

HECHO RELEVANTE

Endesa notifica a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la resolución, que se adjunta, del recurso interpuesto contra la resolución de la CNE de 26 de abril de 2007, por la que se autoriza a ENEL ENERGY EUROPE S.r.l la adquisición de una participación en el capital social de ENDESA, S.A. hasta un porcentaje que no requiera la formulación de una oferta pública de adquisición de acciones.

Madrid, 31 de agosto de 2007



MINISTERIO
DE INDUSTRIA, TURISMO
Y COMERCIO

E-2007-00860-09

JPB/mcp

VISTO EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR **ENDESA, S.A.** CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA CNE DE 26 DE ABRIL DE 2007 POR LA QUE SE AUTORIZA A **ENEL ENERGY EUROPE S.r.l (en adelante ENEL)** LA ADQUISICION DE UNA PARTICIPACION EN EL CAPITAL SOCIAL DE ENDESA, S. A.(en adelante ENDESA) HASTA UN PORCENTAJE QUE NO REQUIERA LA FORMULACIÓN DE UNA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES SEGÚN LA LEGISLACIÓN APLICABLE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de Marzo de 2007 ENEL. presentó escrito en la CNE en el que solicitaba autorización para adquirir acciones representativas del capital social de ENDESA hasta alcanzar un porcentaje de participación en dicha sociedad, superior al 10%, que no exija la formulación de una oferta pública de adquisición de acciones según la legislación aplicable.

SEGUNDO.- La CNE, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, la LRJPAC) ha reconocido la condición de interesada en el expediente de autorización solicitada a ENDESA y ha denegado el reconocimiento de esa condición a Finanzas Dos, S.A. y a EON ZWÖLFTE VERWALTUNGS GMBH (E.ON 12).

CORREO ELECTRÓNICO:

fpardinas@micyt.es

PASEO DE LA
CASTELLANA, 160
28071-MADRID
TEL.: 91 348 47 09
FAX: 91 348 47 48



TERCERO.- Tras la tramitación del procedimiento, sustanciados los diversos incidentes y el trámite de audiencia, el 26 de Abril de 2007 la CNE dictó resolución por la que se otorgaba la autorización solicitada por ENEL para realizar la operación de toma de participación en el capital social de ENDESA, hasta un porcentaje que no exija la formulación de una OPA según la legislación actualmente vigente, imponiendo el cumplimiento de las condiciones que en la misma constan.

CUARTO.- Contra esta resolución de la CNE que fue comunicada el 27 de abril de 2007, ENDESA ha interpuesto recurso de alzada, ante el Ministro de Industria, Comercio y Turismo, depositado en la correspondiente Oficina de Correos el 28 de mayo, y por medios telemáticos el 4 de junio de 2007, en el que la recurrente alegó lo que a su derecho convino.

QUINTO.- La CNE ha emitido informe en el que propone la inadmisión del recurso por extemporáneo al haberse interpuesto fuera de plazo, o subsidiariamente su desestimación por las consideraciones que en el mismo se expresan.

SEXTO.- Se ha dado audiencia a ENEL la cual, transcurrido el plazo concedido, no ha formulado alegaciones.

VISTOS la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC); la Ley 54/1997, de 22 de noviembre del Sector Eléctrico (LSE); la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos (LSH); el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se da nueva redacción a la función 14ª del apartado tercero.1 de la disposición adicional undécima de la Ley del Sector de Hidrocarburos; el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la CNE; y demás disposiciones de aplicación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- El presente recurso se interpuso el 28 de mayo de 2007, fuera del plazo de un mes establecido en el artículo 115 de la LRJPAC. No obstante puede entenderse, dado que la notificación no reúne los requisitos que establece el artículo 59 de dicha Ley que regula la práctica de dicha notificación, en lo relativo a la identificación de quien se hace cargo de ella, ya que en el acuse de recibo solo consta un sello de la empresa ENDESA, que, aún habiendo transcurrido el plazo legalmente establecido para interponerlo, se interpuso en tiempo y forma oportunos, conforme a lo dispuesto en los artículos 114 y 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procediendo en consecuencia su admisión.

SEGUNDO.- En cuanto a la legitimación activa de la recurrente, por aplicación del artículo 31.1.a) de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hay que reconocerla sin limitaciones, por cuanto tienen la condición de interesada en el procedimiento también sin limitaciones.

TERCERO.- La resolución recurrida tras una extensa y razonada exposición de los motivos que la fundamentan, otorga la autorización solicitada por ENEL para realizar la operación de toma de participación en el capital social de ENDESA, sometida a las siguientes condiciones:

UNO.- Otorgar la autorización solicitada por ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. para alcanzar una participación en ENDESA, S.A. hasta un porcentaje que no exija la formulación de una OPA según la legislación actualmente vigente.

