



Ref.: OTRAS COMUNICACIONES

Barcelona, 2 de febrero de 2006

Señores:

Adjuntamos a la presente copia del auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 1 de febrero de 2006.

Atentamente les saluda,

Carlos J. Álvarez Fernández
Director General Económico-Financiero



TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
 SÚD PRVÉHO STUPNĚ EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
 DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABETS RET I FØRSTE INSTANS
 GERICHT ERSTER INSTANZ DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
 EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMENE ASTME KOHUS
 ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
 COURT OF FIRST INSTANCE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
 TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
 CÒURT CHÉADCHÉIME NA GCOMHFOBAL EORPACH
 TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE
 EUROOPAS KOLPENU PIRMÄS INSTANÇES TIESA

EUROPOS BENDRŪJŲ PIRMOSIOS INSTANCIOS TEISMAS
 EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK ELŐFOKÚ BÍRÓSÁGA
 IL-QORT TAL-PRIMIĠANZA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
 GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
 SĄD PIERWSZEJ INSTANCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
 TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTANCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
 SÚD PRVÉHO STUPNĚ EVROPSKÝCH SPOLEČENSTEV
 SODIŠČE PRVE STOPNJE EVROPSKIH SKUPNOSTI
 EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKELUSASTEEN TUOMIOISTUIN
 EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS FÖRSTAINSTANSRÄTT

CLEARY GOTTlieb
 STEEN & HAMILTON LLP
 01 -02- 2006

CERTIFICADO A.R. (adelantado por fax)
 - 290252 -

Luxemburgo, a 1 de febrero de 2006
 T-417/05 R-51

En el asunto T-417/05 R

ENDESA, S.A.

contra

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
 Intv.: GAS NATURAL SDG, S.A.
 Intv.: REINO DE ESPAÑA

Por la presente, el Secretario del Tribunal de Primera Instancia tiene el honor de transmitirle copia certificada conforme del auto del Presidente del Tribunal, de fecha 1 de febrero de 2006 (nº reg. 290240).



E. COULON
 Secretario

que tiene por objeto una demanda con el fin de que se ordenen, por una parte, la suspensión de la ejecución del escrito de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 mediante el cual ésta declara que una operación de concentración entre Gas Natural SDG, S.A., y Endesa, S.A., no tiene dimensión comunitaria en el sentido del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1), y, por otra parte, otras medidas provisionales,

**EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

dicta el siguiente

Auto

Marco jurídico

- 1 Según el artículo 1, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1):

«El presente Reglamento se aplicará a todas las concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en los apartados 2 y 3 del presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 4 y en el artículo 22.»

- 2 En virtud del artículo 1, apartado 2, del Reglamento nº 139/2004:

«Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros,

salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.»

- 3 Por otra parte, el artículo 5 del Reglamento nº 139/2004 establece ciertas reglas para la determinación del volumen de negocios a efectos de este Reglamento.

- 4 A tenor del artículo 21, apartado 2, del Reglamento nº 139/2004:

«La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia.»

- 5 Con arreglo al artículo 21, apartado 3, del Reglamento nº 139/2004, «los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria».

