boni iuris"?

El criterio del *fumus boni iuris*, que se incluía en el art. 124.2 del Proyecto de LJCA remitido por el Gobierno a las Cortes, acabó siendo suprimido en el texto definitivo de la ley. Ello nos obliga a plantearnos las implicaciones jurídicas que tiene y, de un modo más concreto, cuál es el impacto de esta supresión para el tipo de acto administrativo como el que ahora nos planteamos.

Ya hemos analizado cómo el carácter ponderativo que condiciona la naturaleza de la decisión cautelar no se agota en una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Junto al *periculum in mora* como presupuesto básico de la adopción de medidas cautelares, el órgano judicial debe tomar en cuenta qué posibilidades existen de que la sentencia, que en su día recaiga, pueda ser favorable a las pretensiones de quien solicita la medida o, lo que es lo mismo, la apariencia de buen derecho de dichas pretensiones.

No podemos sino recordar nuevamente aquí la extraordinaria contribución doctrinal realizada por García de Enterría quien, al destacar la importancia de la configuración de la apariencia del buen derecho como garantía frente al abuso de la autotutela por parte de la Administración, llegó incluso a sostener que el requisito del *fumus* o la apreciación "prima facie" del abuso o de la falta de seriedad de la oposición del recurso, debe pasar en la práctica a ser especialmente determinante de la oportunidad de una nueva protección cautelar, de tal suerte que, en esta nueva manera de razonar no tenga ya entrada posible la ponderación del interés público (28).

No es menos contundente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en este sentido. Los Autos de 20 de diciembre de 1990 (29) y 17 de enero de 1991 (30) marcaron un hito en la doctrina jurisprudencial en materia de tutela cautelar por cuanto sostuvieron,

(28) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., pp. 214 y ss.; en el mismo sentido, puede verse ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUAREZ Y GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Pamplona, 1998, p. 369.

(29) RJ 1990\10412.

(30) RJ 1991\503.

haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades en el asunto *Factortame* (31), que la misma debe otorgarse a quien acredite en cuanto a sus pretensiones de fondo entre otras cosas, una apariencia de buen derecho; principio que, en palabras del Tribunal Supremo, se resume en que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño por el que tiene la razón" (32). No sería riguroso, sin embargo dejar de poner de manifiesto que la jurisprudencia posterior ha matizado el alcance de esta doctrina, sosteniendo que deben ser valorados hechos con mucha prudencia, ponderación y mesura para no entrar en el fondo del asunto y vulnerar, con ello, los principios de contradicción y el derecho a la prueba (33). De esta forma el criterio del *fumus* ha sido matizado en el sentido de que es preciso que se ponga de manifiesto "prima facie" una evidencia de lesión a la legalidad en que incurre el acto o disposición recurridos o consten sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se hubieran dictado sentencias estimatorias (34).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha mantenido también con carácter general la virtualidad del principio de apariencia de buen derecho como criterio determinante del otorgamiento de la tutela cautelar; no obstante, también ha hecho referencia a otros criterios distintos como son el *periculum in mora* y la ponderación del interés general, cuya concurrencia es necesaria para acordar la tutela cautelar (35).

(31) Sentencia 19 junio 1990, Asunto C-213/98, Rec. p. I-2.455. Sobre dicha sentencia, pueden verse las anotaciones de CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, "La tutela cautelar de los derechos con origen en el ordenamiento comunitario", en AA.VV. *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pp. 76 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE y FUENTETAJA PASTOR, "Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuesto de la tutela cautelar comunitaria", *REDA*, n.º 94, 1997, pp. 287 y ss.

(32) ATS (Sala 3.ª) 20 de diciembre de 1990, RJ 1990.104/2, Fundamento de Derecho Segundo.

(33) STS (Sala 3.ª) 11 diciembre 1997, RJ 1997/9462.

(34) ALCANTARILLA HIDALGO, "La revisión casacional de la tutela cautelar", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 496, 26.7.2001, p. 3.

(35) STC 149/1993 (El Derecho 1993-4109).

No podemos dejar de poner de manifiesto la existencia de otra corriente doctrinal ecléctica para quien, pese a que el art. 130 LRJCA no mencione ciertamente el criterio del *fumus*, no es menos cierto que las perspectivas de éxito de la pretensión de fondo conforman el elemento más importante o verdadero "leit motiv" en torno al cual debe girar la ponderación de los intereses en conflicto (36). Por ello, se propugna una interpretación integradora, que permita conciliar la literalidad del precepto con la evidente importancia que tiene la apariencia de buen derecho.

No es de extrañar, por todo ello, que nuestra mejor doctrina (García de Enterría, Chinchilla Marín, Alcantarilla Hidalgo) haya criticado la ausencia de toda referencia al *fumus* en el nuevo art. 130 LJCA toda vez que se trata de un criterio capital, que no puede marginarse en la toma de una decisión compleja como es una medida cautelar, en la cual todos aquellos elementos relevantes deben ser tenidos en cuenta (37). Por otra parte, la noción de *periculum in mora* está estrechamente ligada a la del *fumus* toda vez que, como sostiene acertadamente Chinchilla Marín, el daño derivado de la ejecutividad del acto administrativo será "mayor", y "menor", por tanto, el deber jurídico de soportarlo cuanto "mayor" sea la apariencia de buen derecho (38).

