

En la Villa de Madrid, a diecinueve de julio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "Iberdrola, S.A." interpuso ante esta Sala el 1 de septiembre de 2010 el presente recurso contencioso-administrativo número 387/2010 contra el artículo 515 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

SEGUNDO.- En el escrito de interposición solicitó por otrosí "la medida cautelar consistente en que se suspenda la aplicación del art. 515 de la Ley de Sociedades de Capital o, en su defecto, que se acuerde su inaplicación a Iberdrola durante la sustanciación del proceso, por entender que se dan las circunstancias previstas en el art. 130 de la Ley Jurisdiccional, y que la medida no ocasiona una perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

TERCERO.- Mediante Auto de esta Sala de fecha 3 de enero de 2011 se acordó no acceder a la suspensión instada por IBERDROLA, S.A., por las razones que se expresaron en el mismo.

CUARTO.- Con registro de entrada en este Tribunal de fecha 2 de junio de 2011 la entidad recurrente ha presentado nuevo escrito en el que se solicita la adopción de la medida cautelar consistente nuevamente en la suspensión de la aplicación del art. 515 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Ley de Sociedades de Capital"); o, en su defecto, que se acuerde su inaplicación a IBERDROLA durante la sustanciación que resta del proceso.

QUINTO.- Dado traslado, el Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones con fecha 8 de julio en el que suplicó que la Sala acuerde declarar inadmisibile la solicitud cursada, o, subsidiariamente, rechace la nueva petición de adopción de medidas cautelares, con imposición de las costas en este incidente a la promotora. En los mismos términos se pronunció, evacuando el traslado conferido, ACS, Actividades de Construcción y Servicios, S.A.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Debemos comenzar el examen de la solicitud de medida cautelar promovida por segunda vez por la sociedad IBERDROLA, S.A., analizando las peticiones de inadmisión que sobre la misma vierten tanto el Abogado del Estado como ACS, Actividades de Construcción y Servicios, S.A., en sus correspondientes escritos de alegaciones.

Ambas partes demandadas sostienen que concurre en el presente caso una doble causa para rechazar ad limine lo solicitado por la parte actora. La primera, por tratarse de una mera reiteración de lo ya solicitado mediante Tercer Otrosí en el escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo frente al artículo 515 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que realmente se haya producido ningún hecho nuevo que la justifique. La segunda, por ordenar la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que la solicitud de suspensión de vigencia de disposiciones generales debe realizarse en el escrito de interposición del recurso o en el de demanda, pero no en el trámite de conclusiones como ahora acontece.

SEGUNDO.- Iberdrola, S.A. argumenta que la pieza separada de medidas cautelares está siempre sujeta al principio rebus sic stantibus, de suerte que podrán reiterarse la petición de medidas que inicialmente fueron rechazadas siempre que se hubieran modificado las circunstancias existentes en el momento de la denegación y sin que la genérica previsión legal de que, en tales casos, la solicitud de cautelares se lleve a cabo con la interposición del recurso o con la demanda constituya un obstáculo para ello.

La circunstancia posterior al Auto de tres de enero de 2011 que justifica, a juicio de la parte, la reiteración de la petición cautelar es la inminencia de la entrada en vigor del art. 515 de la Ley de Sociedades de Capital -cuya suspensión se interesó entonces y ahora se reitera- a diferencia de lo que ocurría en el momento en que se pretendió inicialmente dicha suspensión en el escrito de interposición -septiembre de 2010- en el que dicha entrada en vigor era una realidad relativamente lejana. Se une a lo anterior la circunstancia de que ACS haya intensificado, mediante la realización de hechos nuevos, las maniobras que le imputa para alcanzar la toma de control de IBERDROLA de

facto, sin formulación de una oferta pública de adquisición, con los perjuicios para los accionistas minoritarios que ya denunció en el escrito originario.

En relación al mandato contenido en el art. 129.2 de la LJCA sostiene la parte su inaplicación al presente caso con una doble argumentación: En primer lugar, por considerar necesario realizar una interpretación finalista de dicho precepto, cuya ordenación se justificaría por razones de seguridad jurídica tendentes a evitar la consolidación de situaciones jurídicas derivadas de la aplicación de las normas jurídicas cuya suspensión se interesa, circunstancias que al no darse aquí hacen innecesaria la previsión normativa. En segundo lugar, por resultar comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva de IBERDROLA de aplicarse esta norma en su literalidad, pues se coloca a dicha entidad mercantil en una situación imposible al impedirle reiterar una petición que le fue denegada en su momento por ser prematura en tanto que ahora se le inadmitiría por ser extemporánea.