Hechos y procedimiento

- 6 Gas Natural SDG, S.A. (en lo sucesivo, «Gas Natural»), es una sociedad establecida en España que opera en el sector de la energía. Endesa, S.A., sociedad establecida asimismo en España, opera fundamentalmente en el sector de la electricidad.
- 7 El 5 de septiembre de 2005, Gas Natural anunció su intención de lanzar una oferta pública de adquisición sobre la totalidad del capital de Endesa (en lo sucesivo, «operación de concentración» u «oferta pública de adquisición»).
- 8 El 12 de septiembre de 2005, Gas Natural notificó la operación de concentración a las autoridades españolas de defensa de la competencia. Durante el mismo período, Endesa se dirigió a la Comisión para exponerle que, a su juicio, la operación de concentración tenía dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1 del Reglamento nº 139/2004. Según Endesa, de ello resultaba, por una parte, que la operación de concentración debía notificarse a la Comisión con arreglo al artículo 4 del mismo Reglamento y, por otra, que las autoridades españolas de defensa de la competencia no eran competentes para pronunciarse sobre esta operación.
- 9 El 19 de septiembre de 2005, Endesa pidió a la Comisión que tomase posición formalmente sobre su competencia respecto a la operación de concentración.
- 10 Mediante escrito de 15 de noviembre de 2005 (en lo sucesivo, «decisión impugnada»), la Comisión informó a Endesa de que, en su opinión, la operación de concentración no tenía dimensión comunitaria. En la decisión impugnada, la Comisión desestimó los argumentos de Endesa según los cuales ésta realiza menos de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en España, a efectos del artículo 1, apartado 2, del Reglamento nº 139/2004.
- 11 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 29 de noviembre de 2005, Endesa interpuso, con arreglo al artículo 230 CE, apartado 4, un recurso con objeto de que se anule la decisión impugnada.
- 12 En su recurso de anulación, Endesa reprocha a la Comisión, en particular, que realizase en la decisión impugnada una valoración errónea de su volumen de negocios. Por una parte, afirma que la Comisión actuó de manera incorrecta al basarse en las cuentas de Endesa elaboradas según los principios contables españoles y no según las Normas Internacionales de Información Financiera (International Financing Reporting Standards). Por otra parte, sostiene que la Comisión no aplicó los ajustes necesarios propuestos por Endesa. Según esta

empresa, la Comisión, con arreglo al artículo 5 del Reglamento nº 139/2004, habría debido practicar, en especial, varios ajustes en sus cuentas, deduciendo de su volumen de negocios, por un lado, determinadas cantidades recaudadas a sus clientes para transferirlas a la entidad gestora del sistema de transmisión y a los productores de electricidad y, por otro, determinados importes percibidos en virtud de acuerdos de intercambio de gas.

- 13 Mediante escrito separado redactado inicialmente en lengua inglesa y presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 29 de noviembre de 2005, y posteriormente mediante escrito separado redactado, a efectos de subsanación, en la lengua de procedimiento y presentado en la Secretaría el 6 de diciembre de 2005, Endesa formuló la presente demanda de medidas provisionales.
- 14 Mediante sendos escritos separados presentados en la Secretaría de este Tribunal el 2 de diciembre de 2005, el Reino de España y Gas Natural solicitaron intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 15 El 7 de diciembre de 2005, el juez de medidas provisionales invitó a la Comisión a que se pronunciase sobre la demanda de medidas provisionales presentada sobre la base del artículo 105, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. El 13 de diciembre de 2005, la Comisión presentó en la Secretaría sus observaciones en respuesta a dicha invitación.
- 16 Mediante sendos autos del Presidente de la Sala Tercera de 16 de diciembre de 2005, se admitió la intervención del Reino de España y de Gas Natural en el procedimiento principal.
- 17 En la misma fecha, el Tribunal de Primera Instancia decidió resolver el asunto principal aplicando el procedimiento acelerado previsto en el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento.
- 18 El mismo día, además, Endesa, la Comisión, el Reino de España y Gas Natural asistieron a una reunión informal celebrada ante el juez de medidas provisionales, en la cual se pidió a Endesa y a Gas Natural que estudiaran la posibilidad de establecer un mecanismo mediante el cual, en el supuesto de que el Consejo de Ministros no se opusiera a la operación de concentración, estas dos empresas se mantuvieran separadas hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre el recurso objeto del procedimiento principal, quedando entendido que en tal caso Endesa desistiría de su demanda de medidas provisionales.
- 19 El 22 de diciembre de 2005, la Comisión presentó en la Secretaría de este Tribunal sus observaciones sobre la demanda de medidas provisionales.
- 20 El 5 de enero de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió un dictamen en el cual recomendaba que se prohibiese la operación de concentración.

- 21 El 11 de enero de 2006, Gas Natural y Endesa presentaron en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia sus observaciones sobre la sugerencia formulada por el juez de medidas provisionales en la reunión informal del 16 de diciembre de 2005. De dichas observaciones resulta que las dos empresas no habían logrado alcanzar un acuerdo para establecer el mecanismo previsto en aquella reunión.
- 22 El 13 de enero de 2006, se oyó a las partes en una audiencia.

