

TPI – SENTENCIA DE 14.07.2006, ENDESA S.A./
COMISIÓN, T-417/05, COMPETENCIA –
CONCENTRACIÓN – MERCADO ELÉCTRICO –
EL FINAL DE UNA BATALLA: EL TPI CONFIRMA QUE
LA OPA DE GAS NATURAL SOBRE ENDESA CARECE
DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

PATRICIA GOICOECHEA GARCÍA*
LUIS ORTIZ BLANCO

- I. CRONOLOGÍA DE UNA OPA CONTROVERTIDA.
- II. CUESTIONES VENTILADAS EN LA SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2006.
 1. SOBRE LA NECESIDAD DE BASAR EL CÁLCULO DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS EN LAS CUENTAS AUDITADAS.
 2. SOBRE LOS SUPUESTOS VICIOS PROCEDIMENTALES.

El 14 de julio de 2006 el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas («TPI») dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por Endesa contra la Decisión de la Comisión Europea de 15 de noviembre de 2005¹ («la Decisión» o «la Decisión recurrida»), por la que se declaraba que la Oferta Pública de Adquisición de acciones («OPA») lanzada por Gas Natural sobre Endesa el pasado 5 de septiem-

* Garrigues Abogados.

¹ Asunto COMP/M.3986, *Gas Natural/Endesa*, disponible en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/additional_data.html

bre de 2005 carecía de dimensión comunitaria y quedaba por tanto fuera del ámbito de competencia de la Comisión Europea.

Esta sentencia del TPI ha puesto de manifiesto dos importantes cuestiones respecto de la determinación de la dimensión de una operación de concentración, como son la necesidad de proteger la seguridad jurídica en la aplicación de las normas conforme a las cuales se determina dicha dimensión, así como la existencia de una cierta incertidumbre respecto del tratamiento procesal que ha de darse a una eventual controversia relativa a esta cuestión.

Con esta sentencia parece cerrarse una de las grandes batallas jurídicas libradas en este asunto que, un año después de su inicio, queda lejos de poder darse por acabado. Aunque el asunto es de sobra conocido, conviene recordar brevemente los principales episodios de esta larga saga, a lo largo de la cual se han ventilado importantes cuestiones jurídicas para el Derecho de la competencia (I), antes de abordar el contenido de la sentencia de 14 de julio (II).

I. CRONOLOGÍA DE UNA OPA CONTROVERTIDA

El 5 de septiembre de 2005 Gas Natural anunciaba el lanzamiento de una OPA sobre el 100 % del capital de Endesa que inmediatamente, el día 6 de septiembre, fue calificada de hostil e insuficiente por los administradores de esta última.

Gas Natural notificó la operación a las autoridades españolas de defensa de la competencia el 12 de septiembre, por cuanto ambas empresas habían realizado en España más de dos tercios de sus respectivos volúmenes de negocio en el ejercicio 2004, de acuerdo con las cifras de sus cuentas anuales auditadas². Poco después, el 19 de septiembre, Endesa presentó una denuncia ante la Comisión Europea por la que solicitaba que ésta calificase la operación como de dimensión comunitaria y en consecuencia se declarase exclusivamente competente para analizarla. La pretensión de Endesa se basaba, como se desarrollará más adelante, en que las cifras financieras sobre las que debía realizarse el cálculo de su

² El artículo 1 del Reglamento sobre control de concentraciones establece que tendrán dimensión comunitaria las operaciones que superen ciertos umbrales expresados en volumen de negocios, con la salvedad de aquellas en que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

volumen de negocios no eran aquellas formuladas conforme a los Principios Contables Generalmente Aceptados («PCGA») sino las calculadas sobre la base de las nuevas Normas Internacionales de Información Financiera («NIIF») y que a dichas cifras debían de serles aplicados un cierto número de ajustes.