TERCERO.- A la vista de las razones expuestas por la recurrente sobre la admisibilidad de su actual petición, es preciso traer a colación el fundamento de la decisión adoptada en el Auto de 3 de enero de 2011:

"Tercero.- Se da en el presente caso la circunstancia, apuntada por el Abogado del Estado, de que la norma impugnada, cuya aplicación se pretende suspender, es al menos en apariencia una norma de rango legal pues está inserta en la Ley de Sociedades de Capital y fue introducida en el ordenamiento jurídico por la Disposición Final Quinta de la Ley 12/2010, de 30 de junio, que dio nueva redacción al art. 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. El actor pretende que la Sala, en un juicio cautelar que es siempre provisional, haga un juicio previo, definitivo y de fondo, sobre la cuestión nuclear del propio proceso que no es otra que la declaración de ultra vires de la norma en cuestión a los efectos de degradar una norma que en apariencia es legal en norma reglamentaria pues solo degradando la Ley en Reglamento es posible atender a lo solicitado.

Tal decisión de fondo es improcedente adoptarla en este momento procesal máxime cuando existen elementos de juicio suficientes para rechazar la medida cautelar sin necesidad de pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de exceso en el ejercicio de la delegación legislativa por parte del Gobierno. Veámoslos.

Según estableció la Disposición Final Sexta de la ley 12/2010, de 30 de junio, la modificación introducida en el art. 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas no entra en vigor hasta transcurrido un año desde la publicación de dicha Ley en el Boletín Oficial del Estado, publicación producida el 1 de julio de 2010. Dicha previsión transitoria es reiterada por la Disposición Final Tercera del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que el art. 515 (en el que se refunde el art. 105.2 LSA) no será de aplicación hasta el 1 de julio de 2011.

No se puede interesar la suspensión de la aplicación de una norma jurídica que aún no está vigente y que no lo va a estar hasta dentro de seis meses cuando este recurso pudiera estar resuelto de forma definitiva.

En segundo lugar, se une a lo anterior el hecho de que la suspensión pretendida es de una disposición general, en cuya ejecución está implícito siempre un interés público preferente que sólo debe ceder ante perjuicios intensos y cualificados, de carácter irreversible o irreparable, circunstancia que tampoco se da en el presente caso, no solo por la circunstancia de que la norma no está en vigor y por tanto ningún daño puede producir, sino porque en el caso de triunfar la tesis de la actora y obtener la nulidad de la norma nada impediría que las previsiones estatutarias declaradas nulas por el art. 515 de la Ley de Sociedades de Capital recobran su vigencia o fueran nuevamente aprobadas. Por otra parte, tampoco se percibe que el interés público resulte comprometido por la supuesta posición de un socio mayoritario (ACS) en relación con la de los actuales gestores de la sociedad, máxime cuando el juicio de intenciones se hace con fundamento en meras informaciones periodísticas de carácter especulativo y no en actuaciones concretas suficientemente documentadas.

En definitiva, constituye presupuesto jurídico imprescindible para adoptar la medida cautelar de suspensión interesada por el recurrente que exista peligro o riesgo para los intereses que se dilucidan en este proceso como consecuencia de su excesiva duración. Dicho con las palabras de la LJCA (art. 130.1), procederá la suspensión del acto o disposición impugnada cuando su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, y la hace perder cuando la futura sentencia no pueda llevarse a la práctica de modo útil, lo que ocurrirá cuando el posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de

eficacia, circunstancia que, como acabamos de ver, no se da en el presente caso, sin que por lo demás la solución pretendida por el recurrente, jurídicamente aceptable, se presente con la claridad suficiente como para sostener en este momento del proceso, ni siquiera de modo meramente provisional, que su tesis tenga mayor o mejor apariencia de buen derecho que la contraria.