Pretensiones de las partes

- 23 La demandante, sobre la base de los artículos 242 CE y 243 CE, así como de los artículos 104 y 105, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, solicita al juez de medidas provisionales que:
- Suspenda provisionalmente la ejecución de la decisión impugnada hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre la demanda de medidas provisionales.
 - Suspenda la ejecución de la decisión impugnada hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre el recurso principal.
 - Ordene a la Comisión que requiera a las autoridades españolas de defensa de la competencia que suspendan todos los procedimientos nacionales durante el mismo período.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 24 La Comisión y el Reino de España, que interviene en apoyo de las pretensiones de ésta, solicitan al juez de medidas provisionales que desestime la demanda de medidas provisionales.
- 25 Gas Natural solicita al juez de medidas provisionales que:
- Desestime la demanda de medidas provisionales.
 - Condene en costas a Endesa.

Fundamentos de Derecho

- 26 El artículo 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento dispone que las demandas de medidas provisionales deben especificar el objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista (*fumus boni iuris*) la concesión de la medida provisional solicitada. Estos requisitos son acumulativos, de manera que las medidas provisionales deben ser denegadas cuando no se dé alguno de ellos [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de

1996, SCK y FNK/Comisión, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, apartado 30]. El juez de medidas provisionales procederá asimismo, en su caso, a la ponderación de los intereses en juego (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2001, Austria/Consejo, C-445/00 R, Rec. p. I-1461, apartado 73).

- 27 Por otra parte, en el marco de este examen de conjunto, el juez de medidas provisionales dispone de una amplia facultad de apreciación y puede determinar libremente, a la vista de las particularidades del asunto, de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos y el orden que debe seguirse en este examen, puesto que ninguna norma de Derecho comunitario le impone un esquema de análisis preestablecido para apreciar si es necesario pronunciarse con carácter provisional [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line y otros, C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, apartado 23].
- 28 A la luz de las circunstancias del presente asunto y sin que sea necesario pronunciarse previamente sobre si al juez de medidas provisionales le resulta posible adoptar medidas provisionales adecuadas en el caso de autos, procede examinar en primer lugar si se cumple el requisito de urgencia.

Alegaciones de las partes sobre el requisito de urgencia

- 29 En su demanda de medidas provisionales, la demandante sostiene que, debido al calendario probable del examen y la realización de la operación de concentración, es urgente que se ordenen las medidas provisionales solicitadas. A este respecto, indica que el Tribunal de Defensa de la Competencia debía emitir un informe a más tardar el 7 de enero y que el Consejo de Ministros, por su parte, debe adoptar una decisión sobre la operación de concentración a más tardar el 7 de febrero de 2006. Según la demandante, si se autorizase la operación de concentración, la oferta pública de adquisición probablemente se lanzaría inmediatamente después de la decisión de autorización y concluiría dentro de los 45 días siguientes, por lo que la operación se efectuaría antes de que el Tribunal de Primera Instancia haya tenido posibilidad de pronunciarse sobre la legalidad de la decisión impugnada. Endesa estaría entonces sometida al control de Gas Natural. Pues bien, Gas Natural ya tiene previsto vender una parte de los activos de Endesa. La demandante afirma que la toma de control por parte de Gas Natural y su desmantelamiento constituye un grave perjuicio para ella y sus accionistas. La toma del control de Endesa podría, en especial, impedirle mantener su recurso principal. En su demanda, Endesa invoca asimismo la existencia de un perjuicio al ordenamiento jurídico. Por último, en la audiencia, Endesa añadió que era imperativo que sus accionistas pudieran pronunciarse sobre una oferta pública de adquisición cuyos aspectos relativos a la competencia hayan sido revisados por la autoridad competente para ello.
- 30 En sus observaciones de 22 de diciembre de 2005, la Comisión se opone a las alegaciones de Endesa que sostienen que en el caso de autos existe urgencia. La

Comisión considera, en particular, que el perjuicio es hipotético, que Endesa puede solicitar medidas provisionales a los tribunales nacionales y que ésta no puede invocar válidamente un perjuicio provocado a sus accionistas.

- 31 Gas Natural y el Reino de España estiman asimismo que no es urgente ordenar medidas provisionales en el caso de autos.