Por todo ello, con independencia de la postura doctrinal que quiera mantenerse, no puede dejar de con-

(36) En esta línea, BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1999, pp. 151-155; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y FERNÁNDEZ VALVERDE, "Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo", en AA.VV. *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio sistemático*, (Dir. B. Pendás García), Barcelona, 1999, p. 531; ARNALDO ALCUBILLA y FERNÁNDEZ VALVERDE (Dir.), *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentarios a Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1998, pp. 1323-1324.

(37) Apoyando en cambio la desaparición del criterio del *fumus boni iuris* como fundamento del otorgamiento de la tutela cautelar, vid. CONDE MARTÍN DE HIJAS, "Las medidas cautelares", en AA.VV. *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (Dir. C. Pico Lorenzo), Madrid, 1999, p. 591; DEL GUAYO CASTIELLA y DOMINGO LÓPEZ, op. cit., pp. 1025-1029.

(38) Vid. CHINCHILLA MARÍN, "Los criterios de adopción...", op. cit., p. 57.

claire que del art. 130 LRJCA se desprende, de forma expresa o implícita, la absoluta necesidad de que, dentro del juicio de ponderación de los intereses en conflicto, se realice una valoración de la apariencia de buen derecho o perspectivas de éxito de la pretensión en cuanto al fondo.

5. Conclusiones

Parece evidente que el juicio de ponderación de todos los intereses en conflicto, como criterio determinante de la tutela cautelar, otorga al Tribunal Supremo una amplísima discrecionalidad para valorar la solicitud de suspensión cautelar efectuada por el recurrente respecto de un acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros prohibiendo o condicionando una operación de concentración económica. A esta evidente inseguridad jurídica, se une no sólo la incertidumbre existente sobre cómo habrá de coexistir, en el caso concreto, la protección del interés general respecto del interés particular de los recurrentes, sino también las dudas doctrinales planteadas sobre el posible alcance en la valoración de la apariencia de buen derecho. Por último, no puede tampoco soslayarse que, por las especiales normas procesales que son aplicables en materia de atribución de la competencia a estos casos concretos por tratarse de actos emanados del Consejo de Ministros (39), tampoco cabrá en este supuesto por propia definición una posible revisión casacional del juicio de ponderación efectuado por el juzgado "a quo" (40).

En definitiva, estamos ante un cúmulo de obstáculos y dificultades de orden técnico-jurídico que, de no haber sido por el Auto del Tribunal Supremo recaído en el asunto "Salcai/Utinsa", nos hubieran llevado a concluir que la suspensión cautelar de los acuerdos del Consejo de Ministros en materia de concentraciones económicas no deja de ser una posibilidad puramente teórica, casi "de laboratorio", desprovista de toda proyección real. Tras el Auto dictado por el Tribunal Supremo, sabemos que se trata de una posibilidad real por lo que nos resta indagar si ello se

(39) Vid. supra apartado III, 2.2.

(40) Para una perspectiva muy interesante de esta cuestión, puede verse el trabajo de ALCANTARILLA HIDALGO, op. cit., pp. 4-5.

debió meramente a las circunstancias especiales del caso o si pueden extraerse una serie de principios generales que nos permitan apuntar una posible orientación futura en esta materia. Para ello y al objeto de vislumbrar dichas pautas interpretativas, nos serviremos también de los restantes casos en los que el Tribunal Supremo rechazó la tutela cautelar.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LOS ACUERDOS DE CONSEJO DE MINISTROS EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Al objeto de poder valorar el posible alcance general que pudiera tener el Auto del Tribunal Supremo recaído en el asunto "Salcai/Utinsa", nos ha parecido aconsejable analizar los antecedentes ya existentes de otras decisiones del alto tribunal en materia de suspensión cautelar de acuerdos del Consejo de Ministros sobre el control de concentraciones económicas. El objetivo fundamental de esta indagación es poder valorar en qué medida existe un denominador común a dichas resoluciones que nos permita extraer conclusiones más generales y poder concluir si el Auto recaído en el asunto "Salcai/Utinsa" aporta algún cambio de tendencia que deba destacarse.

1. Auto del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999 (asunto Tambrands/Procter and Gamble Company)

1.1. Antecedentes

En noviembre de 1997, la multinacional norteamericana "Procter & Gamble" (en adelante, "P&G"), procedió a notificar la concentración económica consistente en la adquisición de la empresa "Tambrands Inc." (en adelante, "Tambrands").

Tambrands produce y distribuye cosméticos, así como productos de higiene personal, entre los que destacan los tampones para higiene femenina que comercializa bajo la marca "Tampax". De hecho, esta marca ha venido siendo distribuida por la empresa Arbora, en la que P&G es titular de un 50% de su capital social, y que distribuye otras marcas importantes como "Evax".

Esta operación debe enmarcarse dentro del análisis del control que ya tiene P&G de la empresa Ausonia, que

fue objeto de análisis por el propio TDC en su Resolución de 4 de marzo de 1993 (41).

1.2. La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de febrero de 1998

En la resolución dictada por el TDC de 17 de febrero de 1998 (Expte. C29/97) y a la vista de la alteración sustancial de las condiciones de competencia a que dicha operación daba lugar en el mercado español, se subordinó la aprobación de la misma a la observancia de determinadas⁴¹ condiciones.

