

Germán Apalategui**Procuradores****BILBAO****JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2.
MERKATARITZA-ARLOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)**

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 944016688

FAX: 944016969

N.I.G. / IZO: 48.04.2-08/010022

Procedimiento / Prozedura: Med.caut.previas-Aurretiazko kautelazko neurriak 132/08-

Sobre/Gaia: MED CAUTELARES

Demandante / Demandatzailea: IBERDROLA S.A.
HIDROELECTRICA IBERICA IBERDUE
Abogado / Abokatua:
Procurador / Prokuradorea: GERMAN APALATEGUI
CARASA

Demandado / Demandatua: ELECTRICITE DE
FRANCE S.A.
Abogado / Abokatua:
Procurador / Prokuradorea:

Don D. Mario Fernandez Pelaz

AUTO nº 38/08

En la Villa de Bilbao, a veinticinco de marzo de dos mil ocho.

Ilmo. Sr. Don EDORTA J. ETXARANDIO HERRERA, Magistrado-Juez del
Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Apalategui Carasa, en nombre y representación de la mercantil Iberdrola S.A. se formuló solicitud de medidas cautelares previas a demanda de juicio declarativo ordinario que se plantea frente a la entidad de nacionalidad francesa Electricité de France S.A., para que se ordenen, sin previa audiencia del sujeto pasivo, órdenes judiciales de hacer y de no hacer respecto de éste, y de publicidad determinada de la resolución judicial.

SEGUNDO.- Formada la pieza separada, puesto que se aporta prueba documental con la demanda, se ofrece la prestación de caución para responder de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse por la adopción de las medidas cautelares, y se reclama expresamente resolver difiriendo la audiencia del sujeto pasivo, se pasa a resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la jurisdicción y competencia.

La potestad jurisdiccional se ejerce en el Reino por los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (art. 117.3 CE), siendo los del orden civil quienes conocen, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (art. 9.2 LOPJ), implícitamente atribuyendo el art. 22 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), el conocimiento al orden civil de los procesos en materia de competencia desleal.

La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determina por lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte (arts. 21 LOPJ y 36 LEC), y como existe en el presente asunto elemento de extranjería de la nacionalidad francesa de la sociedad que es sujeto pasivo de las medidas cautelares, resulta de aplicación a la competencia internacional el principio jurisprudencial para el ámbito de la Unión Europea de la atribución en campo de medidas cautelares de la regla derivativa de la competencia de jurisdicción del Estado miembro relativa al fondo del proceso principal (STJCE de 21 de mayo de 1980, asunto 125/79), o en su caso, la regla subsidiaria de competencia internacional española del art. 22.5 LOPJ. Por lo tocante a esa competencia internacional de fondo, la materia de competencia desleal se ha de considerar incluida en art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con arreglo a la jurisprudencia generada bajo vigor de precepto equivalente de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano 1988 (incluso cuando no conforma una acción de reparación del daño, sino meramente cesatoria y de legitimación colectiva: véase STJCE de 1 de octubre de 2002, asunto 167/00), apuntando el tradicional "forum delicti commisi", siendo que en España se producirán los efectos de los actos de competencia desleal, consistentes en la obstrucción de oportunidades de negocio y adopción de decisiones estratégicas de la empresa de la solicitante. En definitiva, y cumplimentando el examen de oficio ex art. 725.1 LEC, no cabe mantener una abstención por falta de competencia internacional, al no constar norma que atribuya competencia exclusiva para el proceso que se cautela a la jurisdicción de otro Estado, según resulta de la inteligencia conjunta de arts. 36.2.2ª y 722.pfo.2º LEC ("a fortiori" respecto de lo prevenido para cuando el proceso cautelado se sustanciara en el extranjero).

En cuanto a la competencia específica, la objetiva se resuelve a favor del suborden de lo Mercantil conforme art. 86.ter.2.a) LOPJ, y la funcional y territorial se resuelve en una sola regla, conforme a la cual es competente en primera instancia o grado el Juzgado de lo Mercantil competente para conocer la demanda principal, puesto que el proceso de declaración todavía no se ha iniciado, por ser las medidas cautelares previas (art. 723.1 LEC), siendo el fuero legal territorial especial supletorio y alternativo -en tanto que Electricité de France S.A., EDF, carece de domicilio o establecimiento en España- el contemplado en el ordinal 12º "in fine" del art. 52.1 LEC, esto es, para la prevista acción de cesación y de remoción por actos de competencia desleal, el del lugar donde se produzcan los efectos de éstos.

Siendo en el Territorio Histórico de Bizkaia -domicilio social de Iberdrola- que

se producirán los efectos mencionados, a este Juzgado le corresponde jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud presentada.

SEGUNDO.- De la tutela judicial cautelar.

El proceso, a fin de cumplir su función, requiere como elemento imprescindible un cierto tiempo para que se lleve a cabo, que es siempre el legal, o tiempo previsto en la norma para que se desenvuelvan con regularidad todos los actos procesales, y abundantemente es otro real, que suele desbordar aquel primero -de lo que no es ejemplo este Juzgado- en la práctica diaria, lo cual no se ataja sólo con aumentar el número de órganos judiciales, engordar sus medios materiales y humanos, y fiscalizar la productividad judicial, sino también adecuando las leyes procesales, y promocionando intentos serios de moderar la excesiva judicialización de los conflictos privados.