Apreciación del juez de medidas provisionales

- 32 El carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de resolver provisionalmente a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1986, Deufil/Comisión, 310/85 R, Rec. p. 537, apartado 15, y auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 1999, Pfizer Animal Health/Consejo, T-13/99 R, Rec. p. II-1961, apartado 134). Corresponde a ésta aportar la prueba de que no puede esperar a la resolución del procedimiento principal sin sufrir un perjuicio de tal naturaleza (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 1991, Bélgica/Comisión, C-356/90 R, Rec. p. I-2423, apartado 23, y auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de noviembre de 2001, Duales System Deutschland/Comisión, T-151/01 R, Rec. p. II-3295, apartado 187).
- 33 No es necesario que se pruebe la inminencia del perjuicio con una certeza absoluta, sino que basta con que la producción del perjuicio sea previsible con un grado suficiente de probabilidad, particularmente cuando dependa de la concurrencia de varios factores [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1999, HFB y otros/Comisión, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, apartado 67]. No obstante, el demandante sigue estando obligado a probar los hechos que supuestamente sirven de base a la creencia de que se producirá el mencionado perjuicio grave e irreparable (auto HFB y otros/Comisión, antes citado, apartado 67).
- 34 En el presente asunto, Endesa invoca perjuicios que revisten fundamentalmente cuatro formas distintas y que, por tanto, procede analizar por separado. Endesa se basa, en primer lugar, en el riesgo de que Gas Natural obtenga su control y proceda a su desmantelamiento; en segundo lugar, en la lesión de sus derechos de procedimiento; en tercer lugar, en el perjuicio causado al ordenamiento jurídico y, en cuarto lugar, en la necesidad de que sus accionistas puedan pronunciarse sobre una oferta cuya conformidad con las normas de control de las concentraciones haya sido examinada por la autoridad competente.

Sobre el perjuicio supuestamente derivado de la toma de control y del desmantelamiento de Endesa

- 35 En primer lugar, Endesa sostiene que, si no se adoptan medidas provisionales, Gas Natural podrá lanzar su oferta pública de adquisición, tomar el control de Endesa y, por último, proceder a su desmantelamiento.
- 36 Con carácter preliminar, es necesario señalar que, a juicio de Endesa, sufriría este perjuicio no sólo ella, sino también sus accionistas.
- 37 Pues bien, al examinar el requisito de urgencia, el juez de medidas provisionales sólo puede tomar en consideración el perjuicio grave e irreparable invocado en una demanda de medidas provisionales en la medida en que pueda afectar a los intereses de la parte que solicita la medida provisional. De ello se deriva que los perjuicios que la ejecución del acto impugnado puede ocasionar a una parte distinta de la que solicita la medida provisional sólo pueden tenerse en cuenta, en su caso, al ponderar los intereses concurrentes (véase, en este sentido, el auto Pfizer Animal Health/Consejo, citado en el apartado 32 del presente auto, apartado 136).
- 38 En el caso de autos, Endesa tiene una personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas, los cuales, por otra parte, no han presentado demanda alguna en el marco del presente asunto. En consecuencia, Endesa no puede invocar válidamente, para justificar la urgencia, un perjuicio supuestamente ocasionado a sus accionistas a causa de la decisión impugnada.
- 39 No afecta a esta apreciación el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión (T-88/94 R, Rec. p. II-401), citado por Endesa en su demanda de medidas provisionales. En efecto, si bien es cierto que el juez de medidas provisionales declaró en dicho auto que la disolución de una empresa constituye, en principio, un perjuicio grave e irreparable para ésta y sus socios, en aquel asunto, como señala acertadamente la Comisión, la demanda de medidas provisionales había sido presentada precisamente por uno de los socios. En consecuencia, el juez de medidas provisionales pudo tomar en consideración el perjuicio personal provocado al citado socio a través del perjuicio causado a los intereses de la sociedad que podía ser disuelta (véase, en este sentido, el auto Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión, antes citado, apartado 33).
- 40 Por otro lado, la pretensión de Endesa de invocar, para justificar la urgencia, un perjuicio ocasionado a sus accionistas debe descartarse con mayor razón en el presente asunto habida cuenta de que dichos accionistas podrían tener, a título individual, intereses patrimoniales divergentes bien de los intereses de los demás accionistas, bien de los de Endesa. Ello podría suceder, en particular, en el caso de que la aportación por los accionistas de sus acciones a la oferta pública de

adquisición les permita obtener una ganancia financiera que les resulte beneficiosa aunque, por otra parte, facilite la toma del control de Endesa por Gas Natural.