El 20 de septiembre de 2005, las autoridades portuguesas de defensa de la competencia solicitaron a la Comisión Europea que, sobre la base del artículo 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas³ («el Reglamento») aceptase la remisión de la operación que les había sido notificada⁴. Una vez que la Comisión hubo informado de esta solicitud a las autoridades de los demás Estados miembros, las españolas le comunicaron que no deseaban sumarse a la misma, mientras que las autoridades italianas expresaron, el 7 de octubre de 2005, su deseo de adherirse a la solicitud de las autoridades portuguesas. Ambas solicitudes de remisión fueron desestimadas por la Comisión en sendas decisiones de 27 de octubre⁵, por considerar que las autoridades nacionales no habían demostrado en qué medida la operación de concentración afectaba al comercio intracomunitario y al libre juego de la competencia y concluyó por tanto que no era la Comisión la autoridad mejor situada para conocer del asunto.

En cuanto a la denuncia de Endesa tendente a que fuese declarada la concentración de dimensión comunitaria, el 15 de noviembre la Comisión adoptó la Decisión por la que desestimaba la pretensión de Endesa y declaraba que la concentración litigiosa no tenía dimensión comunitaria, por cuanto, de acuerdo con sus respectivas cuentas anuales auditadas, tanto Gas Natural como Endesa habían realizado en España más de dos tercios de sus respectivos volúmenes de ventas en el ejercicio 2004. Contra esta Decisión Endesa interpuso recurso de anulación ante el TPI el 29 de noviembre, solicitando asimismo que se suspendiese de manera cautelar la ejecución de la Decisión y que la Comisión requiriese a las

³ DO 2004 L 24, p. 1.

⁴ El artículo 22 del Reglamento permite que uno o varios Estados miembros soliciten a la Comisión que examine cualquier operación que no tenga dimensión comunitaria pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del (los) Estado(s) miembro(s) que realizan la solicitud.

⁵ Asunto COMP/M.3986, *Gas Natural/Endesa*. Ambas están disponibles en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/additional_data.html

autoridades españolas de defensa de la competencia que suspendieran todos los procedimientos nacionales. Mediante auto de 1 de febrero de 2006, el Presidente del TPI desestimó la demanda de medidas provisionales.

Entre tanto, el 7 de noviembre de 2005, el Ministro de Economía y Hacienda español decidió abrir la «segunda fase» del procedimiento, remitiendo el expediente del Servicio de Defensa de la Competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia. Posteriormente, la Comisión Nacional de Energía emitió su dictamen sobre la operación, recomendando que se autorizase con condiciones. Por su parte, el TDC recomendó en su dictamen de 5 de enero de 2006, si bien con votos particulares disidentes, que se prohibiese la concentración. Finalmente, el Consejo de Ministros autorizó la operación sometiénola al cumplimiento de 20 condiciones⁶.

En paralelo a los procedimientos de control de concentraciones sustanciados ante las respectivas autoridades administrativas, Endesa utilizó todos los medios a su alcance en sede judicial, tanto ante los Tribunales nacionales como comunitarios. Sin perjuicio del interés que presenta la estrategia procesal puesta en práctica por Endesa, una enumeración detallada de los distintos recursos interpuestos escaparía del marco del presente trabajo, que se circunscribe a la sentencia del TPI de 14 de julio.

II. CUESTIONES VENTILADAS EN LA SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2006

El recurso de Endesa contra la Decisión de la Comisión se basaba en cinco motivos que pueden ser agrupados en dos categorías, (i) de fondo y (ii) de procedimiento. Así, en cuanto a las cuestiones de fondo, Endesa insistió en primer lugar en que, a efectos de establecer la dimensión de la concentración, su volumen de negocios debía calcularse con arreglo a las cuentas formuladas conforme a las NIIF en lugar de basarse en las cuentas auditadas formuladas con arreglo a los PCGA. En segundo lugar, Endesa sostenía que, de nuevo de conformidad con las NIIF, a su volumen de negocios debían serle aplicados un cierto número de ajustes y, en particular, el denominado ajuste «*pass through*», es decir, la exclusión de su volumen de negocios de los importes percibidos a cuenta de los productores de electricidad y operadores de red.