Por lo menos este Juzgador, en el ámbito de sociedades, competencia -presupuesto y límite del libre mercado- y propiedad industrial, está persuadido de que el tiempo del proceso, el legal como el real, implica siempre un grave peligro para la tutela judicial que se pretende, pudiendo derivar en la inutilidad para los interesados de la declaración o condena que se produzca en determinado momento, o en la futilidad de los deberes de pago de dinero en razón de la evanescencia del patrimonio de responsabilidad.

Fundamento de las medidas cautelares es conjurar tal peligro, lo cual no siempre se endereza a conseguir que la resolución judicial que culmine el proceso se dicte con incidencia en la misma o la más aproximada misma situación fáctica que cuando se insta la pretensión, sino que, en ocasiones, se dirige a asegurar sea dictada con incidencia en una situación neutral, reformadora por imperio judicial de la existente al tiempo de pretender, y que adelante el resultado del proceso, evitando que la resolución resulte inefectiva de hecho, ya sea por elusiones del futuro obligado, ya sea por la pura lentitud del proceso cuando las situaciones patrimoniales y financieras evolucionan con rapidez. Así se habla de medidas conservativas de la situación de hecho inicial, y de las anticipatorias.

Tanto unas como otras medidas cautelares se engranan, sin dificultad, en el contenido esencial de la garantía constitucional de tutela judicial, que ha de ser efectiva conforme al art. 24 CE, y que podrá no serlo, aun dispensándose el pronunciamiento judicial más atinado, si se dispensa tarde. El mentado derecho fundamental, conforme a la doctrina constitucional (SSTCO 14 y 238/92, o 218/94), resultará vulnerado si un posible fallo favorable a la pretensión deducida queda desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés legítimo reconocido por los órganos jurisdiccionales en su momento, como obviamente ocurrirá si se ha perseverado en una conducta contraria a la leal competencia entre profesionales en el mercado, que luego debe ser decretada ilícita.

En el caso presente, al dirigirse la solicitud a vedar un comportamiento de difusión de una eventual operación de control del capital de Iberdrola por Electricité de France S.A., EDF, en primer término, no se trata de conservar el "statu quo ante" sino de autorizar cautelarmente su cesación, lo que no se corresponde con una cautela asegurativa, sino con el adelantamiento de la tutela judicial definitiva, al declararse ilícito tal comportamiento, esto es, la cautela anticipatoria (a); y en segundo lugar, de los riesgos

del tiempo que invierte el proceso y que soslaya la tutela cautelar, en el caso presente tampoco se trata de asegurar frente a la evanescencia del patrimonio de responsabilidad de la parte demandada, sino de prevenir la inutilidad de la declaración jurisdiccional que se produzca, por cuanto la solicitante, con la demora del proceso, puede ver infructuosa sus satisfacción, a pesar del éxito, al abortarse por el impacto en los mercados y en el mismo accionariado de unos anuncios torticeros oportunidades de negocios y decisiones estratégicas de quien se propone demandar (b).

SEGUNDO.- Del diseño legal de las medidas cautelares.

La construcción del proceso cautelar, si bien encuentra su fundamento en el logro de que el paso del tiempo no se constituya en factor constrictor de la justicia plenamente efectiva para quien la impetra, por un lado, parte de la consideración de un resultado procesal favorable al que pretende, y por otro, contempla la injerencia en la esfera jurídica del demandado, al que se impide acometer una conducta, se le limita en la que llevaba a cabo, o se le conmina a actuar o no dejar de actuar en determinado sentido.

Obviamente, entre las dos tesituras, éxito futurible del que demanda y agresión del "status" del que se resiste a la demanda, no puede bastar la pura petición para que se determine la adopción de medidas cautelares, sino que debe concurrir lo que la doctrina denomina presupuestos de tales medidas (STC 148/93 y ATC 125/97). Y en concreto, la batería de preceptos de los arts. 726 a 728 LEC, regula un régimen de presupuestos de las medidas cautelares, cual el siguiente:

1.-Que la parte solicitante acredite el peligro de mora procesal, es decir, el riesgo de la demora o la infructuosidad de la tutela judicial que en su día pudiera merecerse ("periculum in mora").

2.-Que le asista una apariencia de buen derecho, es decir que, sin prejuzgar el fondo del asunto, sea positivo el juicio indiciario de la existencia del derecho reclamado ("fumus boni iuris").

3.-Que dicha parte ofrezca caución suficiente para responder de forma rápida y eficaz, de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse (art. 728 LEC; salvo la dispensa para el proceso en que se ejercite acción colectiva de cesación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios).

El ofrecimiento de caución por el sujeto activo de medidas cautelares civiles se configura como un presupuesto institucional más, junto a la apariencia de buen derecho y el peligro de retardo procesal (relación entre art. 728.3.pfo.1º y 732.3 LEC), y su prestación efectiva, en la cuantía determinada por el tribunal, constituye un requisito de la ejecución de las medidas adoptadas por concurrir estos mencionados presupuestos (art. 737 LEC).