- 41 Por lo que respecta al perjuicio invocado por Endesa a título personal, es necesario señalar, en primer lugar, que depende en especial del lanzamiento y del éxito de la oferta pública de adquisición. Pues bien, en este momento, el éxito de dicha oferta no está en modo alguno demostrado. Por tanto, el perjuicio personal invocado por Endesa es puramente hipotético y no reviste un grado de probabilidad suficiente para justificar la concesión de medidas provisionales (véanse, en este sentido, los autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 8 de diciembre de 2000, BP Nederland y otros/Comisión, T-237/99 R, Rec. p. II-3849, apartados 57 y 66, y de 16 de enero de 2004, Arizona Chemical y otros/Comisión, T-369/03 R, Rec. p. II-205, apartado 91).
- 42 En segundo lugar, Gas Natural ha alegado, sin que Endesa lo haya negado de manera argumentada, que, teniendo en cuenta las distintas obligaciones normativas a las cuales está sujeta la oferta pública de adquisición, la toma del control de Endesa no podría efectuarse antes del 15 de junio de 2006.
- 43 Pues bien, en el asunto principal, el Tribunal de Primera Instancia ha decidido resolver el recurso de Endesa aplicando el procedimiento acelerado previsto en el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento. Por consiguiente, será posible, en principio, dictar una decisión que resuelva el recurso principal en un plazo breve.
- 44 En tales circunstancias, tampoco se ha demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que el perjuicio invocado por Endesa pueda producirse antes de que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre el asunto principal.
- 45 Aun así, en la audiencia, Endesa sostuvo que, si no se adoptaban medidas provisionales, el lanzamiento de la oferta pública de adquisición de Gas Natural provocaría de inmediato un proceso irreversible.
- 46 Sin embargo, estas simples afirmaciones, de carácter vago y no justificado, no son suficientes para demostrar la existencia del riesgo invocado. Además el riesgo de que, antes de que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre el recurso principal, se inicie un proceso que dé lugar de manera ineludible a la toma de control y al desmantelamiento de Endesa es tanto menos probable cuanto que estos dos sucesos dependen en particular del éxito de la oferta pública de adquisición, éxito que en este momento no está demostrado (véase el apartado 41 del presente auto).
- 47 En tercer y último lugar, aun suponiendo que Endesa hubiese demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que el perjuicio que invoca puede producirse antes de que se dicte la decisión del Tribunal de Primera Instancia, como destaca acertadamente la Comisión, es necesario tener en cuenta la posible existencia ante los órganos jurisdiccionales nacionales de vías más adecuadas para

prevenir los perjuicios invocados (véanse, en este sentido, el auto Deufil/Comisión, citado en el apartado 32 del presente auto, apartados 21 y 22, y el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 3 de diciembre de 2002, Neue Erba Lautex/Comisión, T-181/02 R, Rec. p. II-5081, apartado 109).

- 48 Pues bien, en el caso de autos, como señala acertadamente la Comisión, a Endesa no le resultaría imposible interponer un recurso contra la eventual decisión del Consejo de Ministros de no oponerse a la operación de concentración e invocar, con arreglo al artículo 21, apartado 3, del Reglamento nº 139/2004, la incompetencia de dicha autoridad, en su caso, aduciendo la ilegalidad de la decisión impugnada.
- 49 Suponiendo que, según el caso, el órgano jurisdiccional ante el que se interpusiera el recurso suspendiera el procedimiento, bien para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE, bien para esperar a que los tribunales comunitarios dicten una decisión definitiva sobre el recurso de anulación contra la decisión impugnada, no consta que dicho órgano jurisdiccional no pudiera, o incluso no debiera, ordenar medidas provisionales con el fin de salvaguardar los intereses de las partes hasta que resolviera definitivamente el recurso. Además, aun suponiendo que, como sostiene Endesa, el citado órgano jurisdiccional español resultase vinculado por determinados efectos de la decisión impugnada en virtud de los principios establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, Masterfoods y HB (C-344/98, Rec. p. I-11369), correspondería a dicho órgano jurisdiccional examinar la necesidad de ordenar medidas provisionales con el fin de salvaguardar los intereses de las partes hasta que resolviera definitivamente el recurso (véase, en este sentido, la sentencia Masterfoods y HB, antes citada, apartado 58).
- 50 Por tanto, Endesa no ha demostrado que los medios de impugnación que le ofrece el Derecho español, tanto con carácter principal como a efectos cautelares, no le permitirían evitar que le sea ocasionado el perjuicio grave e irreparable que invoca.
- 51 En consecuencia, Endesa no ha acreditado que sea urgente adoptar medidas provisionales para evitar la posible toma de control por parte de Gas Natural y su posible desmantelamiento.

