

10 NOV. 2005



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: 006
MADRID
10029

Número de identificación Único: 28079 23 3 2005 0004934
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000461 / 2005
Sobre ACCIÓN ADMINISTRATIVA
De D./Dña. ENDESA
Procurador Sr./a. D./Dña. JOSÉ GUERRERO TRAMOYERES

Contra COMISIÓN NACIONAL MERCADO DE VALORES

*
Codemandado: GAS NATURAL SDG S.A.
Procurador S./a. D./Dña. MANUEL LANCHARES PERLADO

AUTO

ILMA. SRA. PRESIDENTE
MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO
ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS
MERCEDES PEDRAZ CALVO
CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

En Madrid, a diez de noviembre de dos mil cinco.

HECHOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de Endesa, S.A., mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 2005, se interpuso ante Sala recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de fecha 8 de septiembre de 2005 del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, notificado a la actora por escrito en forma de carta, con fecha 12 de septiembre de 2005, firmado por el Presidente de dicha Comisión Nacional del Mercado de Valores.

SEGUNDO.- En fecha 19 de septiembre de 2005 se dictó providencia acordando la formación de la pieza de suspensión, con traslado al Abogado del Estado, el cual, por medio de escrito fechado el 11 de octubre de 2005, se opuso a la suspensión solicitada.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TERCERO.- Con fecha 29 de septiembre de 2005 se personó como codemandada Gas Natural SDG, S.A., teniéndose por personada y parte mediante proveído de fecha 3 de octubre de 2005, en el que también se acuerda darle traslado del escrito solicitando la suspensión, y por medio de escrito presentado el 26 de octubre de 2005 se opuso a la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En general, la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido tiene por objeto asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que, en su día, se dicte no pueda ser llevada a puro y debido efecto. La jurisprudencia (por todos, auto de 12 septiembre 2000 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, del Tribunal Supremo) ha delimitado su naturaleza y alcance:

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en SSTC 22/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993 y la de 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo núm. 486/1997) ha reconocido que el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE, engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.

b) En reiterada doctrina, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado dentro de las previsiones de la Ley 4/1999), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil.

c) La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado el Tribunal Supremo (en autos de 15 de enero, 21 de febrero, 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril, 18 de julio y 8 de noviembre de 1994, 1 de abril, 22 de mayo, 19 de septiembre y 13 de diciembre de 1995, 20 de julio y 7 de noviembre de 1996 y 16 de septiembre de 1997).

La nueva regulación de las medidas cautelares en los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia del Alto Tribunal y, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como

facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. En consecuencia, en el art. 129.1 LJCA se faculta a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en el art. 130 se establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Los anteriores razonamientos imponen determinar la medida en que se vea afectado dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio (autos del Tribunal Supremo de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero de 1999).

SEGUNDO.- La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el art. 129 LJCA, «asegurar la efectividad de la sentencia». Por ello el «periculum in mora» forma parte de la esencia de la medida cautelar y el art. 130 LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquél en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la «justicia cautelar» tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»), así como también el 153.c) CE («El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: ... c) Por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias») y, en último término, respecto de la legislación delegada, el art. 82.6 CE («Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control»).

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-

administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el relativo a las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo o la suspensión de la vigencia de la disposición reglamentaria deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado «*fumus boni iuris*» o apariencia del buen derecho en la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama «*derecho a la tutela cautelar*», inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, «*lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)*». Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario Europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que «*necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*». El propio auto advierte que ello supone una nueva forma de entender el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción derogada: «*el derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos*».

A este respecto debe destacarse la importancia de la necesidad de llevar a cabo la ponderación de los intereses en presencia. También en lo que respecta a la definición de los intereses que deben prevalecer en la adopción de las medidas cautelares, la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y, por eso, hay que atenerse a la singularidad del caso concreto debatido, lo que implica, desde luego, prescindir de declaraciones dogmáticas y de criterios rígidos o uniformes.