⁴¹Las citadas condiciones se referían a la estructura de la distribución en España de los productos "Tampax", de tal suerte que se garantizasen tanto la aplicación de condiciones no discriminatorias como el que no se privilegiara la posición de Arбора Holding. Asimismo, se exigía que Arбора suprimiese de sus prácticas comerciales determinadas cláusulas de exclusividad, los descuentos por objetivos y las exigencias de vinculación o imposición de compras ligadas de la totalidad o de parte de la gama de productos distribuidos por la misma.

1.3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 1998

En su Acuerdo de 14 de mayo de 1998 y al amparo del art. 17,b) LDC, el Consejo de Ministros decidió subordinar a la observancia de determinadas condiciones la aprobación de concentración notificada; las condiciones fueron esencialmente las recomendadas por el TDC en la Resolución antes mencionada (42).

1.4. Aspectos fundamentales del Auto del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999

Contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 1998, tanto P&G como Arбора Holding interpusieron recurso contencioso-administrativo; solicitándose asimismo la suspensión cautelar de determinadas condiciones del citado Acuerdo.

Si bien el Auto del Tribunal Supremo que ahora comentamos no está excesivamente elaborado o razo-

nado, lo cierto es que el análisis sobre el que fundamenta la denegación de la suspensión cautelar solicitada tiene indudable interés.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, el Tribunal Supremo declinó entrar a valorar la cuestión toda vez que entendió que, no sólo no se apreciaba con la suficiente claridad en el momento procesal en cuestión sino que no tenía una relevancia decisiva para la resolución de la cuestión.

Sin ninguna duda, el elemento de la "ponderación de los intereses en conflicto" fue el factor decisivo en el razonamiento del Auto. En el juicio de ponderación realizado, la tutela de la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, fue considerado como absolutamente prevalente frente a los daños y perjuicios que podrían irrogarse a los recurrentes. En este sentido, el Tribunal Supremo suscribió el informe del Servicio obrante en autos que concluía que, debido a la posición dominante de que ya gozan P&G y Arбора, la suspensión cautelar les permitiría reforzar en el interín su "estatus de privilegio" por lo que una eventual sentencia desestimatoria del recurso podría llegar a ser prácticamente ineficaz. En definitiva, se entendió que existía un riesgo manifiesto de alteración perjudicial irreversible en la estructura del mercado.

⁴²Por último, y si bien el argumento se inserta dentro del análisis de la ponderación de los intereses en conflicto, no cabe duda que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que los eventuales daños que pudieran sufrir los recurrentes por verse obligados a aplicar las condiciones impuestas siempre podrían ser indemnizados para el supuesto en que la sentencia fuera estimatoria. Como es evidente, ello contrasta con la situación fáctica analizada en el asunto "Salcai/Utinsa" en la que "deshacer" la fusión hubiera sido difícilmente indemnizable en el supuesto en que recayera una sentencia estimatoria.

2. Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 (asunto Azúcar)

2.1. Antecedentes

El 3 de abril de 1998 el Ministro de Economía y Hacienda remitió al TDC el proyecto de fusión de las empresas "Sociedad General Azucarera de España, S.A." (en adelante "Azucarera") y "Ebro Agrícolas,

(41) Expte. C10/92; el Acuerdo de Consejo de Ministros fue de 21 de mayo de 1993.

(42) B.O.E. nº 143. 16.6.1998, p. 19868.

Compañía de Alimentación, S.A." (en adelante "Ebro"), para constituir una nueva Sociedad que se denominará "Azucarera Ebro Agrícolas, S.A." (en adelante "Azucarera Ebro") para que emitiera el preceptivo dictamen sobre la operación de concentración. La citada operación había sido notificada voluntariamente de forma conjunta por Ebro y Azucarera, según lo establecido en el artículo 15.1 de la LDC.

2.2. La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de julio de 1998 (Expte. C 31/98)

Tras un detallado análisis del mercado geográfico y de producto, el TDC concluyó que la operación de concentración notificada conllevaría una importante reducción de la competencia en el mercado del azúcar y por ende también en el de la comercialización de remolacha azucarera, ya que la nueva empresa dispondrá de una cuota de mercado del 78,24 %, así como un fuerte desequilibrio en la estructura oligopolística de los mercados del azúcar y de la remolacha.

Asimismo, el TDC estimó que, a un alto nivel de concentración, se une el hecho de que las importaciones de azúcar no reequilibraban la falta de competencia en el mercado nacional. Pese a que el precio del azúcar era más bajo tanto en los países de la Unión Europea como en los países terceros, el TDC constató que las importaciones eran escasas porque, de un lado, las elevadas exacciones arancelarias a la importación de azúcar de países no pertenecientes a la Unión Europea y, de otro, los altos costes de transporte, dificultan los flujos del azúcar comunitario hacia España y constituían importantes barreras a la entrada de nuevos competidores en el mercado. A ello, se añade que la regulación comunitaria del azúcar impedía también que pudiera implantarse en este mercado un nuevo fabricante si no dispone previamente de cuota de producción.