Sobre el perjuicio supuestamente derivado de la lesión de los derechos de procedimiento de Endesa

- 52 En segundo lugar, Endesa sostiene que el hecho de que la Comisión no examine la operación de concentración tiene el efecto de privarla de los derechos de procedimiento que le reconoce el Reglamento nº 139/2004.
- 53 Sin embargo, tanto en su demanda de medidas provisionales como en la audiencia, la argumentación de Endesa al respecto ha sido muy imprecisa y no ha permitido

determinar la naturaleza exacta del perjuicio grave e irreparable que afirma sufrir por no poder ejercitar sus derechos de procedimiento.

- 54 En su demanda de medidas provisionales, Endesa señala únicamente que, según la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, el control de una operación de concentración efectuado a la luz de una legislación nacional no puede equipararse, en cuanto a su alcance y efectos, al que ejerce la Comisión con arreglo a la normativa relativa al control de las concentraciones (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Cableuropa y otros/Comisión, T-346/02 y T-347/02, Rec. p. II-4251, apartado 60).
- 55 No obstante, Endesa no ha explicado con precisión cómo la falta de un control dotado del alcance y los efectos del control comunitario de las concentraciones podría constituir, en concreto, un perjuicio grave e irreparable para ella. En la medida en que, con su argumentación, Endesa intente sostener que el ejercicio de sus derechos de procedimiento ante la Comisión habría provocado un resultado distinto de aquel al que llegarán las autoridades españolas, que posiblemente no se opondrán a la operación de concentración, debe considerarse que este perjuicio no está probado y es puramente hipotético. En efecto, Endesa no ha demostrado en particular que, si la Comisión hubiese examinado la operación de concentración, habría decidido declararla incompatible con el mercado común con arreglo al artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 139/2004.
- 56 Cuando se le pidió, en la audiencia, que precisase sus alegaciones relativas a esta cuestión, Endesa invocó esencialmente el perjuicio causado a su derecho a que la operación de concentración sea apreciada en función de la normativa aplicable, con independencia del resultado final del examen realizado por la autoridad competente. Sin embargo, es necesario observar que esta argumentación es imprecisa y no sirve para caracterizar un perjuicio grave e irreparable. En efecto, Endesa todavía no ha descrito, y menos aún demostrado, cuáles son las consecuencias concretas de esta supuesta lesión de sus derechos y cómo podrían ocasionarle un perjuicio grave e irreparable.
- 57 En cualquier caso, suponiendo que, por una parte, el Tribunal de Primera Instancia anulase la decisión impugnada y, por otra, habida cuenta de los fundamentos de la decisión del Tribunal, la Comisión, en virtud del artículo 233 CE, esté obligada a considerar que la operación tiene dimensión comunitaria y, por tanto, a examinar dicha operación con arreglo al Reglamento nº 139/2004, no por ello está demostrado que en esa fecha Gas Natural habrá tomado el control de Endesa (véase el apartado 41 del presente auto) o bien habrá iniciado un proceso que dé lugar de manera ineludible a dicha toma de control (véase el apartado 46 del presente auto). En tales circunstancias, tampoco se ha probado de modo suficiente con arreglo a Derecho que, después de la eventual anulación de la decisión impugnada, Endesa no podrá ejercitar los derechos de procedimiento que le reconozca entonces el Reglamento nº 139/2004. En consecuencia, aun suponiendo

que el perjuicio invocado por Endesa sea grave, no se ha acreditado que sea irreparable.