DOS.- ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l. informará trimestralmente a esta Comisión sobre la evolución de la participación accionarial objeto de la presente resolución, señalando el grado de influencia que, a su juicio, le confiere la misma, así como sobre la presencia de ENEL ENERGY EUROPE



S.r.l. en los órganos de administración de ENDESA, S.A. También informará siempre que se produzca cualquier circunstancia relevante a estos efectos.

TRES.- Esta Comisión revisará las condiciones de la presente autorización si con la participación accionarial autorizada, debido a circunstancias sobrevenidas, ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. alcanzara la capacidad de ejercer control conjunto o exclusivo sobre ENDESA, S.A.

CUATRO.- No obstante, dado que en todo caso ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. adquiere en ENDESA, S.A. una influencia significativa, esta empresa promoverá políticas orientadas:

- a que ENDESA, S.A. continúe siendo la sociedad matriz de su grupo, y a que su domicilio social, sus órganos de gobierno y su administración permanezcan en España;
- a que los recursos generados por ella atiendan con carácter prioritario a la financiación y ejecución de los planes de inversión comprometidos en actividades reguladas de transporte y distribución y activos estratégicos, tanto de gas como de electricidad, que aparecen recogidos en (1) los últimos planes de inversión anunciados por ENDESA, S.A. para el periodo 2005-2011 relacionados en este Informe, (2) en el documento "Planificación de los sectores de gas y de electricidad. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2012", aprobado por el Consejo de Ministros y sometido al Parlamento, así como en (3) el "Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura" de la CNE.

CINCO.- Siempre que esta Comisión así lo requiera y, en todo caso, con carácter semestral, ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. le informará de manera detallada acerca de la estrategia del grupo ENEL en ENDESA, S.A., en la medida en que pueda afectar al interés general o a la seguridad pública españoles. Tendrán la consideración de aspectos de la estrategia de ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. en ENDESA, S.A. que afectan a dichos



Intereses aquellos relativos a los activos estratégicos, actividades reguladas y otras actividades que están sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, según se los define en la Función Decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, tercero, 2, de la Ley 34/98, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Asimismo, ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. remitirá a esta Comisión el orden del día de las Juntas de Accionistas y sesiones del Consejo de Administración de ENDESA, S.A. tan pronto le sea comunicada la correspondiente convocatoria. El instrumento para estas comunicaciones será ENDESA, S.A.

SEIS.- Dentro de los diez días siguientes a la celebración de las referidas Juntas de Accionistas o sesiones del Consejo de Administración de ENDESA, S.A., ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. informará a esta Comisión acerca de los puntos del orden del día tratados, los acuerdos adoptados, así como sobre el sentido y la motivación del voto de sus representantes en relación con aquellos puntos del orden del día que tuvieran por objeto asuntos que afecten, en los términos señalados, al interés general o a la seguridad pública españoles. Con base en la información recibida, la CNE podrá, en el plazo de un mes desde la celebración de la Junta de Accionistas o sesión del Consejo de Administración, y previa audiencia de ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. y de ENDESA, S.A., ordenar motivadamente la revocación de cualquier acuerdo para cuya aprobación haya sido necesario el voto de los representantes de dicha sociedad, cuando estime que el mismo pueda tener un impacto negativo sobre el interés general o la seguridad pública españoles, de acuerdo con los criterios previstos en la Función en cuyo ejercicio se adopta la presente Resolución y con la finalidad de prevenir los riesgos adicionales puestos de manifiesto en el cuerpo de la misma, derivados de los poderes que ostenta el Gobierno de la República Italiana en el seno de ENEL, S.p.A

SIETE.- La CNE podrá revisar el contenido de las condiciones quinta y sexta de la presente Resolución cuando, como consecuencia del incumplimiento reiterado de las mismas por ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. no fuera posible garantizar la protección del Interés general o la seguridad pública españoles.



OCHO.- Las condiciones quinta, sexta y séptima quedarán sin efecto, o, en su caso, serán revisadas, cuando la CNE estime que se han suprimido las limitaciones de acceso al capital social de ENEL, S.p.A., así como los poderes de intervención que actualmente ostenta el Gobierno de la República Italiana en el seno de dicha sociedad, y el Estado Italiano carezca de la posibilidad de ejercer por cualquier otro medio el control de su gestión.