⁶ El Acuerdo del Consejo de Ministros está disponible en el siguiente enlace: <http://www.dgdc.meh.es/Acuerdos%20Consejo%20Ministros/N05082ACMWEB.pdf>

Por lo que se refiere a las cuestiones procedimentales, Endesa alegaba que la Comisión había incurrido en una serie de vicios de procedimiento, provocando con ello una violación de su legítimo derecho de defensa.

A continuación se analizan cada una de estas categorías de motivos y las razones por las que todos ellos han sido desestimados por el TPI.

1. SOBRE LA NECESIDAD DE BASAR EL CÁLCULO DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS EN LAS CUENTAS AUDITADAS

Como ha sido indicado más arriba, Endesa presentó una denuncia ante la Comisión el 19 de septiembre de 2005, solicitando que ésta declarase la concentración de dimensión comunitaria por cuanto, conforme a las cuentas formuladas sobre la base de las NIIF, Endesa no había realizado más de dos tercios de su volumen de negocios en España en el ejercicio 2004. Al contrario de lo sostenido por Endesa, Gas Natural había basado su notificación a las autoridades españolas en el volumen de negocios reflejado en las cuentas anuales auditadas para el ejercicio 2004 de aquélla, que habían sido formuladas conforme a los PCGA, tal y como exigía la legislación española en vigor en 2004⁷.

Endesa justificaba su pretensión señalando que la dimensión comunitaria de una operación debe determinarse en la fecha en la que surge la obligación de notificación y que, en este caso, dicha obligación surgió en el momento en que se anunció la OPA, es decir, en septiembre de 2005. En aquel momento, las únicas normas contables válidas y vigentes eran las NIIF. Por ello, Endesa consideraba que es con arreglo a éstas que debía calcularse su volumen de negocios a los efectos de establecer si la operación tenía dimensión comunitaria, añadiendo que ello reflejaría con mayor exactitud la potencia económica real de las empresas afectadas.

Sobre esta cuestión, la sentencia del TPI confirma la validez de la postura adoptada por la Comisión en la Decisión recurrida, consideran-

⁷ En efecto, el Reglamento n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DO L 243 de 11.09.2002), establece que las NIIF sólo son aplicables y obligatorias a partir del ejercicio 2005. A este respecto, la conciliación de las cuentas del ejercicio 2004 con los principios de las NIIF sólo está prevista con el fin de facilitar la transición entre las antiguas y las nuevas normas, proporcionando una referencia comparativa.

do que la única base válida para calcular el volumen de negocios de las partícipes, y establecer con ello la dimensión de la operación, son las cuentas anuales auditadas de cada una de aquéllas.

Conviene recordar que, para establecer si una operación cumple con los umbrales comunitarios, el Reglamento se refiere al volumen de negocios del ejercicio anterior; es decir, en el presente supuesto, el ejercicio 2004. Asimismo, la Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios («la Comunicación»)⁸ establece en su apartado 26 que, con la intención de basar su trabajo en los datos más exactos y fiables, la Comisión se remitirá como norma general a las cuentas auditadas⁹.

Conforme a las reglas precitadas, el TPI consideró que la Comisión tenía la obligación de basar su análisis en las cuentas auditadas de Endesa, esto es, las cuentas formuladas con arreglo a los PCGA. En primer lugar, tal y como exigen el Reglamento y la Comunicación, las cuentas de referencia son aquellas correspondientes al ejercicio anterior y que ya han sido auditadas. Si bien el apartado 26 de la Comunicación se refiere a «*otras cuentas definitivas*», la Comunicación no ofrece en dicho apartado dos opciones —cuentas auditadas u otras cuentas definitivas— entre las que sea posible elegir libremente, siendo la referencia a «*otras cuentas definitivas*» posible únicamente en circunstancias excepcionales, manteniéndose la referencia a las cuentas anuales como regla general. En opinión de la Comisión y el TPI, no se daban en el presente asunto tales circunstancias excepcionales.

