



Roj: **STS 4352/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4352**

Id Cendoj: **28079130032016100384**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/10/2016**

Nº de Recurso: **2681/2015**

Nº de Resolución: **2178/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1369/2015,**
STS 4352/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de octubre de 2016

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación en interés de ley número 2681/2015, interpuesto por la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 24 de abril de 2015 en el recurso contencioso-administrativo número 136/2012. Son parte recurrida Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L.; Gestamp Automoción, S.L.; Grupo Estampaciones Sabadell, S.L.U., y Bonmor, S.L., representadas por la procuradora D.ª Consuelo Rodríguez Chacón y bajo la dirección letrada de D. Andrew Ward.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 24 de abril de 2015, estimatoria del recurso promovido por Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L.; Gestamp Automoción, S.L.; Grupo Estampaciones Sabadell, S.L.U., y Bonmor, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de enero de 2012 dictada en el expediente SNC/0015/11. Por dicha resolución se declaraba que la ejecución el 22 de julio de 2011, sin autorización previa, de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L. y Grupo Estampaciones Sabadell, S.L., y Bonmor, S.L. del control conjunto sobre Essa Palau, S.A. supone una infracción del artículo 9.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que son responsables Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L. y su matriz al 100%, Gestamp Automoción, S.L. y el Grupo Estampaciones Sabadell y su matriz al 100% Bonmor S.L.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada ha interpuesto en fecha 28 de julio de 2015 recurso de casación en interés de ley ante esta Sala, mediante escrito al que acompaña testimonio de la sentencia impugnada. Pretende que se declare como doctrina legal la siguiente:

"El cambio estable de control al que se refiere el art. 7 LDC, a efectos de notificación previa, debe interpretarse, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, en el sentido de que dicho cambio estable no excluye la vigencia temporal o transitoria del primer contrato que es parte de una concentración instrumentada a través de sucesivos contratos vinculados.

Así mismo, y en relación con el mismo precepto, debe entenderse que la determinación de la adquisición de influencia decisiva sobre una empresa exige un análisis conjunto y no aislado de los distintos elementos concurrentes, el concreto contexto y las relaciones entre las partes de la operación, sin que puedan



considerarse a priori que sean elementos accesorios para verificar el control sobre la empresa afectada la posibilidad de veto sobre nuevos endeudamientos financieros, sobre la aprobación de cuentas anuales o sobre el nombramiento de gerente."

Termina su escrito suplicando que se estime el recurso y proceda a fijar la doctrina legal que propone.

TERCERO .- Reclamadas las actuaciones a la citada Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, las ha remitido, junto con el expediente administrativo, previo emplazamiento de las partes conforme a lo establecido por la Ley de la Jurisdicción.

Personadas Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L.; Gestamp Automoción, S.L.; Grupo Estampaciones Sabadell, S.L.U., y Bonmor, S.L., se les ha concedido plazo para formular su oposición al recurso de casación, habiendo presentado su representación procesal el correspondiente en el que solicita que se desestime íntegramente el recurso y confirme la sentencia de instancia por su conformidad al ordenamiento jurídico o, subsidiariamente, establezca que la doctrina legal correcta es la defendida en el cuerpo de su escrito.

Posteriormente se ha dado audiencia al Ministerio Fiscal, que ha emitido dictamen en el sentido de que procede dictar sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto porque, aun habiéndose acreditado el interés general y la dimensión expansiva de la cuestión, no es necesaria la fijación de doctrina en los concretos términos que se interesan.

CUARTO .- Por providencia de fecha 11 de julio de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 27 de septiembre de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

El Abogado del Estado interpone el presente recurso de casación en interés de ley contra la Sentencia de 24 de abril de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La citada Sentencia estimó el recurso contencioso administrativo que habían interpuesto las mercantiles Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L.; Gestamp Automoción, S.L.; Grupo Estampaciones Sabadell, S.L.U., y Bonmor, S.L., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de enero de 2012, por la que se impuso a las recurrentes una sanción por falta de comunicación previa de una operación de concentración empresarial según lo previsto por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio).

El representante de la Administración solicita que se declare la siguiente doctrina legal en relación con el citado artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia :

"El cambio estable de control al que se refiere el art. 7 LDC , a efectos de notificación previa, debe interpretarse, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, en el sentido de que dicho cambio estable no excluye la vigencia temporal o transitoria del primer contrato que es parte de una concentración instrumentada a través de sucesivos contratos vinculados.