CUARTO.- En el examen de las cuatro causas que establece el punto 2 de la Función decimocuarta como motivadoras de la denegación o sometimiento a condiciones de la autorización, entiende la CNE que ENEL a través de una participación accionarial de hasta el 25% adquiere una capacidad de ejercer una influencia significativa en ENDESA, cuyo grado no puede ser asimilable al de influencia decisiva de control conjunto ni mucho menos exclusivo y su participación no será de control mientras continúen vigentes las restricciones de derechos políticos presentes en los Estatutos de ENDESA y no cambie la composición de su Consejo de Administración. Aunque considera que la adquisición se realiza por una empresa del grupo ENEL cuyas características de gobierno corporativo permiten al Estado italiano controlar su gestión y le reserva unas prerrogativas especiales para asegurarse que se preservan los intereses nacionales esenciales italianos. Por ello ha tenido en cuenta esta circunstancia al analizar la posible concurrencia de las causas previstas en los puntos a), b), c) y d) del mencionado punto 2 de la función decimocuarta y que en síntesis son las siguientes: a) la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos sobre las actividades contempladas en el apartado 1; b) protección del interés general en el sector energético y, en particular la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos; c) la posibilidad de que la entidad que realice las actividades mencionadas en el apartado 1 quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida y d) cualquier otra causa de seguridad pública.



Respecto a la causa a) entiende la CNE que la participación de ENEL en ENDESA le confiere capacidad de ejercer influencia significativa en la política financiera de ENDESA para apoyar una política sostenida de dividendos, si bien, si esa influencia no se concretara en ningún poder de decisión o veto sobre la gestión de ENDESA, la capacidad de afectar el reparto de dividendos, en detrimento de las inversiones sería en cualquier caso limitada; así mismo, entiende que el incremento de la deuda de ENEL como consecuencia de la financiación de la toma de participación del 24,99% del capital de ENDESA, produciría en aquélla un empeoramiento de los ratios de solvencia y servicio de la deuda por el endeudamiento asumido por la operación, pero este empeoramiento no tendría efecto sobre los ratios de ENDESA y por tanto sobre la viabilidad de sus actividades reguladas y activos estratégicos. En todo caso señala que la estabilidad financiera de ENEL no tendría una dependencia crítica de dicho supuesto reparto de dividendos de ENDESA. De ello se desprende, afirma, que el incremento del endeudamiento de ENEL no constituye, en principio, un factor de riesgo esencial para las actividades reguladas y los activos estratégicos de ENDESA, aun cuando ENEL mediante su influencia significativa sobre ENDESA pueda contribuir a definir determinadas políticas de gestión referidas en particular al mantenimiento de los planes y compromisos de ENDESA. Por ello requiere a ENEL que en el ejercicio de su capacidad de influencia significativa apoye o promueva políticas orientadas al mantenimiento de las inversiones previstas en actividades reguladas y en activos estratégicos así como el empleo prioritario de los recursos generados por ENDESA en dichos planes de inversión.

En la valoración de la causa b) la resolución considera que, en lo que concierne a los activos de ENDESA la presente operación, siempre que la participación en cuestión no implique la adquisición de derechos de control sobre ENDESA, no es de gran relevancia para la protección del interés general y para la protección de activos estratégicos, porque no tendría una influencia decisiva sobre las políticas de gestión y por tanto sobre los planes de inversión. No obstante, la capacidad de ejercicio de influencia significativa que ENEL adquiere en ENDESA hace que tales riesgos subsistan en alguna medida, por lo que, entiende, resulta necesario introducir algunas



condiciones que tienen por objeto impedir que el interés general se vea afectado de manera negativa como consecuencia de la operación realizada y, por ello, requiere a ENEL a que, en el ejercicio de su capacidad de influencia significativa, apoye y promueva políticas orientadas al mantenimiento de ENDESA como grupo matriz y el mantenimiento de las inversiones previstas en actividades reguladas y en activos estratégicos.