Esta interpretación realizada por la Comisión, y confirmada por el TPI, de las normas relativas al cálculo del volumen de negocios pone de manifiesto una clara voluntad de proteger la seguridad jurídica en una cuestión de especial importancia. En efecto, no hay que olvidar que estas normas relativas al cálculo del volumen de negocios son la base sobre la cual las empresas deben evaluar si existe un deber de notificar las operaciones que pretenden llevar a cabo. Conviene recordar que la infracción de tal deber puede acarrear multas de hasta el 10% del volu-

⁸ Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *DO* 1998 C 66, p. 25.

⁹ El apartado 26 de la Comunicación establece concretamente lo siguiente: «como norma general, por tanto, la Comisión se remitirá a cuentas auditadas u otras cuentas definitivas (...) La Comisión es reacia a utilizar cuentas de gestión, salvo en circunstancias excepcionales».

men de ventas de las partícipes, así como la obligación de someter al control de la Comisión operaciones que quizá ya han sido ejecutadas. Por tanto, teniendo en cuenta las graves consecuencias de la infracción del deber de notificación, resulta importante que las normas en que éste se basa sean especialmente claras. Es por ello, precisamente, por lo que se han elegido como referencia para el cálculo de los umbrales las cuentas auditadas de las empresas partícipes y que únicamente en supuestos excepcionales podrán las partes y la Comisión apartarse de ellas.

El rigor del TPI en la interpretación de estas normas es por tanto de agradecer, por cuanto le ha llevado a adoptar un enfoque protector de la seguridad jurídica. Ha quedado así descartado que la dimensión de una operación pueda establecerse con arreglo a criterios más o menos arbitrarios, por referencia a cifras que no cuentan con la garantía de haber sido auditadas.

Endesa alegaba también ante el TPI que la Comisión realizó una inversión de la carga de la prueba al sostener en su Decisión que aquélla no había aportado elementos suficientes que justificasen la necesidad de utilizar las cuentas elaboradas conforme a las NIIF. La recurrente fundaba su alegación en el siguiente argumento: aunque no hay disposición en el Reglamento que lo indique expresamente, la Comisión está obligada a determinar la autoridad competente debido a la competencia exclusiva que tiene para conocer de las operaciones de dimensión comunitaria; por tanto, en opinión de Endesa, no se puede considerar que corresponde a los particulares convencer a la Comisión de que es exclusivamente competente.

Sin menospreciar la originalidad del argumento de Endesa, más bien parece, como sostiene el TPI, que no puede considerarse que la Comisión esté obligada a determinar la autoridad competente para conocer de una determinada operación, sino que dicho análisis corresponde, en primer lugar, a las empresas notificantes y posteriormente, en aquellos casos en que la operación es notificada a una autoridad nacional, corresponde a ésta valorar si el análisis realizado por las empresas partícipes es correcto. Sentado lo anterior, tampoco puede considerarse que la Comisión invirtió la carga de la prueba cuando afirmó que Endesa no había aportado elementos que justificasen que el cálculo del volumen de negocios debía basarse en las cuentas formuladas con arreglo a las NIIF en lugar de en las cuentas anuales auditadas. En este sentido, dado que la regla general es que la Comisión basará su análisis de la dimensión

de una operación en las cifras que figuran en las cuentas auditadas, refiriéndose a otras cuentas definitivas únicamente en circunstancias excepcionales, queda a cargo de quien pretende que la Comisión se aparte de la regla general probar que efectivamente se dan circunstancias excepcionales, sin que ello pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba.

Junto con su reclamación de que su volumen de negocios fuese calculado conforme a las NIIF, Endesa solicitó a la Comisión que se llevasen a cabo una serie de ajustes, entre los que cabe destacar el ajuste por «*pass through*».

Endesa sostuvo ante la Comisión que aquellos importes que, tal y como exigen las normas reguladoras españolas, las compañías eléctricas están obligadas a recaudar a sus clientes finales para repercutirlos posteriormente a los productores de electricidad y a los operadores de red, deben ser deducidos de los ingresos contabilizados en las cuentas anuales auditadas, puesto que no pueden ser calificados de «importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas (...) correspondientes a sus actividades ordinarias», en el sentido del artículo 5, apartado 1 del Reglamento.