Por otra parte, la constatación de la existencia de cuotas de producción de azúcar, de la convivencia de grandes fábricas con tecnología moderna y una gran capacidad potencial de molturación pero sin cuota suficiente para hacerla efectiva, con pequeñas fábricas técnicamente obsoletas, de forma que los aumentos de productividad en las más modernas no pueden traducirse en una mayor producción de éstas, y el hecho de que en España la cuota de producción asignada sea inferior a su consumo interno, dieron lugar a que el TDC concluyera que la estructura del mercado existente daba lugar

a la ausencia de una competencia efectiva dentro del mismo. Todos estos factores aconsejan al Tribunal proponer al Gobierno que declare improcedente la operación de concentración notificada y ordene las medidas apropiadas para que se proceda a la desconcentración.

No obstante, el TDC añadió que la fusión Ebro-Azucarera no debía ser exclusivamente valorada en función del reforzamiento de la posición de dominio en el mercado de las empresas fusionadas sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 LDC habrá que considerar también "la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios". Pues bien, como quiera que el principal objetivo que se proponían las empresas que se fusionaban era el de proceder a una reconversión industrial para conseguir que sus fábricas tuvieran equipamiento y una dimensión en cuanto a su capacidad productiva similar a la media existente en la Unión Europea, el TDC entendió que la operación de concentración notificada podía facilitar la reestructuración del sector siempre y cuando la empresa Ebro-Agrícolas presentara un proyecto preciso, concreto y detallado en el que se contuvieran objetivos, medidas y calendarios, el cual debería someterse a la aprobación de la Administración.

Por todo ello, teniendo en cuenta la existencia de otros factores que pueden compensar los efectos negativos citados, el TDC consideró que la operación podía autorizarse sólo si se subordinaba al cumplimiento de una serie de condiciones que fueran más allá de la reestructuración interna y que se dirigieran a la renuncia por parte de Azucarera Ebro a las importaciones, la reasignación no gratuita de cuotas de producción y el control y vigilancia de los precios y condiciones comerciales por el Servicio de Defensa de la Competencia. Estas condiciones pretendían, de un lado, mitigar el reforzamiento de la posición de dominio del mercado de la nueva empresa Azucarera Ebro y, de otro, aumentar la eficiencia y potenciar las posibilidades de competencia efectiva en el mercado español.

2.3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998

Una vez recibido el dictamen del TDC y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.b) LDC, el

Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998 (43) decidió subordinar a la observancia de determinadas condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la fusión de las empresas Azucarera y Ebro con extinción de las mismas y transmisión de todos sus derechos y obligaciones a la sociedad de nueva creación, Azucarera Ebro.

Dichas condiciones fueron básicamente las siguientes: (i) la elaboración por Azucarera Ebro de un plan de reconversión industrial con objetivos y calendarios concretos; (ii) con el objeto de aumentar las posibilidades de competencia en el mercado, la reasignación por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) número 1785/1991, y mediante pública subasta de hasta 30.000 toneladas métricas de la cuota española de producción de azúcar a empresas establecidas en territorio español; (iii) a fin de permitir la entrada de nuevos operadores en el mercado español que doten al mismo de un mayor grado de competencia, Azucarera deberá renunciar a realizar durante un plazo de tres años desde la publicación del Acuerdo, directa o indirectamente, compras de azúcar en los mercados comunitarios de manera habitual y generalizada; (iv) desde la publicación del Acuerdo, y durante un plazo de tres años, Azucarera remitirá semestralmente al Servicio de Defensa de la Competencia un informe sobre las condiciones en las que Azucarera adquiere la remolacha, con especial referencia a cantidades, proveedores y precios, así como sobre las condiciones de comercialización del azúcar que venga aplicando a la industria, almacenistas, grandes superficies y consumo directo, con especial referencia a cantidades de productos, precios y descuentos practicados, así como costes de transporte.

2.4. Aspectos fundamentales del Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999

Al igual que en el caso anteriormente analizado, la tramitación del incidente de medidas cautelares se hizo con arreglo a la derogada Ley de 1956 por lo que, con arreglo a los artículos 122 y 123 de la misma, el

(43) O.A. de 5 de octubre de 1998 por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998. BOE n.º 249, 17.10.1998, pp. 31161-31162.

Tribunal Supremo tuvo que entrar a valorar en qué medida la ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros podría ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación a los recurrentes, así como en qué medida la suspensión podría acarrear graves perjuicios a los intereses públicos.

Respecto de la existencia de un interés público preferente, el Tribunal Supremo entendió que la necesaria reconversión industrial del sector, como premisa básica de la eficiencia y competitividad del mismo, sin que la creación de una nueva empresa tan fuerte supusiera un deterioro para las condiciones de competencia en el mercado, exigía la inmediata presentación del plan de reestructuración impuesto en una de las condiciones; por ello, la suspensión de la ejecutividad de esa parte del Acuerdo podría acarrear un grave detrimento para el interés público.

En cuanto a la acreditación de perjuicios de difícil o imposible reparación a los recurrentes, la Sala entendió que, debido al régimen de contingentación y asignación de cuotas y precios, el nuevo sistema difícilmente podía causarles un perjuicio. Por otra parte, respecto de la condición recogida en el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre reasignación de cuotas de azúcar mediante un sistema de pública subasta, la argumentación del Auto parece mucho menos convincente: es cierto que no se deja su asignación al libre criterio de la Administración pero sí se nos antojaba claro el perjuicio a los recurrentes. Otra cosa distinta es que fuera de "imposible o difícil reparación", cuestión ésta mucho más dudosa. Al final, el Auto analizado viene a concluir que, en todo caso, "no puede contrarrestar la interposición de los intereses generales prevalentes" por lo que vuelve a denegar la suspensión.