TERCERO.- Según sostiene el auto de 26 noviembre 2001 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguiente términos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: «*la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación*». El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 *«el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal»* (cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El «periculum in mora», conforme al artículo 130.1 LJCA: *«previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso»*. Este precepto consagra el llamado «periculum in mora» como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130. 2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: *«al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego»*. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia *«cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto»* (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho («fumus boni iuris») supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares; dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJCA no hace expresa referencia al criterio del «fumus boni iuris», cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC que sí alude a este criterio en su art.

728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997 de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que *«la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no ... al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito»* (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros).

CUARTO.- En concreto, para decidir sobre la procedencia o denegación de la medida cautelar de suspensión solicitada, es preciso centrar el debate en sus propios términos, comenzando por fijar cuál es el acto impugnado en el proceso principal cuya suspensión pretende la parte actora en esta pieza separada. Y tal lo es, según se desprende textualmente del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, *«el Acuerdo del Comité ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) adoptado en su reunión del día 8 de septiembre de 2005, comunicado a mi representada mediante el escrito firmado con fecha 12 de septiembre de 2005 por el Presidente de la CNMV»*.

En pos de la medida cautelar de suspensión de dicho acuerdo de 8 de septiembre de 2005 la actora aduce los siguientes argumentos: en primer término, la apariencia de buen derecho (*«fumus boni iuris»*) fundada a su vez en 1) la que considera flagrante ilegalidad del acuerdo impugnado por la ilegalidad, que también entiende flagrante, del acuerdo de 5 de septiembre de 2005 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el que se suspendió la cotización de Endesa, S.A. en la medida en que considera este último adoptado con vulneración del artículo 16.1 b) del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (en los sucesivos, RDOPAS) ya que el artículo 14.1 del RDOPAS no le sería aplicable porque la solicitud de autorización de oferta pública de adquisición formulada por Gas Natural SDG, S.A. se formuló sin un requisito esencial, como sería la autorización de la operación por la Comisión Nacional de la Energía, 2) así como por, siempre según su criterio, ampliar el ámbito del deber de pasividad establecido en el artículo 14 del propio Real Decreto y 3) finalmente por la vulneración de determinados preceptos constitucionales (por un lado, artículos 14, 9.3 y 24 de la Constitución y, de otra parte, artículo 38 de la propia Constitución; en segundo término porque, en virtud de la ponderación de intereses, la no suspensión haría a su juicio perder la finalidad del recurso, ocasionándole perjuicios irreparables durante el mantenimiento del deber de pasividad sin que la suspensión suponga



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

perjuicios para el interés general o para terceros.

A la adopción de la medida en cuestión se opone el Abogado del Estado aduciendo que no hay actividad susceptible de recurso, sino que el acto impugnado se limita a anticipar un criterio interpretativo del artículo 14 del RDOPAS.