Por otra parte, como excepción (art. 733.2 LEC) a la regla de acordar las medidas cautelares previa audiencia de su sujeto pasivo, cabe adoptarlas sin contradicción previa, como ocurre en esta oportunidad, siempre que la parte alegue la concurrencia de razones de urgencia o bien que la adopción de las medidas con audiencia previa pueden comprometer en buen fin de la medida cautelar.

TERCERO.- Del peligro de mora procesal cualificado.

La motivación para adoptar las medidas "inaudita parte contraria", se conecta con la del "periculum" procesal cualificado del asunto para una cautela anticipatoria, esto es, que la adopción "impromptu" sea necesaria a fin de que no se consolide un estado de cosas que convierta en ineficaz en la práctica una futura sentencia que repunte la presencia de actos de competencia desleal. No es el asunto de unas cautelas que sólo puedan adoptarse por sorpresa, sino de que adoptándose con el procedimiento ordinario contradictorio, con sus citaciones y vista, el conocimiento de la demanda cautelar permitirá al demandado, durante un lapso de tiempo mayor, mantener, o acaso profundizar en la situación que convierte en ineficiente el éxito de su futura demanda, conceptuadas definitivas entonces las medidas provisionales.

Las cautelas para decretarse mediante una contradicción diferida, entonces, deben contar con unos factores añadidos sobre el "periculum in mora" genérico, y en el caso presente consisten en: la misma contextura de los actos frente a los que se dirigen las medidas, cautelando una demanda que se fija no tanto en los efectos obstativos para Iberdrola sino en la injustificada prolongación o perseverancia en el tiempo de tales (1); el domicilio y nacionalidad de EDF en la República vecina, con la consiguiente ralentización de comunicaciones, por las formalidades especiales y la precisión de traducciones (2); la producción foránea a la jurisdicción del Reino de aquellas acciones u omisiones que causan perjuicios en el foro, lo que dificulta su fiscalización (3); y la situación específica de Iberdrola que, convocada la junta general ordinaria y extraordinaria para el 16 y 17 de abril próximo, supone hallarse los accionistas en fase de verificar en la práctica de su derecho de información, en general y para la aprobación de las cuentas anuales e informe de gestión (4).

En punto al "periculum" genérico, resulta clásica la distinción entre el "peligro de infructuosidad", como riesgo de que durante el tiempo necesario para el desarrollo del proceso principal acontezcan hechos que hagan imposible o extremadamente difícil la efectividad práctica de la sentencia, al que se atiende mediante medidas conservativas, y el "peligro de demora", entendido como el riesgo de que la mera duración del proceso pueda ser causa de un perjuicio por prolongar durante su duración el estado de insatisfacción del derecho, el cual se conjura mediante medidas anticipatorias.

Parece adecuado para valorar unas cautelas anticipatorias de este género orientarnos por un marco normativo en que no se consigna expresamente el "fumus boni iuris" por el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, el del proceso contencioso-administrativo, y en que tampoco es problema las maniobras de elusión patrimonial del sujeto pasivo. El art. 130 LJCA diversifica para el "periculum in mora" dos condiciones: una necesaria, de serlo la medida para preservar el efecto útil del recurso, esto es, que concurra, si no se adopta la medida, una pérdida de su finalidad legítima (1); y otra suficiente, más allá de esa necesaria, del resultado de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, en el sentido de que la que la medida cautelar no debe causar grave perturbación de los intereses generales o de tercero (2). El requisito de suficiencia no es de utilidad en el proceso civil, dado que el conflicto es entre privados, y se debe examinar el "periculum" partiendo de la hipótesis de que se concita un "fumus boni iuris" en las pretensiones de fondo, aunque sí es de toda utilidad el requisito necesario. Precisamente, en un control jurisdiccional del acuerdo del consejo de ministros

que analizaba una concentración de empresas concurrentes en el mercado energético, la Sala III TS motivó el "periculum in mora" para la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto gubernativo en lo irremediable para el mercado y para la continuidad de un proyecto empresarial (ATS -III- de 28 de abril de 2006). Desde luego, una cosa es estudiar en un proceso contencioso-administrativo la libre competencia como condición de la libertad de mercado y la eficiencia del mercado de valores como pieza esencial del sistema económico, sin deberse entrar en el fondo del acto administrativo, mientras que otra es estudiar en un proceso civil la competencia leal como límite operativo en el mercado, entrando en la apariencia de buen derecho, pero los términos del "periculum in mora" en medidas cautelares anticipatorias resultan análogos.