En la valoración de la causa c), señala la CNE que la ausencia de una situación de control de ENDESA permite minimizar la posibilidad de que surjan riesgos significativos de transferencia de rentas o de menores inversiones asociados a la integración de ENDESA en un grupo conglomerado y que la influencia del Estado Italiano en la gestión de ENEL condicione de forma importante, a su vez, el desarrollo de las actividades reguladas y activos estratégicos de ENDESA. No obstante, la capacidad de ejercicio de influencia significativa hace que tales riesgos subsistan en alguna medida, por lo que es necesario introducir condiciones con objeto de impedir que el interés general español se vea afectado de manera significativa como consecuencia de la intervención del Estado Italiano en la gestión de ENEL e indirectamente en la gestión de ENDESA, por lo que entiende que la CNE debe tener un papel relevante a la hora de garantizar que ambos intereses no entren en conflicto, para lo que debe conocer de antemano y en detalle la estrategia de ENEL en ENDESA en aquellos aspectos que pudieran afectar al interés general y a la seguridad del suministro español. Con ese motivo, establece la obligación de ENEL de que explique su estrategia corporativa en este sentido, y le obliga a enviar con la mayor antelación posible el orden del día detallado de la Junta de Accionistas y del Consejo de Administración y posteriormente a cada Consejo y a cada Junta de Accionistas le impone la obligación de informar sobre los puntos del día finalmente tratados y de su posicionamiento sobre los puntos concretos, y se reserva la potestad de revocar cualquier acuerdo para cuya aprobación haya sido necesario el apoyo de ENEL. En definitiva la autorización está supeditada a un seguimiento constante ex post de los criterios aplicados por ENEL en el ejercicio de la influencia significativa que adquiere en la gestión de ENDESA a los efectos de impedir un eventual perjuicio para la seguridad pública en el ámbito del sector energético.



En la valoración de la causa d) considera que no hay razones para estimar la posibilidad concreta de que la mera adquisición por ENEL de la participación accionarial del 24,99% o el ejercicio del grado de influencia que dicha participación le confiere, pueda incidir de tal manera en la gestión de ENDESA como para provocar un incremento de los tiempos de interrupción del suministro eléctrico o gasista, ni que tenga influencia sobre la seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficiente en infraestructuras que no permita asegurar de forma continuada un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía del suministro. Pero descartada la concurrencia de riesgos concretos, subsiste la posibilidad de concurrencia de riesgos generales para la seguridad pública lo que justifica la imposición de las condiciones.

En función de lo anterior impone las condiciones antes referidas.

QUINTO.- ENDESA, impugna las motivaciones de la CNE reflejadas en la anterior resolución y solicita la revocación parcial de las Condiciones CUATRO, CINCO Y SEIS, y se establezca, en su caso, en sustitución de las partes modificadas o anuladas, condiciones que, resultando idóneas para proteger el interés general y la seguridad pública españoles, no entrañen perjuicio para ENDESA ni para el conjunto de sus accionistas; resumiendo dicha impugnación en los siguientes términos:

1. Delimita el alcance del recurso que se interpone contra las condiciones que afectan a los intereses de ENDESA y en concreto al conjunto de sus accionistas, como son las que: configuran a ENDESA como instrumento de las comunicaciones entre ENEL y la CNE; configuran como vinculantes los planes de inversión de ENDESA, que no lo son; imponen la obligación de notificar el orden del día de las sesiones del Consejo de Administración y de sus acuerdos y puntos tratados; y las que le atribuye la potestad de revocar algunos de ellos, que ya hayan sido adoptados por el Consejo o por la Junta de Accionistas.



2. Impugna el segundo guión de la condición cuatro por cuanto impone a ENEL la obligación de promover el cumplimiento por ENDESA de determinadas previsiones y planes de inversión que quedarían, aún indirectamente, configurados como vinculantes para ésta.

Manifiesta que cuando, a requerimiento de la CNE en el procedimiento autorizador, ENDESA comunicó sus planes de inversión para el periodo 2006-2011 advirtió que esos planes constituían previsiones no vinculantes sujetas a modificación o variación, por lo que entiende que la alteración de los elementos que sirvieron para confeccionar esos planes deben modular el cumplimiento de la condición cuarta, y que una interpretación distinta no se ajustaría a derecho, porque no son planes "anunciados" como mantiene la CNE, sino que tienen una naturaleza orientativa, porque su carácter vinculante no se deriva de disposición normativa, ya que en la materia opera el principio de libertad de empresa y los planes presentados no se refieren a la planificación relativa a determinadas instalaciones que tanto la LSE y la LSH consideran como vinculantes y, además la CNE no está habilitada para dotar de carácter vinculante a los planes de inversión de ENDESA, pues la Función decimocuarta que autoriza a imponer condiciones, no puede extenderse a los reservados al Consejo de Ministros, con sometimiento al Congreso de los Diputados. Además, si resultaran vinculantes, sería discriminatorio para ENDESA respecto de los demás operadores eléctricos, que sólo estarían vinculados en sus planes de inversión por los recogidos en el Acuerdo del Consejo de Ministros que ha sido sometido al Congreso de los Diputados, en los límites materiales de la planificación obligatoria de la LSE y la LSH, lo que afectaría negativamente a su situación competitiva. Por tanto, considera que en la medida en que pueda interpretarse que la condición cuarta atribuye un carácter vinculante a los planes de ENDESA que va más allá de la planificación establecida en la LSE y en la LSH, resulta inválida y así debe declararse por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