La Comisión rechazó en su Decisión la necesidad de llevar a cabo dicho ajuste, señalando, en primer lugar, que la Comunicación no prevé ningún ajuste para los supuestos de repercusión. En segundo lugar, la Comisión recordó que las distribuidoras de electricidad españolas no pueden asimilarse a las empresas que actúan como meras intermediarias, cuyo volumen de negocios está constituido exclusivamente por el importe de las comisiones que perciben puesto que las distribuidoras de electricidad están obligadas no sólo a transportar la electricidad a través de sus redes de distribución, sino también a suministrar la electricidad a los clientes que deciden permanecer en el sistema regulado. La distribución de electricidad, por ello, implica la venta a consumidores finales de productos anteriormente adquiridos por las distribuidoras. Los gastos derivados de la compra de electricidad deben por ello considerarse costes para las empresas distribuidoras. Asimismo, el riesgo de impago por los clientes finales del precio de la electricidad suministrada es soportado por las empresas distribuidoras y son éstas las que responden de cualquier incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato con el cliente final.

Contra la desestimación de la Comisión, Endesa sostuvo ante el TPI

que la Institución había reconocido un alcance excesivo a la Comunicación —que no es más que un instrumento interpretativo— cuando debería haber examinado el ajuste propuesto según lo dispuesto en el Reglamento, única base jurídica para el cálculo del volumen de negocios.

El TPI rechazó ambos argumentos, señalando en primer lugar que la Comisión está obligada a aplicar la Comunicación en la medida en que no sea contraria al Reglamento, sin que ello pueda calificarse de error de Derecho. En segundo lugar, el TPI consideró acertada la negativa de la Comisión de llevar a cabo el ajuste por «*pass through*» puesto que, dada la estructura del mercado eléctrico español, no cabe considerar los importes repercutidos más que como costes para las empresas distribuidoras de electricidad.

Por lo que a las cuestiones de fondo se refiere, tanto la Comisión como el TPI han hecho prevalecer en este asunto la protección de la seguridad jurídica, basada en una interpretación rigurosa de los preceptos aplicables. Tanto la preferencia por las cuentas anuales auditadas como el rechazo a llevar a cabo los ajustes propuestos por las partes demuestran una clara voluntad de basar el análisis de las cifras contables —y por tanto de la dimensión de la operación— en los datos más fiables disponibles, protegiendo una aplicación homogénea de las normas de competencia.

2. SOBRE LOS SUPUESTOS VICIOS PROCEDIMENTALES

La segunda categoría de motivos invocados por Endesa se basaba en la existencia de una serie de vicios de procedimiento que, según ella, habrían tenido por consecuencia una violación de su legítimo derecho de defensa.

En primer lugar, Endesa sostuvo que la Comisión había incurrido en un vicio de procedimiento al tomar sus Decisiones de 27 de octubre —por las que rechazó las solicitudes de remisión formuladas por las autoridades portuguesa e italiana— antes de pronunciarse sobre la dimensión comunitaria de la operación. En aquellas decisiones, adoptadas casi dos meses antes que la Decisión recurrida, la Comisión indicaba expresamente que su adopción no prejuzgaba la apreciación de la dimensión comunitaria de la operación litigiosa. No obstante esta precisión, Endesa consideraba que tal salvedad era puramente formal y que, decidiendo sobre las solicitudes de remisión formuladas conforme al artículo 22 del Re-

glamento con carácter previo a la determinación de la dimensión comunitaria de la operación, la Comisión prejuzgó necesariamente el resultado de su análisis, que dio lugar a la Decisión de 15 de noviembre de 2005.