Y en el asunto presente, supuesto por hipótesis que EDF propicia una campaña de desinformación e información contradictoria sobre el acceso al control del capital de Iberdrola y una adquisición del negocio de ésta con eventual desmembración del mismo, como la consecuencia sea para Iberdrola la pérdida de determinadas posibilidades de negocio y de acometer decisiones estratégicas, el entorpecimiento de la adopción de decisiones corporativas por la voluntad social, la volatilidad de la cotización de las acciones en el mercado de valores, y la erosión de su buena imagen y reputación, garantizar la finalidad legítima útil de la demanda por infracción de la cláusula general de lealtad competitiva de art. 5 LCD implica adelantar una situación de neutralidad informativa bajo responsabilidad de quien se señala como propiciador de la situación de ambigüedad e incertidumbre. Y ello porque la ambigüedad y confusión documentada por las noticias divulgadas y la falta de datos ciertos por elusión de EDF, que "per se" origina esos efectos, obstaculiza la operativa de su competidora española por la prolongación indebida de tales. Si se consiente que persevere el estado de cosas hasta la resolución judicial definitiva, no sólo se mantendrá la actuación desleal por hipótesis, y aumentarán los efectos perjudiciales sino que las iniciativas obstadas no podrá haberse nunca llevado a cabo "in natura", y no es factible fijar una suma por el daño derivado de la inquietud volitiva de accionistas e inversores. La irreversibilidad es clara.

Supera la solicitud el límite genérico conforme al que debiera privarse de virtualidad al retraso temporal del proceso cuando la situación de hecho que se pretende peligrosa haya sido consentida por el actor, dada su inactividad durante largo tiempo, y no se justifiquen cumplidamente las razones por las que no se solicitaron las medidas cautelares en su momento. No hay aquí una urgencia pretextativa en la que se haya colocado por su negligencia Iberdrola, en términos del art. 728.1.pfo.2º LEC, porque los anuncios obstruccionistas sobre el acceso al control de su capital se han desenvuelto sólo desde el inicio del mes de febrero último (a); resultaba imprescindible esperar unas semanas por ver si la ambigüedad de informaciones respondía a una indefinición provisional o a una verdadera táctica concurrencial de la entidad competidora (b); e Iberdrola ha agotado la vía prudente de las solicitudes a la CMNV para que requiriera definición a EDF, requerimiento producido y definición no producida, y en último término ha acudido a la comunicación directa al presidente de EDF del día 7 de marzo de 2008, no contestándose (c).

Lógicamente, el "periculum in mora", como presupuesto de las medidas, cualificado para autorizarlas sin previa audiencia del sujeto pasivo, hace del todo

razonable, eludiendo la predicha sanción desde art. 728.1.pfo.2º LEC, que no se espere a la perfecta confección de una demanda, con formulación de las bases para establecer los efectos perjudiciales dignos de ser removidos, a fin de proponer las medidas cautelares, planteándose por urgencia y necesidad como previas, según tolera art. 730.2 LEC.

CUARTO.- De la apariencia de buen derecho.

La acreditación de unos indicios de probabilidad de existencia del derecho que funda la pretensión que se va a deducir es la apariencia de buen derecho que se requiere en el proceso civil para adoptar tutela cautelar. No hay aquí, como en el proceso contencioso-administrativo una reducción a los actos manifiestamente inválidos, sin entrar nunca al fondo en otro caso y ponderando el interés general, de modo que lo que se toma como hipótesis para evaluar el peligro de mora procesal, tiene además que revestirse de una bondad jurídica aparente. Esto es, lo irreversible de perseverar un estado de cosas tiene que compadecerse con los "fumi" sobre que existe dicho estado de cosas y sobre que el solicitante prosperará al pretender que en Derecho no persevere. Se ha llamado verosimilitud del derecho a ese punto medio entre la certeza que ha de alcanzarse al término del proceso principal y la pura incertidumbre que se predica en el momento de su iniciación, la cual se depura en un "juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión", sobre los "datos, argumentos y justificaciones documentales" -sin excluirse medios no documentales (art. 728.2 LEC), que no hay en las medidas previas- aportados por el solicitante.

Y los elementos documentales que aporta el demandante acreditan preliminarmente esa verosimilitud del juicio favorable al fundamento de la pretensión principal, esto es, al derecho subjetivo patrimonial de Iberdrola para legitimar pasivamente a EDF con una pretensión de cesación y adosada de remoción de actos de competencia desleal.

No puede hacerse aquí, y mucho menos en medidas previas, un estudio del fondo de la pretensión que se prepara, pero sí puede y debe motivarse cómo destila fundabilidad en tres planos:

A) En primer lugar, hay que tener por sumariamente demostrado que los actos concernidos han acaecido y siguen acaeciendo, y que en ellos no puede aducirse una inimputabilidad de EDF. En efecto, hay noticias procedentes de fuentes gubernamentales francesas, siendo que EDF tiene el control del capital "blindado" por el Estado francés, y ostenta una posición de dominio en el mercado energético de electricidad y gas en buena parte del espacio económico europeo, al haberse expandido desde Francia a los mercados de Reino Unido, Alemania e Italia. Otras que son especulaciones de analistas. Pero también hay noticias que proceden de lo que ha declarado "o dado a entender" el presidente de EDF, Pierre Gadonneix (El Economista, 7 de febrero de 2008, o Expansión, 8 de febrero). Pero lo relevante en este punto no es la prueba indiciaria de que EDF haya producido determinadas comunicaciones al mercado -lo que se le atribuye es no haberlas producido interesadamente-, sino de una parte, que las noticias, verosímiles por la experiencia, de una adquisición de acciones o de derivados de Iberdrola, de unos contactos para promover una OPA, acaso la futura desmembración de Iberdrola con el