V. ANÁLISIS DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE MARZO DE 2001

1. Requisitos generales

Tras un breve excursus conceptualmente lógico y sistemáticamente necesario (Fundamentos Derecho Primero y Segundo) acerca de la eficacia de la actuación administrativa y el nuevo régimen de medidas cautelares que inaugura la LJCA, el Tribunal Supremo esboza los requisitos que deben acreditarse por parte del recurrente para la adopción de la medida cautelar de suspensión (Fundamento Derecho Segundo).

Estos requisitos son los siguientes:

a) Pérdida de la finalidad legítima del recurso: en caso de no adoptarse la medida cautelar solicitada, el recurso podría perder su finalidad legítima “lo que significa, entre otras posibles interpretaciones, y desde luego que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.” Se trata del requisito que se ha venido conociendo tradicionalmente como “periculum in mora”.

b) Ausencia de grave perturbación de los intereses generales o de terceros: aún cuando concurriera el presupuesto antes mencionado, el Auto es claro e inequívoco cuando afirma que “puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego”.

c) Juicio de ponderación que debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: concluye el Auto afirmando que “el juicio de ponderación que deba realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada”.

Dicho esto, no podemos dejar de destacar que el propio Auto, aunque sin la claridad que hubiera sido deseable, recoge además el tradicional requisito de la “aparición de buen derecho” (*fumus boni iuris*) al que dedica en su integridad el Fundamento de Derecho Sexto.

2. Pérdida de la finalidad legítima del recurso

El análisis de este requisito concreto en el Auto que ahora analizamos parte de la afirmación de que se está ante una cuestión “ eminentemente casuística”, ya que la reparabilidad o irreparabilidad de los daños o perjuicios forzosamente ha de conectarse con las circunstancias individuales de la persona, física o jurídica, que promueve el recurso. Sin dejar de ser rigurosamente cierta, parece evidente que esta afirmación no resulta de excesiva utilidad a la hora de concretar criterios de

aplicación general, que proporcionen al administrado la seguridad jurídica deseable.

El siguiente aspecto que destacaríamos es el relativo al estándar de prueba exigible del solicitante respecto de los daños y perjuicios que se derivarían de la ejecución del acto administrativo impugnado. En este punto, el Auto es rotundo al afirmar que “no es necesaria una prueba plena de los mismos, sino una razonabilidad de su producción”. Pues bien, en aquellos casos en los que la concentración económica ya se ha materializado, parece razonable concluir que los daños y perjuicios van inevitablemente a producirse. Efectivamente, se nos antoja evidente que tener que deshacer una operación de fusión, una compraventa de acciones o una compraventa de activos provoca unos perjuicios tan claros que debería probablemente ser bastante con invocar la máxima de *res ipsa loquitur*. Ello no obsta para que el recurrente no deba hacer un mínimo esfuerzo probatorio no sólo para identificar sino para cuantificar las diferentes partidas de daños que pudieran ponerse de manifiesto (44).

Hechas estas consideraciones, la reflexión que necesariamente hemos de hacernos es que, en todos aquellos casos en que las partes hayan procedido a formalizar la operación de concentración por entender que la notificación a las autoridades no era legalmente preceptiva, parece claro que la ejecución inmediata del acuerdo del Consejo de Ministros ordenando la desconcentración o imponiendo determinadas condiciones particularmente onerosas (v.gr., la venta de activos) provocará unos daños y perjuicios prácticamente irreparables. Por lo tanto, no parece que deba ser éste el factor más complejo o polémico a la hora de valorar la solicitud de medidas cautelares efectuada.

(44) Una vez esbozados los principios generales, el Auto pasa a analizar concretamente la imposibilidad de amortización de determinados gastos (legales, campañas de imagen e información al público, equipos informáticos, unicidad de oficinas, etc...) en el caso en que hubiera de procederse a la desconcentración inmediata, como aquellos otros derivados necesariamente de la misma como las implicaciones de tipo lateral. Estos daños y perjuicios fueron valorados en aproximadamente 1.000 millones de pesetas, a los que el propio Auto admite como daños adicionales pero no cuantificables como todos aquellos que pudieran afectar a la propia imagen de la empresa.

3. Ponderación de la existencia de un interés público prevalente

El Auto del Tribunal Supremo analizado comienza por manifestar que "no siempre es fácil discernir el peso que ese interés general o de terceros ha de tener en la ponderación con los intereses privados".

Tras destacar, como principio general, que el interés público es prevalente sobre el privado y que ello sería por sí mismo suficiente para denegar la medida cautelar solicitada, aun cuando se hubieran acreditado daños y perjuicios, el Auto pone de relieve la importancia de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva. Con ello, se viene a transmitir una cierta impresión de que no basta que el Abogado del Estado alegue, de forma mecánica o estereotipada, la prevalencia de un interés público sino que, frente al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de que es titular el solicitante de la medida, la afectación al interés público debe aparecer como clara y manifiesta.