Conviene recordar que el artículo 22 del Reglamento establece que uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que no tenga dimensión comunitaria pero que afecte al comercio entre Estados miembros o amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del o los Estados miembros que presenten la solicitud. La ausencia de dimensión comunitaria de la operación es por tanto una condición previa para la aplicación del artículo 22. Por ello, Endesa sostuvo que el rigor jurídico exige que en una situación controvertida como la que se daba en este asunto, se determinase la dimensión comunitaria de la operación con carácter previo a la aplicación del artículo 22 del Reglamento, siendo aquélla presupuesto de ésta.

El TPI rechaza en su sentencia de 14 de julio este argumento, considerando que las decisiones de 27 de octubre no prejuzgaban en modo alguno la decisión sobre la dimensión de la operación, puesto que así lo indicaban expresamente y, de haber existido un vicio de procedimiento, éste afectaría a las decisiones de 27 de octubre por las que se rechazaron las solicitudes de remisión. Añade el Tribunal que no se puede reprochar a la Comisión que se pronunciase sobre las solicitudes de remisión antes de pronunciarse sobre la dimensión comunitaria, puesto que el artículo 22, apartado 3, del Reglamento la obliga a pronunciarse sobre las solicitudes de remisión que le sean sometidas en un plazo máximo de diez días y, de no respetar dicho plazo, la solicitud se reputa aceptada¹⁰. Y concluye el TPI, que en tales circunstancias, si la Comisión hubiera tenido que resolver rápidamente sobre la dimensión comunitaria, habría decidido hacerlo en un plazo inferior a diez días, de modo que no habría podido examinar con toda la atención necesaria la cuestión de la dimensión comunitaria de la operación proyectada.

El argumento precitado del TPI no puede dejar indiferente. Es sabido que no puede imponerse a la Comisión la carga de realizar sistemáticamente una comprobación de la ausencia de dimensión comunitaria de aquellas operaciones respecto de las cuales se solicita la remisión conforme al artículo 22, máxime cuando dicha dimensión viene determinada por referencia a las cuentas anuales auditadas de las empresas partí-

¹⁰ Véase apartado 64, in fine.

cipes. No obstante, cuando dicha dimensión es controvertida, el rigor técnico podría exigir que se dilucidase esta cuestión con carácter previo a la solicitud de remisión, incluso suspendiendo el procedimiento si ello fuera necesario.

Sin perjuicio de lo anterior, y desde una perspectiva puramente práctica, lo cierto es que la alteración del orden lógico de las etapas del análisis de ambas cuestiones tampoco habría tenido graves consecuencias. Así, si tras el análisis de la cuestión de la dimensión de la operación la Comisión se hubiera declarado competente para conocer del asunto, las autoridades nacionales habrían cesado inmediatamente de ser competentes, quedando entonces las Decisiones tomadas en virtud del artículo 22 sin efecto.

Por lo que se refiere a la posibilidad de suspender el plazo previsto en el artículo 22 para pronunciarse sobre las solicitudes de las autoridades nacionales, el TPI se muestra particularmente estricto¹¹. Tampoco convence la afirmación del TPI que pretende justificar la improcedencia de una suspensión del plazo para decidir sobre una solicitud conforme al artículo 22¹², con el argumento de que ha de garantizarse que el control de concentraciones se lleve a cabo en plazos compatibles tanto con las exigencias de una buena administración como con las del tráfico mercantil.

No está de más recordar que, a diferencia de la rápida respuesta sobre las solicitudes de remisión, la Decisión sobre la dimensión comunitaria de la operación recayó cerca de 50 días después de haberse presentado la denuncia. Esta dilación resulta especialmente incongruente con la preocupación de la Comisión, apoyada por el TPI, de garantizar que el control de las concentraciones se lleve a cabo en los plazos más breves posibles, en beneficio de las exigencias del tráfico mercantil. Pero más incongruente resulta que el TPI justifique la demora de la Comisión en adoptar su Decisión sobre la dimensión de la operación¹³, afirmando que ello permitió que la decisión sobre la dimensión comunitaria se basase en un examen detallado de todos los elementos pertinentes.

¹¹ Afirmando que: «no hay nada en el Reglamento que indique que [dicho] plazo (...) quede suspendido en estas circunstancias. Pues bien, al tratarse de plazos que producen efectos jurídicos, cualquier motivo de suspensión debe estar previsto expresamente».