concierto de otras eléctricas en España, etcétera, se han prolongado en el tiempo exageradamente (Expansión, 24 de marzo de 2008)(1); y de otra, que EDF no se ha avenido a desmentir o confirmar una operativa de adquisición reiteradamente aireada por el mercado, ni ante la CNMV (se ha limitado a contestar que "...ha mantenido contactos con representantes de la sociedad española ACS con el objeto de analizar sus respectivos intereses en relación a Iberdrola..."), ni directamente ante Iberdrola (no se ha acusado recibo de la carta librada por el presidente de Iberdrola, José Ignacio Sánchez Galán)(2). De "cruzar" ambos datos fluye que el origen de las noticias del mercado no es ajeno a EDF.

B) En segundo término, también se documentan indicios que, interrelacionados, no dejan más opción que entender instaurada la alegada obstaculización del proyecto empresarial de Iberdrola. El grupo Iberdrola es la empresa puntera en España en la generación, suministro y comercialización de energía eléctrica y gas, así como líder mundial en la producción de energía eólica, resultando competidor directo de EDF no sólo en general del sector en la Unión Europea, sino que lo es particular y actualmente de cara al programa nuclear del Reino Unido, y de cara a la adquisición de la compañía eléctrica belga Distrigas. Pues bien, en una línea de máximas de experiencia a la prudencia judicial, teniendo presente la notoriedad de un momento de redefinición de la dimensión y estrategia de las grandes empresas energéticas europeas, que impone rapidez y flexibilidad en la toma de decisiones de expansión y reforzamiento, las variadas y consecutivas noticias contradictorias y la incertidumbre sobre la praxis de adquisición de activos o derivados de Iberdrola por EDF, o sobre las intenciones de acceder a su control de su capital, o favorecer que tercero lo pudiera hacer, con voluntad de mantener su estructura o, en cambio, trocear su negocio, ha propinado a Iberdrola una interferencia obstaculizadora: retraso o pérdida de negocio frente al competidor (a); afectación peyorativa del desenvolvimiento de su Plan Estratégico (b); entorpecimiento para la adopción de las importantes decisiones corporativas a la vista del orden del día de la ya enunciada junta general ordinaria y extraordinaria de 16 y 17 de abril (c); efecto de volatilidad de la cotización de las acciones por el impacto en los inversores de la desinformaciones sucesivas (d); y daño de imagen y reputación (e). Hay circunstancias objetivamente incontestables, como la del documento nº 5 de la solicitud suspensión del procedimiento de autorización de una adquisición de empresa energética en Nueva York, en que se explicita el motivo en el potencial cambio de titularidad del capital de Iberdrola. Pudiera argüirse que son consecuencias que no dimanarían de actos de EDF, sino de posturas de los accionistas, inversores u operadores del mercado, y cuando se evidencian movimientos de concentraciones empresariales son un efecto inevitable. Aunque, ya se ha indicado, no se asienta la solicitud de medidas cautelares en la afectación del proyecto empresarial de Iberdrola que desencadenaría un acceso a su negocio por EDF, por cuanto baraje ésta la compra del control de su competidora, sino en que estos efectos se han convertido, manteniéndose la falta de comunicación formal al mercado de valores -sin desmentido de un plan por EDF, afirmación del proceso de adquisición, o intenciones de ponerlo en marcha- en obstaculizadores del referido proyecto empresarial por cuanto se prolongan durante dos meses, y perseveran, con variaciones, contradicciones y ambigüedades.

C) Si cierta conducta activa u omisiva de EDF prolonga una incerteza del mercado, y ésta no puede pensarse tenga origen ajeno a aquélla, y efectivamente provoca por su prolongación exagerada una obstaculización a la empresa de Iberdrola, en último plano en que tiene que apurarse el repaso del "fumus boni iuris" de la pretensión que se pide cautelar de urgencia, es la viabilidad técnica de las acciones anunciadas de cesación y de remoción de efectos por reputarse los actos de competencia desleal, en cuanto contrarios a las exigencias objetivas de la buena fe en la concurrencia entre profesionales en el mercado.

Y por supuesto que sin prejuzgar la estimación de las pretensiones, técnicamente es perfectamente fundable el ejercicio de tales, valorando lo documentado. Para que exista acto de competencia desleal son necesarias las dos condiciones previstas en art. 2.pfo.1º LCD: a) que el acto se realice en el mercado, es decir que se trate de un acto dotado de trascendencia externa, lo cual es llano como queda dicho; y b) que se lleve a cabo con fines concurrenciales, es decir, como se desprende del párrafo 2º del artículo 2, que el acto tenga por finalidad "promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero", lo cual no deja de ser también cristalino, puesto que incluso se han destacado dos operaciones en que compiten directamente Iberdrola y EDF en la actualidad, una en el Reino Unido y otra en Bélgica.