Sobre el perjuicio supuestamente derivado del daño causado al ordenamiento jurídico

- 58 En su demanda de medidas provisionales, Endesa invoca, en tercer lugar, un perjuicio «al ordenamiento jurídico» resultante, por un lado, de la importancia de las cuestiones suscitadas por el asunto principal y, por otro, de la necesidad de no menoscabar el papel que desempeña el Tribunal de Primera Instancia para garantizar la correcta aplicación del Reglamento nº 139/2004.
- 59 A este respecto, basta con señalar que este daño causado al ordenamiento jurídico, suponiendo que hubiese sido demostrado, constituiría un perjuicio a intereses generales y no podría ser considerado personal.
- 60 Por tanto, el juez de medidas provisionales no puede tener en cuenta dicho perjuicio al examinar el requisito de urgencia, sino únicamente, en su caso, al ponderar los intereses concurrentes (véase, en este sentido, el auto Pfizer Animal Health/Consejo, citado en el apartado 32 del presente auto, apartado 136).

Sobre el perjuicio supuestamente derivado de la necesidad de que los accionistas de Endesa se pronuncien sobre una oferta pública de adquisición examinada por la autoridad competente

- 61 En cuarto y último lugar, en la audiencia, Endesa sostuvo esencialmente que, por una parte, era necesario que sus accionistas pudieran pronunciarse sobre una oferta pública de adquisición cuya compatibilidad con las normas de control de las concentraciones hubiera sido revisada por la autoridad competente para ello y, por otra, en el caso de que no se adopten medidas provisionales, existe el riesgo de que la oferta pública de adquisición se lance irreversiblemente sobre una base errónea.
- 62 Sin embargo, las alegaciones de Endesa fueron muy vagas también por lo que respecta a esta cuestión.
- 63 En el caso de que, con estas alegaciones, Endesa pretenda demostrar el riesgo de que se le ocasione un perjuicio personal, éstas son demasiado imprecisas para caracterizar la existencia de dicho riesgo.
- 64 En la medida en que se suponga que el perjuicio invocado se producirá en detrimento de los accionistas de Endesa, en particular, debido a la inseguridad jurídica respecto a la autoridad competente para apreciar la operación de concentración con arreglo a las normas de control de las concentraciones y respecto al resultado de este examen, se trataría de un perjuicio causado a terceros. Por ello, no podría tenerse en cuenta al examinar el requisito de urgencia, sino únicamente, en su caso, al ponderar los intereses concurrentes (véase, en este

sentido, el auto Pfizer Animal Health/Consejo, citado en el apartado 32 del presente auto, apartado 136).

- 65 En cualquier caso, no se ha demostrado en modo alguno que, en el presente asunto, los accionistas de Endesa sufrirían un perjuicio grave e irreparable debido a la inseguridad jurídica invocada.
- 66 En particular, aun suponiendo que Endesa hubiese logrado caracterizar con suficiente precisión y demostrar, por medio de pruebas, la existencia de un perjuicio ocasionado a sus accionistas, el requisito de urgencia debe apreciarse a la luz de la situación de cada uno de ellos, demostrada mediante elementos precisos que les afecten individualmente, presentados ante el juez de medidas provisionales (véanse, en este sentido, los autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 7 de mayo de 2002, Aden y otros/Consejo y Comisión, T-306/01 R, Rec. p. II-2387, apartados 94 y 100, y de 25 de junio de 2002, B/Comisión, T-34/02 R, Rec. p. II-2803, apartados 96 y 97). Pues bien, en el presente asunto, Endesa no aporta ningún elemento preciso que permita apreciar la situación individual de sus accionistas y, por tanto, los efectos del perjuicio supuestamente ocasionado a éstos a causa de la decisión impugnada.
- 67 Por tanto, la demandante no ha demostrado que puede sufrir un perjuicio grave e irreparable si no se adoptan medidas provisionales. En consecuencia, sin que sea necesario examinar el requisito relativo al *fumus boni iuris* ni ponderar los intereses concurrentes, debe desestimarse la demanda de medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

resuelve:

- 1) **Desestimar la demanda de medidas provisionales.**
- 2) **Reservar la decisión sobre las costas.**

Dictado en Luxemburgo, a 1 de febrero de 2006.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

B. Vesterdorf/