¿En qué concretó la Abogacía del Estado esta afectación al interés público? Por una parte, se invocaron los legítimos intereses de terceros, de consumidores y usuarios de los servicios de transporte que prestaban las dos empresas fusionadas y que prestaría ahora la empresa resultante "sin competencia alguna". Por otra parte, se invocó el interés del Estado en mantener la libre competencia "como principio político y económico inspirador de la Unión Europea", a lo que habría de añadirse que se trata además de un principio básico de nuestra propia Constitución.

Estos argumentos no convencieron a la Sala, quien los rechazó con base en un conjunto de razones, tanto de aplicación general como de carácter concreto, que pasamos a analizar.

En primer lugar, el Auto cuestiona que la formación de una "situación de predominio" como consecuencia de la fusión sea, por sí misma, un elemento suficiente. Efectivamente, no todas las concentraciones económicas que hubieran podido declararse improcedentes por el Gobierno dan lugar a la formación de una posición dominante; como es sabido, el criterio legal es distinto toda vez que se fundamenta en la "obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva" (art. 15 bis LDC), que no es evidentemente un criterio coincidente. Ahora bien, admitiendo que en el caso concre-

to la fusión daba lugar a una incuestionable situación de dominio de la sociedad resultante, el Auto hizo dos matizaciones importantes. Por una parte, "aunque en menor medida", el Auto afirma que ambas empresas fusionadas, tanto por razón del producto como del propio mercado geográfico, gozaban ya de una situación de dominio por lo que no parece que pudiera argumentarse un cambio cualitativo en este sentido. Por otra parte, se afirma que una situación de dominio "no es contraria a Derecho, sino que sólo lo será su abuso". Aunque formalmente correcta, esta afirmación parece en cierta medida desconocer que el objeto mismo del control de estructuras en el Derecho de la Competencia es prevenir la formación de grupos empresariales cuya existencia misma pueda obstaculizar la libre competencia por lo que tan contraria a Derecho es dicha formación como el abuso de posición dominante.

En segundo lugar, el Auto pasa a realizar un análisis pormenorizado de las implicaciones del régimen concesional existente, así como de la duración de las concesiones, para concluir que "malamente se podrá ejercer una competencia en el mercado existente, que lo es en régimen de monopolio durante el período concesional de forma que no compitan con otros operadores, por operar en territorios diferentes... [por tanto] no parece que a los efectos limitativos de esta pieza y atendidas las circunstancias concretas concurrentes, pueda afectar la suspensión negativamente a la competencia de forma tal que el interés público, ni de terceros resulte afectado porque se acuerda la suspensión en tanto se resuelve el proceso...". Esta reflexión no deja de suscitar cierta perplejidad toda vez que parecería desprenderse de la misma un principio más general consistente en afirmar que, allí donde prácticamente ya no hay competencia puesto que el *status quo* anterior a la concentración era de monopolio, no parece razonable deducir que otorgar la suspensión cautelar vaya a poder irrogar perjuicio alguno al mercado, a los competidores potenciales o a los consumidores. En particular y fuera de los casos muy específicos de concesiones administrativas, se nos plantea la duda respecto de aquellas situaciones en las que, sin existir una situación propiamente de monopolio, existe sin embargo una situación de dominio en el mercado, como consecuencia de la cual la competencia está ya muy mermada. En la medida en que la concentración no modifique sustancialmente este estado de cosas (v.gr., porque se pase de una cuota de mercado del 75% al

80% y que la modificación en el índice HHI sea realmente menor), ¿podríamos estar ante un argumento válido que permitiera justificar que no existe una intensidad suficiente del interés público como para denegar la medida cautelar solicitada?

En tercer lugar, aunque con una incidencia manifiestamente menor, el Auto valoró como factores adicionales para acordar la medida de suspensión solicitada circunstancias como el que la fusión hubiera sido directamente auspiciada por la Administración Autónoma Canaria en aras del desarrollo regional, así como los cambios legislativos previstos en la Unión Europea relacionados con el acortamiento de los plazos concesionales. Además de absolutamente específico al caso concreto en cuestión y, por ello, escasamente aprovechable como principio general, este aspecto del Auto no se nos antoja demasiado sólido. Por una parte, parece quererse hacer referencia a una suerte de "principio de confianza legítima" derivada de la actuación de la Administración autonómica pero sin llegar propiamente a ello (45). Por otra parte, no se entiende bien la relevancia de la referencia *de lege ferenda* efectuada a los cambios legislativos previstos en la Unión Europea.