3. Impugna la condición cinco en cuanto impone a ENEL el deber de remitir a la CNE el orden del día de las sesiones del Consejo de Administración de la CNE, entendiéndose que debe ser anulada, ya que



entiende que vulnera el principio general de proporcionalidad, que deriva del derecho positivo, de la Interpretación de la jurisprudencia, del derecho comunitario y de la propia CNE que lo ha considerado rector de sus propias decisiones. Entiende que la medida no está dirigida a la defensa del interés general, porque va más allá de la protección de este fin, al requerir que sean remitidas a la CNE todos los órdenes del día íntegras de todas las sesiones del Consejo de Administración, con independencia de que guarden o no relación con las funciones de la CNE o con los riesgos que se pretende prevenir, lo que supone una vulneración de los intereses de ENDESA y de sus socios, desproporcionada con el bien que se pretende preservar.

Asimismo considera que la medida no es idónea para la protección del fin pretendido, ya que conocer el orden del día en el que se ha incluido un punto que pueda afectar al interés general, no le da facultades para adoptar medidas que puedan defender éste. En relación con ello, recuerda que ya existen obligaciones de información suficientes en la legislación para prevenir esos riesgos y que tiene carácter general para todos. Aduce que el Consejo de Ministros, en el Acuerdo de 27-4-2007 que autoriza a ENEL el ejercicio de los derechos políticos por su toma de participación de hasta el 24,99% del capital de ENDESA, rechazó una condición igual propuesta por la CNE en su informe por considerarla contraria al principio de proporcionalidad.

Por otro lado, considera que la imposición del deber de comunicación del orden del día vulnera la legislación mercantil que impone a los administradores el deber de guardar secreto de las informaciones a las que accedan en el ejercicio de sus cargos, ya que, si bien carece de trascendencia lo relativo al orden del día de la Junta General porque debe ser público con anterioridad, sin embargo sí están sometidas a un régimen severo de confidencialidad las materias objeto de deliberación en el Consejo de Administración, sobre todo en una sociedad cotizada como ENDESA.

El deber de remitir información a las autoridades de supervisión se limita a la de las actividades objeto de la misma, por lo que el deber de proporcionalidad no ha sido respetado. Además, impone la remisión de un



orden del día que legalmente no resulta exigible, lo que supone una clara extralimitación porque al imponer el envío anticipado de una convocatoria compromete gravemente la agilidad y operatividad del Consejo.

4. Impugna, por otro lado, la validez de la última frase de la condición cinco en la que dispone que sea ENDESA el instrumento para determinadas comunicaciones entre ENEL y la CNE, criticando su falta de proporcionalidad, ya que para conseguir el fin pretendido no es necesario que la información entre ENEL y la CNE sea a través de ENDESA, sino que puede realizarla directamente ENEL. No se puede imponer esa obligación a ENDESA porque podría ocasionarle perjuicios tales como la existencia de responsabilidad por el simple hecho de que, por inadvertencia, no cumpliera la obligación formal señalada, cuando, en todo caso las obligaciones se imponen a ENEL con motivo de la autorización solicitada. Consecuentemente entiende que esta última frase es inválida y así debe declararse en la resolución el recurso.

5. Impugna la validez de la condición seis en la medida que impone a ENEL el deber de informar a la CNE de los puntos del Orden del Día tratados y de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de ENDESA. Entiende que la primera frase de la condición vulnera el principio de proporcionalidad por las mismas razones ya expuestas al impugnar la condición quinta

6. Impugna también la segunda frase de la condición seis que permite a la CNE ordenar la revocación de determinados acuerdos adoptados por la Junta de Accionistas o por el Consejo de Administración de ENDESA. Considera que esta condición vulnera la disposición adicional Undécima. Tercero.1.decimocuarta de la LSH en la medida en que convierte el control ex ante, para cuyo ejercicio está habilitada la CNE, en un control ex post incompatible con aquélla, lo que también fue respaldado por el Consejo de Ministros en el Acuerdo de 27 de abril de 2007, que también rechazó imponer una condición en el mismo sentido sugerida por la CNE, sin que sea posible justificarla en la STJCE de 4 de julio de 2002, que se invoca como antecedente, como también fundamenta el mencionado Acuerdo. En