Cuarto.- Dicho lo anterior, no son precisas demasiadas consideraciones para concluir que no podemos acceder a la pretensión de suspender el precepto impugnado pues ello supondría una grave perturbación de los intereses públicos en general al tratarse de una disposición general, en tanto que la irreparabilidad o irreversibilidad de los perjuicios que la medida cautelar podría evitar tampoco queda suficientemente acreditada como base para el pronunciamiento correspondiente. Por todo lo expuesto, no ha lugar a acceder a la medida cautelar interesada." Pues bien, partiendo de estos razonamientos podemos afirmar, frente a lo sostenido por la parte, que el retraso de la entrada en vigor de la norma cuestionada, si bien fue uno de los argumentos que fundaban aquella decisión, no fue la ratio essendi de la denegación de la medida cautelar, como apodícticamente se sostiene en el nuevo escrito de solicitud de suspensión, sino que vino a abundar en las diversas razones de la denegación, siendo el motivo esencial de su rechazo el hecho de estar en presencia de una disposición general, en cuya ejecución está implícito siempre un interés público preferente que sólo debe ceder ante perjuicios intensos y cualificados, de carácter irreversible o irreparable, circunstancia que ya dijimos que no se daba en el presente caso.

En realidad, la prerrogativa proporcionada a este argumento por la parte tiene por objeto justificar la reiteración de la petición cautelar, tratando de hacer valer la aparición de una circunstancia nueva, cuando tal circunstancia era perfectamente conocida cuando se pretendió por primera vez la decisión cautelar pues la entrada en vigor de la norma impugnada el día uno de julio de 2011 estaba prevista en la Disposición Final Tercera del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo mismo puede afirmarse del resto de las circunstancias alegadas que se imputan a ACS para hacerse con el control de la compañía y que se han producido con posterioridad al Auto de tres de enero de 2011, pues no hay en ellas nada que difiera esencialmente de las que ya fueron alegadas en la petición de septiembre de 2010.

Bastaría la ausencia de esas nuevas circunstancias para no dar curso a la petición de reapertura del debate cautelar ahora instada.

CUARTO.- La inadmisión ad limine viene también impuesta por los propios términos del art. 129 de la LJCA, como se encargan de recordar tanto el Abogado del Estado como el representante de ACS.

Efectivamente, el momento de petición de la medida cautelar no es común para todo tipo de procesos en la LJCA, pues en el art. 129 se establecen dos reglas en función del tipo de pretensiones ejercitadas. Así, en su apartado primero, se recoge la regla general según la cual las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier momento del proceso, regla que se exceptúa a continuación, en el párrafo segundo, cuando la pretensión ejercitada en el proceso consiste en la impugnación directa de una disposición general pues en este caso la LJCA restringe la posibilidad de pedir la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la norma a dos actos procesales: el de interposición del recurso contencioso-administrativo y la demanda, sin que fuera de estos dos supuestos sea posible solicitar la adopción de dicha medida, sin que se puedan establecer excepciones por razón del sujeto afectado por la norma. La razón primera, nuclear o básica de esta excepción, según se expresó en el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 2006 (Rec. 46/2005), se conecta con los valores de seguridad jurídica, integridad del ordenamiento jurídico e igualdad en la aplicación de éste, y que nace por estar llamada toda disposición de carácter general a ser aplicada en múltiples actos singulares, posteriores y sucesivos-, lo que justifica la necesidad de que la suspensión cautelar sea acordada, no en cualquier estado del proceso, sino en momentos procesales precisos como son los indicados.

Se une a lo anterior que la restricción se limita a la medida cautelar consistente en la suspensión de la eficacia de la norma, de su vigencia, y no a otras posibles medidas que pudieran interesarse para las que no existe restricción temporal alguna en el mandato contenido en el apartado 2 del art. 129, tratando así de cohonestar la tutela judicial con los valores antes expresados.

En cualquier caso, aún siendo procedente la inadmisión de la petición cautelar ahora cursada, la Sala no aprecia razones en cuanto al fondo que justifiquen un

cambio de criterio sobre lo ya decidido en el Auto de tres de enero de 2011, cuyo fundamentos esenciales han sido anteriormente reproducidos.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas del incidente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, ante la ausencia de mala fe o temeridad. En virtud de lo expuesto,

FALLO

No ha lugar a la petición de suspensión instada por Iberdrola, S.A. del artículo 515 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

Sin costas.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados.
Octavio Juan Herrero Pina.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Carlos Lesmes Serrano.- José María del Riego Valledor.- Agustín Puente Prieto.