(45) Como es sabido, la recepción de este principio de protección de la confianza es de origen alemán (*Vertrauensschutz*) y se viene produciendo desde los últimos años en nuestro Ordenamiento Jurídico por vía jurisprudencial. Tiene su engarce normativo en el principio de protección de la seguridad jurídica consagrado por el art. 9.3 de la Constitución; vid. GARCÍA LUENGO, *El principio de la protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, p. 194; CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1998. Por su parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha comenzado ya a recorrer el camino de la construcción del nuevo principio en el campo que le es propio; en este sentido, pueden verse STS de 28 de febrero de 1989 (R. Ar. 1458), STS de 1 de febrero de 1990 (R. Ar. 1258), STS de 1 de marzo de 1991 (R. Ar. 2502), y STS de 7 de octubre de 1991 (R. Ar. 7520). En el ámbito del Derecho de la competencia, la utilización de este principio empieza a resultar frecuente por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución 14 de mayo de 1991, asunto ANELE, expediente 254/1989; Resolución de 6 de mayo de 1992, asunto *Henkel Ibérica, S.A.*, expediente 306/1991; Resolución de 30 de abril de 1993, asunto *Asociación Española de la Banca Privada*, expediente 283/1990; Resolución de 8 de enero de 1996, asunto *Zontur*, expediente 337/1993). La aplicación de este principio al ámbito del Derecho de la competencia ha conocido un salto cualitativo en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997 (RAJ 1997/6890) en la que se ventilaba el recurso de casación de las empresas sancionadas precisamente contra la resolución del TDC antes citada en el asunto ANELE (expediente 254/1989) de 14 de mayo de 1991.

Finalmente, constatamos cómo el requisito relativo al "juicio de ponderación" se traduce en que no es un requisito que exclusivamente deba reunir la solicitud del recurrente sino que se traduce en la práctica en una exigencia general de toda resolución judicial en cuanto a la motivación de la misma (46). En otras palabras, la necesaria ponderación de todos los intereses en juego no deja de ser un requisito del proceso lógico deductivo del órgano jurisdiccional al confrontar los argumentos relativos a la pérdida de la finalidad legítima del recurso con los relativos a una grave perturbación de los intereses generales o de terceros.

En definitiva, estamos sin género alguno de dudas ante la parte fundamental del análisis, lo que exigirá por parte de los recurrentes una justificación pormenorizada y desde la perspectiva de cada uno de los intereses dignos de tutela (empresas competidoras, consumidoras e interés general concretado en un funcionamiento eficiente del mercado en un régimen de libre competencia) a que la suspensión no incidirá negativamente sobre los mismos mientras recae una resolución sobre el fondo del asunto. Ahora bien, el Auto del Tribunal Supremo no ofrece demasiadas pautas en cuanto a este punto toda vez que se mezclan todo tipo de argumentos e intereses supuestamente dignos de tutela, cuya relevancia parece más que dudosa; todo apunta a que una vez estaba convencida de la bondad de la petición de la recurrente, la Sala quiso quizás "adornar" el razonamiento con referencias que resultaron ser cuanto menos desafortunadas.

4. Apariencia de buen derecho

Si bien ya hemos comentado anteriormente cómo el Auto trata esta cuestión de forma incidental, lo cierto es que su Fundamento de Derecho Sexto tiene algunas

(46) El requisito de la motivación (*rectius*, de la ausencia de la misma) ha sido determinante en la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 2 de abril 2002 (El Derecho 2002/7993) por la que se anuló el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se condicionaba la autorización de la operación de concentración económica "Prosegur/Blindados del Norte" al cumplimiento de determinadas condiciones. Asimismo, recientemente, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 12.12.2000 (RJ 2000\10540), 19.11.2001 (RJ 2001\9791), y 14.11.2000 (RJ 2000\9614), así como los trabajos de: FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Madrid, 1993; DIANA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Padua, 2001, y SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Prolifi ricostruttivi e analisis comparatistica*, Milán, 1999.

precisiones que no dejan de tener interés desde la perspectiva de sus implicaciones prácticas.

El Auto que ahora analizamos parte del principio de que, puesto que el sistema de control de concentraciones vigente al momento de formalizarse la fusión no tenía efectos suspensivos, las empresas fusionadas hicieron un "uso lícito de las normas".

Pues bien, con todo respeto, no compartimos este razonamiento. En primer lugar, en ningún momento se está discutiendo el que ambas empresas afectadas pudieran formalizar su proceso de fusión sin esperar al desenlace del procedimiento administrativo; ahora bien, no es ésta la cuestión a la que debía referirse el análisis del "fumus boni iuris", sino a los argumentos del recurrente sobre el fondo de la cuestión por mucho que, en este procedimiento incidental, no corresponda al órgano jurisdiccional adelantar el pronunciamiento sobre esta cuestión. En otras palabras, pensamos que el Tribunal Supremo yerra en el enfoque de esta cuestión. Pero es que, en segundo lugar, podría perfectamente haberse argumentado que, si ambas empresas afectadas procedieron a formalizar la fusión en vez de someter la misma a condición suspensiva, lo hicieron a su propio riesgo. A mayor abundamiento, un análisis del Informe del TDC permite constatar que ya en marzo de 1999, es decir, 7 meses antes de que las Juntas Generales de Accionistas de Salcai y Utinsa acordaran la fusión, el Servicio de Defensa de la Competencia ya remitió un requerimiento a las partes solicitando información dirigida a averiguar en qué medida se había producido ya una concentración económica susceptible de ser notificada; pese a todo, una vez formalizada la fusión en enero de 2000, el SDC tuvo que requerir nuevamente a las partes para que notificaran la operación y, después de presentar una notificación incompleta y volver a ser nuevamente requeridas, la información fue facilitada por las mismas fuera de plazo. Quiere ello decir que, con independencia de la mayor o menor legitimidad de sus argumentos en cuanto al fondo de la cuestión, lo que parece evidente es que Salcai y Utinsa infravaloraron, de una forma verdaderamente insólita, las implicaciones que planteaba su fusión desde la perspectiva del Derecho de la Competencia.