Nuestro sistema económico se asienta sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, sobre el principio de libre competencia. Aunque el legislador considera obligado a establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado, esto es, si desde la perspectiva de la represión de prácticas anticompetitivas -"ententes" y abuso de posición dominante, control de concentraciones- la competencia es el presupuesto del mercado, desde la perspectiva de la lealtad o "goodwill" la competencia es el límite. La LCD, bajo el criterio general de la buena fe en el obrar ha establecido un amplio catálogo de los actos concretos que considera de competencia desleal (art. 6 a 17 LCD). Ahora bien, antes se regula la cláusula general de prohibición de competencia desleal, sancionando "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" del art. 5 LCD, el cual ha reiterado doctrina y jurisprudencia que no formula un principio abstracto, luego desarrollado por los subsiguientes preceptos, sino que establece una norma jurídica completa de la que derivan deberes susceptibles de infracción, y ésta objeto del ejercicio de acciones competenciales directas. Este Juzgador no secunda la tesis irrestricta del análisis de los tipos propios como excluyente del análisis de la cláusula general, pues debe matizarse en el sentido de que es posible que la conducta descrita no tenga su acomodo en ninguno de los distintos supuestos tipificados, sirviendo de mecanismo de adaptación del sistema a las circunstancias cambiantes del mercado la cláusula general, cumpliendo un papel de válvula de autorregulación del sistema; pero también cabe el acudimiento directo o exento al art. 5 LCD, sin que el comportamiento resulte extraño a los tipos en particular que se someten al control de deslealtad concurrencial, por valer también para fiscalizar conductas que ingeniosamente escapan de dicha tipificación mediante praxis torticera. La cláusula de art. 5 LCD trata, pues, de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que, concurriendo los requisitos del art. 2, no

encuentren acomodo en los supuestos que expresamente se tipifican en los arts. 6 a 17 de la propia Ley, en sí, o en alguno de sus requisitos institucionales, pero que lesionan las exigencias de la buena fe concurrencial.

Pues bien, no puede haber certeza plena de la estimación de la futura demanda, ni cabe siquiera adivinar la resistencia que pueda hacerla EDF, pero en cuanto que dable sostener que la obstaculización de la praxis empresarial de Iberdrola proviene de una táctica de silencio, ambigüedad o disfraz de EDF, resulta elemental que cabe estimar violadora de las exigencias objetivas de la buena fe entre competidores, puesto que el canon de objetividad impone justificación para el silencio y ausencia de lo ambiguo y simulado en cuanto al "asalto" de un empresario al negocio de otro. No está justificado, si no hay voluntad ni intento de ese asalto, no dejarlo patente, y si la hay, no enterar debidamente el acceso, que se lleve a cabo o se prepare, a los mercados de valores y energético. Por ello, la verosimilitud del derecho de Iberdrola.

La regulación de la competencia desleal se inspira en el principio de corrección en el tráfico económico, y tiene por objeto la protección de intereses diversos: de empresarios, de consumidores y del funcionamiento correcto del sistema competitivo. La tutela civil propia es de los derechos las partes, sociedades profesionales, pero aunque en este campo se suele emplear con notorio valor retórico la invocación de los consumidores, y el mercado no se protege directamente, no cabe duda que la clarificación provisional de la postura de EDF contribuye indirectamente a la limpieza de los mercados, y ampara a los intereses informativos más necesitados de protección, del pequeño accionariado, de los ahorradores, y de los usuarios de energía, defendiendo la normalidad en un proyecto de empresa, y no una determinada organización o estructura, o unos órganos de administración societarios.

QUINTO.- De la aquilatación de las medidas y la caución.

Si la tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, la concreta medida solicitada debe ser alguna de las previstas en el art. 727 LEC o cualquier otra actuación directa o indirecta sobre bienes o persona del demandado, siempre que resulte idónea y congruente con la pretensión cuya efectividad se desea asegurar, y reúna un elenco de rasgos caracterizadores, que comprende:

1) Instrumentalidad. Las medidas cautelares nunca son fin en sí mismo sino que están preordenadas a una resolución definitiva que tratan de asegurar en la práctica. Se trata de un vínculo entre tutela cautelar y tutela definitiva, ya sea declarativa o ejecutiva, que en este asunto asume una función innovadora de la situación preexistente al inicio del proceso principal.

2) Provisionalidad y temporalidad. Consecuencia de que no hay medida cautelar sino en relación a un proceso principal, aquélla sigue la suerte de éste, de forma tal que, si es previa, como aquí, de no deducirse el proceso principal en plazo legal, se extinguirá la medida. Pero además, ésta no es definitiva, ni tiene nunca una vocación de serlo, y así, cuando el proceso principal llega a un estado que hace inútil la medida cautelar a su fin de aseguramiento de una sentencia realmente fructífera, queda la medida despojada de motivación y debe alzarse.

3) Variabilidad. Las medidas cautelares son susceptibles de modificación e incluso alzamiento, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción, en sentido positivo (primera adopción o incremento de su valor conservativo o innovativo), como negativo (disminución de dicho valor o supresión).