Así mismo, y en relación con el mismo precepto, debe entenderse que la determinación de la adquisición de influencia decisiva sobre una empresa exige un análisis conjunto y no aislado de los distintos elementos concurrentes, el concreto contexto y las relaciones entre las partes de la operación, sin que puedan considerarse a priori que sean elementos accesorios para verificar el control sobre la empresa afectada al posibilidad de veto sobre nuevos endeudamientos financieros, sobre la aprobación de cuentas anuales o sobre el nombramiento de gerente."

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia impugnada funda la estimación del referido recurso de instancia en las siguientes razones:

" **SEGUNDO:** Tal y como puede deducirse del artículo 7 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), estaremos en presencia de una concentración económica cuando se produzca un cambio de control duradero en la totalidad o parte de una o varias empresas, que permitan, generalmente a una o varias empresas, ejercer una influencia decisiva sobre la actividad estratégica de otra u otras. Todo ello, como consecuencia de la realización de disposiciones contractuales o acuerdos que "per se" o mediante la creación de situaciones específicas aboquen a la situación antes definida.

Por otra parte, los litigantes aceptan expresamente que el conjunto de los dos acuerdos firmados el 22 de julio de 2011 constituyen en su globalidad una operación de concentración que supera los umbrales establecidos en el artículo 8 de la LDC . La consecuencia de ello es que resulta obligatoria su notificación a la autoridad



de competencia antes de proceder a su ejecución. Además, coinciden en señalar que dicha autoridad es la española, al ser la concentración de ámbito nacional y no europeo.

La cuestión esencial que debe resolverse en este caso, se centra, por lo tanto, en la determinación de si, efectivamente, el llamado "Acuerdo de Inversión (primer tramo)" de 22 de julio de 2011, cuya ejecución sin previa notificación a la autoridad de competencia se realizó el mismo día, implica "per se" una concentración económica. En ese caso, y así lo estimó la CNMC se produciría una infracción del artículo 9.1 de la LDC al no haberse notificado a la autoridad de competencia, con carácter previo a su ejecución.

A estos efectos, será necesario examinar la cuestión desde una doble óptica: por un lado debe precisarse la naturaleza de dicho primer acuerdo y las facultades de control estratégico que el mismo confirió a la entidad recurrente, y por otra parte, debe precisarse también el concepto de control y determinar las facultades requeridas para calificar la operación como una concentración y permitir la aplicación del mecanismo sancionatorio por infracción del citado artículo 9.1 de la referida Ley en caso de ejecución prematura.

TERCERO: El examen del contenido del mencionado acuerdo de inversión (primer tramo), pone de manifiesto que la recurrente adquirió una participación del 10% en Essa Palau y además le abrió una línea de crédito por importe máximo de 2.500.000 euros.

Por otra parte, para la aprobación de determinadas materias, se introdujeron mayorías cualificadas del 91% del voto favorable del capital social y del voto favorable de 4 consejeros sobre 5, dos de ellos nombrados por la recurrente.

La conjunción de estas modificaciones estatutarias implicaba a los efectos que nos ocupan destacar que si bien la participación accionarial de la recurrente en ese momento era minoritaria así como su presencia en el Consejo, su concurso devino imprescindible para la aprobación de las cuentas anuales y aplicación del resultado, así como para la aprobación de operaciones que implicasen un nuevo endeudamiento financiero de la sociedad.

El tipo de control requerido para entender que la modificación de la estructura decisoria de la entidad implica una concentración, debe, en palabras del artículo 7 de la LDC, conferir a la entidad la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

Se impone pues una concretización explícita sobre el concepto "ejercicio de una influencia decisiva" y para ello, ante la parquedad de la normativa citada, podemos acudir a la normativa de la Unión, que si bien despliega sus efectos de forma paralela a la normativa nacional, no por ello puede olvidarse que ambas están concebidas para garantizar la efectividad de un mercado interior competitivo, objetivo que se identifica con una de las finalidades esenciales de la Unión (artículo 3 del TUE). Buena prueba de ello es la identidad que puede apreciarse en la redacción del artículo 7 de la citada LDC y el artículo 3.2 del Reglamento 139/2004 del Consejo .

La Comunicación consolidada de la Comisión Europea 2008/C 95/01, sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre concentraciones entre empresas, y que fue publicada en el DOUE de 16 de abril de 2008, resulta ser un instrumento interpretativo relevante y en ella podemos encontrar algunas claves pertinentes a los efectos indicados. No resulta preciso insistir en que este tipo de directrices o comunicaciones de la Comisión carecen de valor normativo vinculante, tanto para los Tribunales de la Unión, como para los nacionales, particularmente en este último caso cuando la concentración es de ámbito exclusivamente nacional. No obstante, se trata de reglas prácticas de experiencia, que recogen esencialmente la jurisprudencia consolidada y principios de común aceptación, razón por la que, con las reservas expuestas, resulta un elemento idóneo de interpretación.