Por su parte, la codemandada Gas Natural SDG, S.A. se opone también a la adopción de la medida cautelar alegando lo siguiente: primero, entiende que la mera interposición del recurso contencioso-administrativo y la petición cautelar se encuadran en una estrategia ilícita de perturbación de la OPA que vulnera el citado artículo 14, precepto que, por lo demás, veda, a su juicio, el ejercicio de acciones judiciales por los administradores, que únicamente pueden adoptar la decisión de interponer recursos contra la OPA previa aprobación de la Junta General de Accionistas, constituyendo este recurso, se dice, un incumplimiento típico del deber de pasividad establecido en el tantas veces citado artículo 14.1 del RDOPAS; segundo, y al igual que el Abogado del Estado, considera improcedente la tutela cautelar alegando inexistencia de acto administrativo impugnabile y, subsidiariamente, por desviación procesal ya que, según entiende, el acuerdo de 8 de septiembre de 2005 no es un acto administrativo susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no hace surgir el deber de pasividad de los administradores de Endesa, S.A.; tercero, basándose en la ponderación que hace de la finalidad del Derecho de Mercado de Valores y de las características y valores protegidos en las ofertas públicas de adquisición de valores, entiende que no se dan los requisitos jurisprudencialmente exigibles para la aplicación del "fumus boni iuris", citando en su apoyo la sentencia de 21 de febrero de 2005 del Tribunal Supremo, basándose en la cual entiende que la apariencia de buen derecho tiene un limitado alcance, sin que, según también alega, exista en el acuerdo del Comité Ejecutivo de 8 de septiembre de 2005 ampliación del deber de pasividad establecido por el artículo 14 RDOPAS; cuarto, que tampoco existe "periculum in mora" en el presente caso porque los perjuicios invocados por Endesa, S.A. son meramente hipotéticos, alegados y no probados, porque debe asegurarse la efectividad de la sentencia tanto estimatoria como desestimatoria, con valoración expresa del interés prevalente por la norma y porque, a tenor de la actuación de la propia Endesa, S.A., sus posibilidades de actuación y de negocio no se ven mermadas; y en último término, porque la ponderación de los intereses concurrentes a efectos de la decisión de adopción de la medida cautelar lleva a entender que el interés prevalente es el fijado por la norma sectorial contenida en el artículo 60 de la Ley de Mercado de Valores y, de modo más específico, en el artículo 14 del RDOPAS, siendo por ello el interés de los accionistas el que ha de ser tutelado por este órgano jurisdiccional de manera preferente, siendo así que el levantamiento del deber de abstención o pasividad del órgano de administración de Endesa, S.A. irían en dirección opuesta a la del interés prevalente contenido en el ordenamiento sectorial y, en definitiva, perturbarían el desarrollo de la oferta pública de adquisición formulada, con arreglo a Derecho, por la codemandada.

QUINTO.- En el actual incidente de medidas cautelares se alegan por la parte actora motivos de legalidad, constitucional y ordinaria, que han de ser resueltos al examinar el fondo del asunto pues, como dicen los autos de 22 de marzo y 7 de noviembre de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito. En efecto,

el que el deber de pasividad regulado en el artículo 14 del RDOPAS sea o no aplicable a Endesa, S.A. en virtud de que la solicitud de autorización presentada por Gas Natural SDG, S.A. se formulara con incumplimiento de un alegado requisito previo de la autorización de la operación por la Comisión Nacional de la Energía o que el acuerdo de 8 de septiembre de 2005 del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que constituye el acto impugnado, ampliara indebidamente el ámbito del deber de pasividad que regula el artículo 14.1 del RDOPAS son cuestiones ambas de legalidad ordinaria y, de otra parte, el que el citado acuerdo impugnado vulnerase o no determinados preceptos constitucionales es cuestión de legalidad constitucional; todas ellas concernientes al fondo del asunto, que deben resolverse en el pleito principal y que exceden con creces de los limitados márgenes del procedimiento de medidas cautelares.

Respecto de la invocación que efectúa la parte recurrente de la doctrina de la «apariencia de buen derecho», ha de afirmarse como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a una tutela cautelar por fuerza del principio del derecho que se resume en la *«necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón»* y esta tutela cautelar invocada, con fundamento en la doctrina del «fumus boni iuris» por la parte recurrente en el proceso, trata de evitar la frustración de una sentencia final, lo que implica el otorgamiento de la medida suspensiva cuando se produce la apariencia de buen derecho.

Pero es doctrina del Tribunal Supremo que la apariencia de buen derecho, al margen de que, como ha indicado el Alto Tribunal en los autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y la sentencia de 10 de julio de 1998, sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados, por quien solicita la suspensión, exige, según reiterada jurisprudencia (desde el ya citado auto de 7 de noviembre de 2000 y, recientemente, por todas, la sentencia de 21 de febrero de 2005, citada por la codemandada), su prudente y mesurada aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados y ninguna de ambas circunstancias concurre en el artículo 14 del RDOPAS. Además, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal (extremo éste último que cabe predicar del alegato de la actora sobre que Gas Natural SDG, S.A., no había obtenido autorización de la Comisión Nacional de la Energía autorización administrativa antes de comunicar formalmente la oferta pública de adquisición a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito y en la cuestión examinada concurre esta última circunstancia de alegarse causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, por lo que resulta inadecuada la apreciación de la «apariencia de buen derecho».