4) Proporcionalidad. Las medidas deben ser proporcionales a la finalidad perseguida y a las circunstancias concurrentes, relacionando ambos parámetros bajo criterio de adecuación, potenciándose siempre la menor onerosidad de la intromisión en la esfera personal y patrimonial del demandado.

Características inesenciales en el régimen legal son la homogeneidad entre la medida acordada y el posible contenido de la sentencia del proceso principal de la que es accesoria, y la urgencia, puesto que las medidas no deben siempre pedirse por motivos perentorios y acordarse con rapidez.

Pues bien, las medidas reclamadas por Iberdrola son cuatro. Consisten en una orden judicial a EDF de cesación, en el sentido de temporal deber de hacer personalísimo, y dos órdenes añadidas de manifestación, una interrogando sobre procesos eventualmente el marcha de adquisición del negocio de Iberdrola y otra, para el supuesto de contestación negativa, interrogando sobre intenciones de cara a tales procesos; y dos medidas de publicidad del auto estimatorio, a través de la notificación a la CNMV y CNE, y a través de la publicación en dos diarios de información general y tres de información económica que se identifican (2.2).

Encaja la primera en las órdenes judiciales de art. 727.7ª LEC, mientras que las demás tendrían que llevarse a la cláusula de cierre del "numerus apertus" de ordinal 11ª por relación con las acciones de LCD. La primera es instrumental, anticipatoria de la acción de cesación de art. 18.2ª LCD, y la órdenes segunda y tercera de la acción de remoción de art. 18.3ª LCD, ambas provisionales y ancilares del proceso por actos de competencia desleal, susceptibles de variabilidad con incremento de inmisión en la voluntad de EDF según se desenvuelvan los acontecimientos, y además, homogéneas con las pretensiones anunciadas. Respecto de su proporcionalidad, en la ponderación de los intereses en conflicto, "neutralizando" la desinformación sobre la adquisición del negocio de Iberdrola imputada a EDF, dado que no consta la misma a través de oferta pública, ni se afecta al presente al mercado energético, ni al de valores, tampoco se sacrifica el interés de tercero conocido, y la aflicción del interés de EDF se ciñe a avanzar una voluntad de negocio, que si en principio sería incoercible su exteriorización, por la circunstancia de esas noticias propaladas al mercado, ha de exteriorizarse entre grandes empresas competidoras del sector, cabalmente para no conculcar las exigencias objetivas de la buena fe en la conducta concurrencial de profesionales.

Otra cosa es que se entiende redundante y retardatario dividir el requerimiento a EDF, en la línea de remoción inhibitoria, con unas preguntas sobre realidad en marcha, y para el caso de negativa, añadir otras sobre intenciones sobre la realidad próxima, prefiriéndose directamente plantear la respuesta del sujeto pasivo, acerca de lo que se ha hecho, o de lo que se tiene intención de hacer.

La orden del tipo de una comunicación al público "para que sea conocido en los mercados" resulta de difícil adverbación en su ejecución, lo que resulta incompatible con todo mandato judicial, mientras que las publicidades solicitadas no se estiman realmente

instrumentales de las pretensiones por competencia desleal. La remoción de efectos de una información confusa no se cautela con la resolución que provisionalmente ordena disipar la confusión, sino con el resultado de cumplimentar dicha orden. Se juzga que la notificación a los organismos reguladores de los mercados afectados en un futuro de la postura judicial cautelando la finalidad de una demanda civil, en realidad, es un aseguramiento de las medidas cautelares, al enterar formalmente a tales organismos de los deberes positivos de cesar en ambigüedad o contradicciones, y de hacer público a los mercados que aquéllas regulan ciertas definiciones de buena fe. Y asimismo se juzga que la publicidad en los diarios, generalistas o de información económica, es otro aseguramiento de las medidas cautelares, ya que acreditará el cumplimiento voluntario de los deberes positivos de comunicación de EDF de una forma palpable, eludiendo una ejecución forzosa alternativa. Esta publicidad debe ser la que se ordena comunicar a los mercados y no este auto, el cual puede tener la que normalmente tienen, por iniciativa de los particulares, las resoluciones judiciales de relevancia social.

Con tales matizaciones, se adoptarán las medidas (2.1 y 2.2) y sus aseguramientos (3.1 y 3.2).

En cuanto a la imprescindible caución ha de referirse a la eventual obligación de responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. No se prevé afianzar sobre la tesitura de un enriquecimiento sin causa del solicitante, ni de un empobrecimiento sin causa del sujeto pasivo. Como en principio EDF, si no ha dado pasos que deban constar o no tiene voluntad, por sí o con otros, de adquirir el negocio de Iberdrola, no por ello deja de poder adquirirlo lícitamente en otro momento, y de lo que se trata es de no obstaculizar la actividad de Iberdrola con una incertidumbre provocada, por hipótesis, el daño patrimonial posible consistirá en que las pretensiones fundadas en la LCD se desestimen, y no se considere de hecho obstaculizada dicha actividad, o acaso, se repunte obstáculo indirecto no prohibido por la buena fe en la concurrencia del mercado. Entonces, aparte de la indemnización por los gastos procesales en capítulo de condena en costas, simplemente se habrá forzado a una declaración de voluntad que, siendo veraz, no tiene componente impeditivo, por lo que el daño no parece pueda ser patrimonial. Por otro lado, las informaciones que deben participarse a determinados diarios tampoco son insertos remunerados de determinada extensión y contenido, sino primicias que dichos diarios estarán bien dispuestos a recoger en sus páginas de papel o virtuales, sin remunerarse como anuncios comerciales.