En la actualidad y puesto que nos encontramos ya dentro de un sistema de control de las concentraciones de naturaleza suspensiva, entendemos que la valoración

del "fumus" debe tener una doble proyección. Por una parte, existe un plano estrictamente formal en el que el Tribunal Supremo deberá valorar si la ausencia de notificación o si la formalización de la operación sin haber recibido antes la autorización expresa o tácita de la Administración se debió a una vulneración flagrante y directa de la normativa o si, por el contrario, existen argumentos que permitan legítimamente asumir la razonabilidad de las hipótesis empleadas por los recurrentes para no notificar la operación. Por otra parte, existe un plano material o sustantivo que se proyecta en el análisis de la incidencia de la operación de concentración de cara a una obstaculización en el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado en cuestión.

Es en ambos planos donde, sin anticipar el análisis del fondo del asunto, entendemos que habrá de extenderse más el análisis del Tribunal Supremo.

VI. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN CRÍTICA

El análisis del Auto del Tribunal Supremo recaído en el asunto "Salcai/Utinsa" realizado anteriormente, como de los Autos que le precedieron, permite, a nuestro juicio, extraer las siguientes conclusiones y reflexiones críticas.

En primer lugar, parece obligado abordar el requisito de "pérdida de la finalidad legítima del recurso". En aquellos casos como el que ahora analizamos donde la operación ya ha sido consumada, el problema de la irreparabilidad del perjuicio debe entenderse, a nuestro juicio, como "prima facie" acreditada por aplicación de principios elementales de prueba como el *res ipsa loquitur*. Efectivamente, la "razonabilidad de la producción" de daños y perjuicios en aquellos casos en los que hay que "deshacer" una fusión o una compra-venta de acciones (especialmente si fuera bursátil) o de activos parece evidente. En este sentido, las implicaciones laborales o las de tipo civil y fiscal, así como la irreparabilidad de gastos e inversiones ya realizados, son algunos de los aspectos más llamativos. En todo caso, desde la perspectiva de una aplicación generalizada de las consideraciones efectuadas por el Auto en este punto, parece claro que, en la medida en que el solicitante de la medida cautelar esté en situación de poder ofrecer una cumplida acreditación tanto de la importancia de la magnitud de los daños y perjuicios como de la irreparabilidad de los mismos, mayor será

el peso de este factor a la hora de ponderar si existe un interés público prevalente o no.

Respecto de la ponderación sobre la existencia o no de un interés público prevalente, ya hemos visto que se trata de una cuestión compleja por su naturaleza eminentemente casuística. Dicho esto, no parece que deban ser admisibles alegaciones genéricas de la Abogacía del Estado sobre una afectación negativa o perjudicial "per se" a los intereses de los competidores, consumidores y usuarios, así como a la estructura del mercado en cuestión; esta afectación sólo puede constatarse "ex post" y, por ello, debería rechazarse la invocación de este tipo de generalidades salvo en algún supuesto manifiesto y absolutamente evidente. En segundo lugar, el supuesto "perjuicio a la libre competencia" como valor esencial de nuestra Constitución económica tampoco se deriva, de un modo directo e inmediato, de la formalización de la operación de concentración en cuestión. Pero es que, por último, y como apunta el propio Auto del Tribunal Supremo analizado, si la posición de dominio que pudiera resultar de la operación derivara en un abuso, siempre podría ser paralizada ex-post en un periodo razonablemente corto de tiempo por las autoridades de defensa de la competencia mediante la adopción de unas medidas cautelares, sin perjuicio de la incoación del correspondiente expediente sancionador.

Por último, aunque la "apariencia de buen derecho" no haya sido exigida como un requisito general por el Auto, pensamos que se trata de un elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de otorgar o no la suspensión cautelar solicitada. Efectivamente, en un sistema como el actual en el que la autorización expresa o tácita de la operación por parte de las autoridades tiene carácter suspensivo, el Tribunal Supremo habrá de valorar muy especialmente las razones por las cuales se formalizó la operación sin esperar a obtener dicha autorización. Así, en aquellos casos en los que esta formalización de la operación obedeció a una negligencia o a un incumplimiento flagrante de la normativa, entendemos que debería haber muy poca receptividad por parte del Alto Tribunal a las peticiones de suspensión cautelar de una orden de desconcentración o de aplicación de las condiciones impuestas. Por el contrario, si no se ha notificado la operación o se ha hecho a requerimiento de las autoridades pero en la inteligencia en ambos casos que no se estaba obligado a ello por no alcanzarse los umbrales legal-

mente establecidos o por no haberse adquirido control alguno, la receptividad a una petición de suspensión cautelar debe ser sensiblemente mayor. Y es que, como ha sostenido acertadamente Chinchilla Marín, "... de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto debe ser tenido en cuenta por los Tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada..." (47).

En todo caso, estamos ante un desarrollo jurisprudencial que debe ser positivamente recibido por cuanto que pone de manifiesto la consolidación de una línea jurisprudencial garantista, extendiendo el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la tutela cautelar a las concentraciones económicas.

(47) Vid. CHINCHILLA MARÍN, "Los criterios de adopción...", cit. supra, p. 58.