SSEXTO.- Lo mismo que se ha dicho en el razonamiento jurídico precedente respecto de determinadas alegaciones de la parte actora cabe decir ahora en

cuanto a motivos de oposición formulados por el Abogado del Estado o por la codemandada Gas Natural SDG, S.A., todos los cuales habrán de encontrar cumplida respuesta al examinar el fondo del asunto en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo acerca de que el incidente de suspensión no es trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia principal objeto del pleito.

El que el acuerdo de 8 de septiembre de 2005 del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores pueda no constituir actividad administrativa impugnabile, como sostienen el Abogado del Estado y también la codemandada, es algo que concierne al objeto del recurso contencioso-administrativo y que habrá de ponderarse, aplicando el artículo 25.1 LJCA, en sentencia que, en su caso, declare la inadmisibilidad del recurso con arreglo al artículo 69 c) de la propia LJCA; y lo mismo cabe decir de la falta de "capacidad" alegada por la demandada respecto del consejero delegado de Endesa, S.A. para interponer el recurso contencioso-administrativo contra el acto impugnado en los términos del artículo 69 b) LJCA. O, en su caso, adoptando la decisión pertinente en trámite de admisión de recurso al amparo del artículo 51.1 LJCA.

Y, por corresponder al fondo del asunto, igual suerte han de merecer los motivos de oposición alegados por la codemandada Gas Natural, SDG, S.A. sobre cuál sea el alcance del deber de pasividad del consejo de administración de Endesa, S.A., sobre si el acuerdo impugnado es el que hace surgir, o no, el deber de pasividad de los administradores de Endesa, S.A. y, finalmente, si dicho acuerdo se extralimita del artículo 14.1 del RDOPAS o, por el contrario, como sostiene la codemandada, se mantiene dentro de los estrictos límites del mismo.

SÉPTIMO.- Centrada así la cuestión incidental objeto de decisión en esta pieza separada, en aplicación al caso de la doctrina expuesta sobre la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado y sin prejuzgar en este momento procesal el fondo del asunto, conducen a acordar la medida cautelar solicitada de suspensión de la ejecución del acto recurrido las siguientes razones:

a) Existencia de "periculum in mora", conforme al artículo 130.1 LJCA. En la hipótesis que el acuerdo de 8 de septiembre de 2005 del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hubiera dictado incumpliendo requisitos esenciales o, simplemente, que se hubiera extralimitado del deber de pasividad exigido por el artículo 14.1 del RDOPAS (extremos éstos ambos que, insistimos, deben ser objeto de decisión, en uno u otro sentido, al resolver sobre el fondo del asunto) se produciría una situación que haría ineficaz el proceso en la medida en que la "situación jurídica de gravamen de carácter autónomo" (como lo califica la actora) se habría visto agravada o habría ido más allá de los términos exigidos por la legislación vigente; y ello durante el período comprendido entre la notificación del acuerdo a la actora y aquél en que dictase la sentencia esta Sala, haciendo la sentencia ineficaz para enervar la agravación producida durante tal lapso temporal, con abstracción de la reparabilidad de los eventuales perjuicios, siendo perfectamente legítima y asegurable a través de las medidas cautelares la finalidad de que las restricciones al funcionamiento ordinario de los órganos de administración de una entidad no sean superiores en virtud de un acto dictado por una Administración Pública que aquéllas que se derivan del Ordenamiento jurídico aplicable.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