Por consiguiente, atendiendo a la naturaleza concreta de las pretensiones que se quieren asegurar, y al fundamento del derecho reclamado, la eventual cuantía de los posibles daños y perjuicios, ya derivados de la ejecución misma de la medida, ya del "perjuicio moral de la persona jurídica" a expensas del resultado del juicio ordinario venidero, se estima procedente se garantice con 12.000 euros, habida cuenta lo que ofrece la entidad solicitante.

La caución se prestará en la modalidad que se dispone en el "dictum" en plazo de cinco días, secundando la directiva de efectividad y rapidez de art. 728.3.pfo.1º LEC.

PARTE DISPOSITIVA

1.- Se declara competente este Juzgado para conocer de las medidas solicitadas que se sustanciará conforme a lo dispuesto en los artículos 733 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

2.- Con estimación de la solicitud de adopción de medida cautelar formulada por el Procurador de los Tribunales GERMÁN APALATEGUI CARASA, en nombre y presentación de IBERDROLA S.A., sin previa audiencia de la parte demandada, se acuerda:

2.1.- La orden de cese provisional inmediato por Electricité de France S.A. en la realización de declaraciones ambiguas y en la difusión de informaciones contradictorias en relación con la adquisición del negocio de IBERDROLA S.A.

2.2.- La orden de que Electricité de France S.A. comunique, para que sea conocido en los mercados:

2.2.1.- Si ha iniciado, o en su caso, está preparando, la adquisición del negocio de Iberdrola S.A. y/o de las sociedades del grupo Iberdrola por medio de la compra de sus acciones, de valores canjeables o convertibles en acciones suyas o de la contratación de derivados cuyo activo subyacente sean tales acciones, como opciones de compra o permutas financieras.

2.2.2.- Si está efectuando, o en su caso, está preparando, la adquisición del negocio de Iberdrola S.A. y/o de las sociedades del grupo Iberdrola por sí, o de manera concertada con terceros, indicando entonces la identidad de esos terceros.

2.2.3.- Si el objetivo de la adquisición en marcha, o en su caso, de la intención de acometerla, es en todo o parte, el desmembramiento o reparto de los activos de Iberdrola S.A. y/o de las sociedades del grupo Iberdrola.

2.2.4.- Si ha adquirido, o en su caso, tiene intención de adquirir, por cualquier medio, una participación significativa en el capital de Iberdrola S.A. y/o de las sociedades del grupo Iberdrola, superior al tres por ciento, por sí o de forma concertada por otros.

3.- A fin de asegurar las indicadas medidas se acuerda:

3.1.- Requerir a Electricité de France S.A. para que proceda a verificar las indicadas órdenes de comunicación del punto 2.2 mediante publicidad, con libertad de forma, dentro del plazo de cinco días, en las páginas de información económica de los diarios españoles "El País" y "El Mundo", y en las páginas de información sobre empresas de los diarios económicos "Expansión", "Financial Times" y "Wall Street Journal".

3.2.- La inmediata notificación del presente auto, anticipada mediante fax, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Comisión Nacional de la Energía.

4.- Las medidas cautelares no se ejecutarán en tanto que la parte demandante no preste la caución por importe de doce mil euros (12.000 euros), en forma de ingreso en metálico en la cuenta de consignaciones del Juzgado, o de aval bancario o de compañía de seguros, solidario y ejecutivo a primer requerimiento, indefinido y a las resultas de este proceso cautelar y del juicio ordinario a que se destina, en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación.

5.- Procédase a la comunicación de la presente resolución a Electricité de France S.A., mediante remisión al órgano judicial receptor designado por la República de Francia, con solicitud normalizada en idioma francés, de conformidad con el del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil, para lo que se requiere a la solicitante a fin de que facilite al Juzgado traducciones fieles de esta resolución, del aval que se preste, de la eventual comparecencia de avalistas, y del requerimiento acordado.

6.- Las medidas acordadas quedarán sin efecto si la demanda de Iberdrola S.A. no se presentara ante este Juzgado en los veinte días hábiles siguientes a que se resuelva la ejecución de aquéllas.

Librese y notifíquese, haciendo saber que contra la presente resolución no cabe recurso alguno, pero Electricité de France S.A. podrá formular ante este Juzgado oposición a la medida acordada en el plazo de veinte días hábiles contados desde la notificación de este auto por alguna de las causas expresadas en el art. 739 LEC.

Así lo dispone, manda y firma S.Sª Ilma., por ante mí.

Firma del Magistrado-Juez Firma del Secretario Judicial