el plano sustantivo, considera que la medida es inidónea para el fin perseguido, porque para evitar los problemas generados por una intervención pública derivada del carácter público italiano de ENEL, se añade una segunda intervención pública de la Administración española. Considera que una vez adoptado un acuerdo para satisfacer los intereses del Estado italiano resultará difícil su revocación, por lo que también en este aspecto vulnera el principio de proporcionalidad. Al tiempo, dice que la condición resulta contradictoria, porque para que sea posible esta revisión ex post hay que partir de la base de que ENEL ha conseguido el control de ENDESA, cuando reiteradamente a lo largo de toda la resolución se manifiesta que nunca llegaría a obtener ese control en virtud de la participación accionarial autorizada. Entiende que vulnera también el derecho societario en la parte que persigue facilitar la consolidación y seguridad de situaciones jurídicas evitando que la actividad de la sociedad y la seguridad del tráfico jurídico se vean afectados por incertidumbre legales que cuestionen la validez de los acuerdos sociales. Así la LSA restringe el régimen de impugnación tanto de los acuerdos sociales (por infringir una ley imperativa) como del Consejo de Administración (que vinculan a la sociedad aún al margen del objeto social) por sus plazos y por las personas legitimadas para ello. Además, la CNMV carece de cualquier facultad semejante a la que se atribuye la CNE, limitándose en supuestos muy tasados a impugnar estos acuerdos ante los Tribunales, por eso considera que la condición también es inválida por desproporcionada en este aspecto. Considera que la condición vulnera también el principio de no discriminación entre operadores, pues la facultad de ordenar la revocación de cualquier acuerdo compromete las posibilidades de actuación en su actividad empresarial por las dudas que arrastraría su ejecución, lo que en la práctica llevaría a ENDESA a tener que esperar un mes después de adoptado determinado acuerdo para cerrar un contrato que lo pusiera en marcha. Esto perjudica gravemente la situación competitiva de Endesa en los mercados energéticos y vulnera el principio de no discriminación. Por todo lo anterior considera que la segunda frase de la condición seis es inválida por vulneración del régimen de la función decimocuarta, del principio general de proporcionalidad, de los principios básicos del derecho societario



y de la interdicción de discriminación entre competidores, por lo que procede su revocación.

Termina suplicando que:

1. Declare expresamente que los planes de inversión a que se refiere la Condición Cuarta constituyen meras previsiones de carácter orientativo, sin carácter vinculante para ENDESA, S.A., de forma que las variaciones que pudieran producirse en las mismas atendiendo a circunstancias temporales y de otra índole que afectan a la actividad, los mercados y los sectores en los que opera ENDESA, S.A. y sus eventuales alteraciones no puedan considerarse como incumplimiento de dicha Condición Cuatro.
2. Acuerde revocar y dejar sin efecto:
 - a) De la Condición Quinta:
 - (I) La referencia, contenida en su penúltima frase, al orden del día de las sesiones del Consejo de Administración de ENDESA, S.A.
 - (II) La última frase, cuyo tenor es "el instrumento para estas comunicaciones será ENDESA, S.A."
 - b) De la Condición Sexta:
 - (I) De la primera frase, la referencia a la información acerca de los puntos del orden del día tratados y los acuerdos adoptados en las sesiones del Consejo de Administración de ENDESA, S.A.
 - (II) La segunda frase, que empieza con las palabras "con base en la información recibida, la CNE podrá, en el plazo de un mes (. . .)", y termina con las palabras



"derivados de los poderes que ostenta el Gobierno de la Republica Italiana en el seno de ENEL, S.p.A."

3. Establezca, en su caso, en sustitución de las partes modificadas o anuladas, condiciones que, resultando idóneas para proteger el interés general y la seguridad pública españoles, no entrañen perjuicio para ENDESA, S.A. ni para el conjunto de sus accionistas.

SIXTO.- El recurso de ENDESA impugna parcialmente las condiciones Cuatro, Cinco y Seis Impuestas en la resolución de la CNE de 26 de abril de 2007. Para su ponderación se precisa poner esta resolución en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2007 que al amparo de la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, concedió a ENEL el ejercicio de los derechos políticos dimanantes de las acciones adquiridas y comprometidas hasta el límite del 24,99% del capital de ENDESA, puesto que ambas resoluciones, aunque emitidas en distintos ámbitos de competencia, otorgan autorizaciones derivadas de una misma operación de adquisición de participación en el capital social de ENDESA y la imposición de condiciones en ambas tienen que tener el objetivo común de proteger el interés general en el sector energético y la garantía de un adecuado suministro.

Por lo que se refiere a la autorización competencia de la CNE, la Disposición adicional undécima Tercero.1, Decimocuarta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, atribuye a la CNE la función de autorizar la adquisición de participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que impliquen una relación de sujeción especial tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos



Internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español. La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrollen algunas de las actividades mencionadas en el párrafo anterior. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades.