¹² Véase apartado 66.

¹³ Véase apartado 65.

Todas las decisiones de la Comisión deben basarse en un examen detallado de los elementos pertinentes y ello no impide que los procedimientos deban desarrollarse dentro de unos plazos razonables. En definitiva, este último argumento del TPI no sólo es poco convincente, también aparece injustificado en este contexto.

Junto con los argumentos anteriormente citados, Endesa puso también de manifiesto en su recurso que la Comisión debería haber solicitado la suspensión del procedimiento nacional que estaba desarrollándose en paralelo ante las autoridades españolas de defensa de la competencia. La recurrente fundaba este argumento en el artículo 21.3 del Reglamento, que obliga a los Estados miembros a abstenerse de aplicar su normativa nacional en materia de concentraciones de dimensión comunitaria. A este respecto, el TPI se limitó a afirmar que, de llegar a considerar que se incurrió en una ilegalidad, ésta habría sido cometida por las autoridades españolas —es decir, en última instancia por el Reino de España— y no por la Comisión.

Con este razonamiento el TPI salvó el escollo de pronunciarse sobre la existencia de una potestad de la Comisión para solicitar a las autoridades nacionales la suspensión de sus procedimientos en supuestos como el que ha dado origen a esta sentencia. Por desgracia, el TPI ha desaprovechado la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. No obstante, y a pesar del prudente silencio del Tribunal, es probable que el artículo 21.3 del Reglamento pudiera servir de base para una eventual solicitud de la Comisión dirigida a una autoridad nacional para que esta última suspendiese su procedimiento, hasta tanto la Comisión no hubiera decidido sobre una cuestión incidental como la planteada en este asunto.

* * *

La OPA lanzada por Gas Natural sobre Endesa ha sido rica en aportaciones jurídicas. Por lo que a la controversia en torno a la dimensión comunitaria de la operación se refiere, ésta ha puesto de manifiesto dos interesantes cuestiones.

En primer lugar, tanto la Comisión como el TPI han adoptado un enfoque rígido, basado en una interpretación rigurosa de las disposiciones aplicables al cálculo del volumen de negocios. Con ello, la seguridad jurídica ha salido reforzada, asegurando que la dimensión de las operaciones de concentración, y con ello la determinación de la existen-

cia de una obligación de notificarlas, debe establecerse por referencia a datos fiables y aplicados de manera homogénea.

Por otra parte, este asunto ha puesto sobre la mesa la cuestión del cauce procesal que deben seguir las controversias relativas a la dimensión de una operación de concentración entre empresas. Dada la ausencia de un procedimiento regulado para solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre la dimensión de una determinada operación, existe una cierta incertidumbre sobre el tratamiento procesal que merecen estas cuestiones. Lamentablemente, esta sentencia no ha despejado dichas dudas. En este sentido, el apoyo del TPI a la Comisión, que tardó casi dos meses en pronunciarse sobre la cuestión de la dimensión de la operación, el silencio del Tribunal en cuanto a la pertinencia de que la Comisión solicitara a las autoridades nacionales la suspensión de sus procedimientos, o la reiterada afirmación de que no pueden aplicarse plazos procesales por analogía, generan algunas dudas procedimentales en el control de concentraciones comunitario. Si, como acertadamente recuerda el TPI, en estos asuntos las necesidades del tráfico mercantil requieren que el control de las autoridades sobre las operaciones de concentración se lleve a cabo en unos plazos razonables, parece especialmente importante que las cuestiones incidentales que surjan en el marco de dicho control sean ventiladas también dentro de unos plazos razonables, que las partes puedan prever, y por un cauce conocido. En definitiva, habría merecido la pena reflexionar un poco más a fondo sobre si la seguridad jurídica que tan firmemente quería proteger el TPI en lo relativo al cálculo de volumen de negocios no merecía, también, ser protegida en el ámbito de los incidentes procesales del control de concentraciones comunitario.