CUARTO: La primera observación que debe hacerse es la relativa a que el cambio en la estructura de control sobre la que se construye la concentración tiene que ser duradero, como explícitamente señala el artículo 7 de la LDC . Este requisito debe tenerse en especial consideración cuando observamos que el acuerdo ejecutado, que tuvo una vigencia efectiva de 48 días, estaba sujeto a una condición resolutoria que vinculaba su propia existencia a la autorización por la autoridad de la competencia del segundo acuerdo, como así ocurrió.

En estas circunstancias cabe preguntarse si el acuerdo ejecutado constituye " per se " una concentración de obligada notificación, y la respuesta que ofrecemos es negativa, justamente por esa falta de vigencia permanente.

Sobre este punto la Comunicación de la Comisión nos ofrece pautas interpretativas en sus apartados 28 y siguientes. Tras establecer la regla general (apartado 28) según la cual los cambios temporales de control son ajenos al Reglamento de concentraciones, analiza diferentes supuestos en los que existe un denominador



común: se trata de operaciones de ejecución diferida, existiendo entre ambas un período de tiempo breve, inferior a un año. Concluye la Comisión que no existe concentración por la ejecución de la primera parte de los acuerdos globales.

La aplicación de este criterio al presente caso sustenta nuestra opinión en el sentido de que no existía obligación de notificación de este primer acuerdo, lo que determina ya desde este momento la estimación del recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, y tomando también como pautas de interpretación las apreciaciones de la Comunicación invocadas por la recurrente (apartados 66 y 67), debemos resaltar que, los derechos de veto que confieren el control conjunto, se refieren habitualmente a decisiones sobre cuestiones tales como el presupuesto, el plan de negocios, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. La Comunicación, a continuación, desglosa las diferentes situaciones mencionadas, subrayando la importancia especial de la facultad de nombrar altos directivos de la empresa resultante y la aprobación del presupuesto. La Comunicación, en distintos apartados (66 y 71) destaca la distinción neta que debe hacerse entre una decisión que afecta al control de decisiones estratégicas de la empresa y las que se refieren a la protección de los intereses financieros de accionistas minoritarios como inversores.

Si examinamos las facultades concedidas a la recurrente, constatamos que, en realidad, no le permiten ejercer un control sobre la estrategia competitiva de la empresa, sin perjuicio de la incidencia que las mismas puedan tener en el desarrollo cotidiano de su actividad.

No puede, efectivamente, vincularse de forma exclusiva al ejercicio de una influencia significativa en la política comercial de la nueva entidad, el veto posible de la recurrente sobre nuevos endeudamientos financieros, pues, con independencia del carácter protector de intereses propios de esta medida, existen formas alternativas de financiación, singularmente los acuerdos con los proveedores, como indica la recurrente que subraya, además, que GMA no podía interrumpir la línea de crédito concedida, ni era necesario su consentimiento para la disposición del mismo por Essa Palau.

Tampoco la aprobación de las cuentas anuales confiere ese poder, pues, con independencia la importancia de ese acto y de las consecuencias que tiene para la vida de la empresa, supone en realidad una evaluación del ejercicio precedente, sin desplegar sus efectos sobre la política comercial de la empresa. La no aprobación de las cuentas anuales por la Junta General no provoca, en definitiva, el cierre del Registro (art. 378.5 RRM), sin que la certificación a que se refiere dicho artículo justificando las causas de la no aprobación, esté incluida entre las materias reservadas al acuerdo ejecutado.

La cuestión relativa al nombramiento del gerente tampoco puede justificar la imposición de la sanción, pues, en primer lugar, no se especifican las funciones que desarrolla y en principio, un cargo de esa naturaleza, está destinado a gestionar el desarrollo cotidiano de la empresa por lo que razonablemente no toma decisiones que afectan a la política estratégica de la sociedad. Por otra parte, tampoco consta que su nombramiento fuera obra exclusiva de la recurrente, no figurando su nombramiento entre las materias reservadas del primer tramo ejecutado, por lo que, en todo caso, no se ha acreditado que el nuevo gerente fuera nombrado por GMA.

En atención a lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto sin que sea necesario examinar los restantes argumentos esgrimidos por la recurrente" (fundamentos jurídicos segundo a cuarto)

TERCERO .- Sobre la doctrina legal que postula la Administración.

La doctrina legal que la Administración pretende que declaremos tiene por objeto clarificar la interpretación del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia y, más en concreto, las nociones de "cambio estable de control" (apartado 1, primer párrafo) e "influencia decisiva" (apartado 2, primer párrafo) empleadas en dicho precepto.