b) La ponderación de los intereses generales y de tercero, conforme al artículo 130.2 LJCA, no determina la denegación de la medida cautelar solicitada. En efecto, el criterio de ponderación de los intereses concurrentes, como complementario del de la pérdida de finalidad legítima del recurso, según se dijo, lleva a esta Sala a apreciar que no se sigue perturbación grave a los intereses generales, los cuales están vinculados directamente al artículo 14.1 del RDOPAS, precepto cuya aplicación es independiente de la existencia de un acuerdo en tal sentido de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que así lo declare. Extremo éste que, por lo demás, reconoce la propia codemandada cuando alega que *"... el deber de pasividad, ..., puesto que existiría aunque el Comité Ejecutivo de la CNMV no hubiera acordado nada ni lo hubiera comunicado su Presidente."* En suma, el artículo 14 del RDOPAS es una norma directamente aplicable, sin precisar de la intermediación de actos administrativos que así lo acuerden o "recuerden", en la medida en que dicho deber de pasividad surge directamente del artículo 14.1 del RDOPAS, como concreción reglamentaria de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores. Por la misma razón, los intereses de terceros, concretados en este caso en el interés de los accionistas de Endesa, S.A., tampoco se ven afectados por la adopción de la medida cautelar de suspensión que la actora solicita ya que, como se acaba de decir, el deber jurídico de abstención, caso de existir, surgiría directamente del artículo 14.1 del RDOPAS, aunque el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores nada hubiera acordado por lo que, contrariamente a lo que sostiene sobre este extremo la codemandada, incurriendo con ello en una suerte de desviación procesal en su oposición, el que la Sala acuerde la medida cautelar solicitada no supone, como afirma dicha codemandada, *"la suspensión de todo el procedimiento de autorización de la OPA formalmente presentada por Gas Natural, y el levantamiento del deber de abstención o pasividad del órgano de administración de ENDESA, ..."* puesto que la suspensión que aquí se decide afecta única y exclusivamente al acuerdo de 8 de septiembre de 2005 del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c) Prueba, aún cuando sea indiciaria, de que la ejecución del acto impugnado puede ocasionar perjuicios a la actora. Es cierto, con arreglo a la doctrina citada del Alto Tribunal, que no es suficiente una mera invocación genérica de perjuicios para obtener la suspensión, pero junto a ello igualmente lo es que, como adecuadamente sostiene la actora, la hipotética prolongación en el tiempo de unas restricciones de la libertad de actuación del órgano de administración de una empresa de las dimensiones de Endesa, S.A. hipotéticamente superiores a las normativamente exigibles (que son las derivadas del artículo 14.1 del RDOPAS), dados los intereses en juego y la dinámica del que denomina *"mundo energético"*, es susceptible de suponer pérdidas de oportunidades de negocio que, aún no siendo concretas y determinadas apriorísticamente, es lo cierto que van vinculadas al desenvolvimiento de la actividad económica en el sector energético, cuya potencialidad y posibilidad son suficientes para apreciar la existencia de indicios de dichos perjuicios.

También, finalmente, en este caso la mera lógica aconseja adoptar la medida cautelar solicitada pues, si tanto la Administración como la codemandada convienen en afirmar la inexistencia de acto administrativo, ilógico sería denegar la suspensión, siquiera provisional, de los efectos del acto impugnado cuando aquella afirmación de las demandadas conlleva la pretensión de privar al acto impugnado no sólo de todo contenido decisorio, sino de cualquier efecto jurídico más allá del puramente informativo.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En suma, a juicio de la Sala concurren los requisitos exigidos por el artículo 130 LJCA y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta para acordar la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado.

PARTE DISPOSITIVA

En su virtud, **LA SALA HA DECIDIDO: ACORDAR LA MEDIDA CAUTELAR** de suspensión de la ejecutividad del acuerdo de 8 de septiembre de 2005 del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores impugnado.

Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de los recursos que proceden contra la misma, tal como previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así lo acuerdan, mandan y firman, las llimas. Sras. del Tribunal, reseñadas al margen; doy fe.