Respecto a la autorización competencia del Consejo de Ministros, la Disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 55/1999 establece que las entidades o personas de naturaleza pública y las entidades de cualquier naturaleza participadas mayoritariamente o controladas en cualquier forma por entidades o Administraciones Públicas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que directa o indirectamente toman el control o adquieran participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos deberán notificar a la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES de la toma de control o adquisición que se haya efectuado con especial referencia a las características y condiciones de la adquisición. Y que tras la instrucción del oportuno expediente en el que informará preceptivamente la CNE el Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos podrá resolver reconociendo o no el ejercicio de derechos políticos correspondientes o sometiendo el ejercicio de los mismos a determinadas condiciones en atención, entre otros, a los principios de objetividad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos.

Ambas disposiciones coinciden en establecer que las autorizaciones que exigen podrán denegarse o ser sometidas a condiciones por las causas que en las mismas se determinan, que la Ley 55/1999 concreta en la existencia de riesgos significativos o efectos negativos directos o indirectos sobre las actividades desarrolladas por las empresas en los mercados energéticos, que se apreciarán de acuerdo con los criterios que a



continuación específica. Y la LSH los concreta en las siguientes causas: a) la existencia de riesgos significativos o efectos negativos directos o indirectos sobre las actividades contempladas en el apartado anterior. b) Protección del interés general en el sector energético y en particular la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial con afección especial a los activos considerados estratégicos que a continuación enumera. c) La posibilidad de que la entidad que realice esas actividades quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida. d) Cualquier otra causa de seguridad pública y en particular la seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios y la seguridad frente al riesgo de una inversión o un mantenimiento insuficiente en infraestructuras que no permita asegurar la garantía del suministro.

En consecuencia, si bien la competencia del Consejo de Ministros se refiere al ejercicio de los derechos políticos correspondientes derivados de la adquisición y la competencia de la CNE se refiere a la autorización de esa adquisición, la una es consecuencia de la otra, estando ambas fundamentadas en la defensa de la actividad de los mercados energéticos para evitar la existencia de riesgos significativos o efectos negativos en ese sector y para proteger el interés general que comporta el mismo, por lo que persiguiendo el mismo objetivo ambas autorizaciones no pueden llegar a conclusiones diferentes.

En este sentido debe tenerse en cuenta que algunas de las condiciones que ahora impone la resolución de la CNE fueron examinadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2007, ya que fueron propuestas por la CNE en su preceptivo informe para que se impusieran en esta resolución y, sin embargo, no se entendieron necesarias en su totalidad para cumplir el mismo objetivo.



SEPTIMO.- Siguiendo con el análisis de ambas resoluciones, en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2007, se analizaron los conceptos de riesgo significativo y efectos negativos que pudiera tener el ejercicio de los derechos políticos dimanantes de las acciones adquiridas y comprometidas por ENEL hasta el 24,99% del capital de ENDESA. En este contexto consideró que los riesgos son conceptos jurídicos indeterminados que pueden crear una zona de incertidumbre, en la que es necesario ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para apreciar si el supuesto de que se trata queda o no comprendido dentro del concepto jurídico indeterminado, pero que esa incertidumbre se diluye en el momento en el que el legislador determina una serie de criterios objetivos a partir de los cuales pueden apreciarse o delimitarse esos riesgos o efectos, considerando que esos criterios están contemplados en el apartado cuatro de la Disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 55/1999, a cuyo amparo adoptaba el referido Acuerdo.

Conforme a esta reflexión, debe entenderse que del mismo modo estos criterios están establecidos para el ejercicio de la función decimocuarta de la Disposición adicional undécima de la LSH y que éstos no difieren sustancialmente de los enumerados en la anterior, siendo incluso más concretos en la LSH, por lo que su aplicación se hace más evidente.

El Acuerdo entendió que en el análisis e interpretación de esos criterios debe tenerse en cuenta la discrecionalidad técnica que preside la actuación de la CNE que no puede ser sustituida por la del Gobierno, pero apreció que podía y debía analizar y revisar las consecuencias y efectos que las apreciaciones de la CNE pueden conllevar, y, por ende, las medidas que en consonancia con tales apreciaciones debe adoptar. En consecuencia tiene en cuenta que la CNE, después de reconocer la inexistencia de riesgos de afectación a los principios de objetividad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos, a los efectos de lo previsto en el apartado tres de la Disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 55/1999, ha analizado los criterios enunciados en el apartado cuatro de la misma y ha llegado igualmente a la conclusión de la inexistencia de tales riesgos significativos o efectos negativos, partiendo de la propia



naturaleza de la operación, pues, reitera, que la misma en modo alguno comporta la adquisición del control de la entidad en la que se participa, sino que tan solo se trata de la adquisición como máximo de una participación que no supera el límite tras el cual sería necesario realizar una OPA.