Como se comprueba en los fundamentos transcritos de la Sentencia impugnada, la Sala de instancia considera que el "Acuerdo de inversión (primer tramo)", de 22 de julio de 2011, el cual se ejecutó en el mismo día sin previa comunicación a la Comisión Nacional de Competencia, no constituía por sí mismo una toma de control estable de la entidad Essa Palau, S.A., por dos motivos: porque su vigencia se limitaba a 48 horas, pues estaba sujeta a la condición resolutoria que vinculaba su existencia a que el otro acuerdo, suscrito el mismo día, fuese aprobado por la autoridad de competencia; y porque el contenido del acuerdo no implicaba un control de la dirección estratégica de la compañía adquirida.

El Abogado del Estado argumenta que en las concentraciones articuladas mediante acuerdos sucesivos vinculados, el primer acuerdo ha de considerarse ya parte de la concentración. Entiende que una interpretación contraria constituye una doctrina gravemente dañosa para el interés público, pues puede vaciar de contenido la obligación de no ejecutar una operación de concentración con carácter previo a la autorización por parte del



regulador. De esta manera se obtendría el control mediante la ejecución del primer acuerdo y sin notificación previa a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por mucho que se condicione la fase definitiva a la autorización de la citada Comisión. Además, en la segunda parte de la doctrina legal propuesta, pretende asegurar que, para entender que hay una concentración efectiva la valoración sobre la adquisición de influencia decisiva, ha de ser consecuencia de un "análisis conjunto y no aislado de los distintos elementos concurrentes", excluyendo expresamente que los concretos elementos considerados por la Sala puedan calificarse *a priori* como accesorios.

Así planteado el recurso en interés de ley formulado por el Abogado del Estado, ha de ser desestimado. En efecto, la primera parte de la doctrina legal propuesta constituye una afirmación genérica que no puede postularse con carácter taxativo para todo posible proceso de concentración. No se puede sostener y no podemos por tanto establecer como doctrina legal, que en un proceso de concentración articulado mediante varios acuerdos sucesivos el primero u otro previo al acuerdo final implique ya, necesariamente y en todo caso, una toma estable de control de la entidad absorbida, como tampoco podría afirmarse, en sentido contrario, que en ningún caso tales acuerdos previos no impliquen dicha toma de control. Habrá de ser un examen *ad casum* en cada supuesto el que revele la exacta naturaleza de cada acuerdo en supuestos semejantes de concentración. Vale para eso el mismo argumento que aduce el Abogado del Estado en la segunda parte de la doctrina legal que propone, cuando postula un examen de todos los elementos concurrentes para determinar si hay una incidencia decisiva sobre una empresa.

Por otra parte la Sala no hace una doctrina general sobre la cuestión resuelta en el sentido de que el acuerdo inicial en un proceso de concentración articulado en acuerdos sucesivos no pueda ser considerado por si mismo y en todo caso como una concentración sometida a notificación previa al regulador. Hace un examen del supuesto de autos y entiende que dadas las circunstancias (la condición resolutive a la que estaba sometido el acuerdo litigioso y el contenido del mismo), el acuerdo objeto de la resolución sancionadora no suponía por si propio una toma estable de control de la entidad absorbida. Aunque se apoye en la Comunicación de la Comisión Europea 2008/C 95/01, la Sala adopta una decisión *ad casum* de la que sólo puede concluirse -tal como reclama el Abogado del Estado en la segunda parte de la doctrina propuesta- que tuvo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos y concluyó que el acuerdo en cuestión no suponía una toma duradera de control.

De lo dicho se deduce que tampoco es admisible la segunda parte de la doctrina propuesta, en el sentido de que la determinación de la adquisición de influencia decisiva sobre una empresa requiere un análisis conjunto de los diversos elementos concurrentes y que determinadas circunstancias concurrentes en el supuesto de autos no deban considerarse *a priori* accesorias. Primero, porque se trata de un criterio de interpretación del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia sin duda razonable, pero también completamente genérico, a la vez que la mención de los elementos concretos es por completo inadecuada para la formulación de una doctrina legal. Y segundo, porque como se acaba de afirmar, nada contrario a dicha interpretación se desprende de la Sentencia impugnada, ni en general sobre la necesidad de un examen completo del supuesto de hecho, ni en concreto sobre una valoración *a priori* de los elementos concurrentes en el caso como accesorios o no.

CUARTO .- Conclusión y costas.

Según los razonamientos expuestos, no ha lugar al recurso en interés de ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 24 de abril de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la Administración recurrente, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 24 de abril de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 136/2012.
2. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-
Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon
Arozamena Laso.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que,
como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