Por ello, se considera en el Acuerdo que la operación no implica la integración de ENDESA en el grupo ENEL, lo que supone la ausencia de control de ésta sobre aquella y la ausencia de riesgos en el ámbito de la influencia y la gestión y en el ámbito financiero y llega a la conclusión de que el seguimiento ex post no mitiga o minimiza ningún riesgo, inexistente éste bajo la idea de la ausencia de control. Igualmente también tuvo en cuenta que la CNE indicó que la operación no comportaba riesgos de relevancia en términos de capacidad del accionista para realizar transferencias de renta y otros recursos desde las actividades reguladas en España al grupo adquirente o una repercusión negativa sobre las actividades reguladas o energéticas en España, porque consideraba que el adquirente no tenía capacidad de decisión sobre la política de dividendos y no tenía tampoco capacidad de decidir o modificar la política de inversiones de la sociedad participada, por lo que entiende que tales conclusiones mal se compaginan con el control ex post exigido en la resolución que se recurre.

Por otra parte, en el Acuerdo se afirma que la no existencia de control determina la imposibilidad de que ENEL pueda exponer a ENDESA de forma inapropiada al riesgo de cualquiera otras actividades desarrolladas por aquella, y advierte que la estructura, solvencia y características del adquirente impiden apreciar en este momento riesgos como pudieran ser el de la minoración de inversiones. Igualmente entiende que la seguridad del suministro y la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios parece venir garantizada por la condición de ENEL de ser la mayor empresa eléctrica en Italia y una de las primeras de Europa, así como la similitud del mercado italiano en el que opera con el mercado español en el que actúa la adquirida, pues, aunque persisten ciertas asimetrías entre un mercado y otro, éstas no son relevantes como para merecer una valoración



negativa, teniendo en cuenta que la liberación total del mercado eléctrico italiano se producirá en breve.

A la vista del Informe de la CNE, se consideró asimismo que no existían riesgos para la seguridad del suministro o para la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios ni un riesgo de una inversión insuficiente en infraestructuras ni en modo alguno puede conculcar la protección del interés general en el sector, a lo que debe añadirse que la adquisición no da lugar a un nuevo agente en el mercado y que por su tamaño, no ha de comportar ningún riesgo relativo a la calidad del servicio. En consecuencia, entiende que la imposibilidad de control conlleva la inexistencia de riesgos significativos que prevé la Ley 55/1999 por lo que no puede ser acompañada de una suerte de medidas paliativas que por su propia definición y efectos resultarán ser contradictorias con la imposibilidad de control, en especial en lo que se refiere al pretendido control ex post sobre determinadas decisiones en materias concretas.

No obstante, en el Acuerdo, aunque se reafirma la inexistencia de control entre el adquirente y la adquirida, se entiende que los valores protegidos pueden ser alcanzados o afectados por una cierta influencia en el control que la participación puede otorgar. Desde esta perspectiva se estima que debe asegurarse que los derechos especiales que el Gobierno italiano se reserva directamente en ENEL para defender sus intereses nacionales y su presencia en el Consejo de Administración de ésta, no lleven a decisiones en ENDESA que afecten a aspectos de seguridad pública en la garantía del suministro español, por lo que se considera que resulta conveniente supeditar la autorización a una obligación de información por parte de ENEL al Gobierno español, si bien se entiende que mientras se mantengan las condiciones estatutarias de limitación de voto en ENDESA y la no participación de ENEL en los órganos de administración, habría una inexistencia de los riesgos que trata de evitar la norma y la imposibilidad de imponer condiciones, entre tanto se mantenga la ausencia de control.

Asimismo se considera que resulta factible el otro escenario contemplado por la CNE, que consistiría en que desapareciera la limitación



estatutaria de ENDESA del ejercicio del voto para los accionistas hasta un máximo del 10%, o que ENEL entre a formar parte del Consejo de Administración, en cuyo caso, aunque no ejerza control, pasaría a ejercer una influencia decisiva al acumular el 24,99% del capital que es una participación relevante a efectos de intervenir en el control, siendo este segundo escenario el que permite la posibilidad de imponer condiciones, si bien debe hacerse desde el respeto al principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad, de suerte que solo pueden imponerse en los términos permitidos por las normas, solo cuando sean necesarias y en la forma que resulte menos gravosa, estando claro que si hubiese otras medidas diferentes que permitiesen lograr la finalidad perseguida con menor intervención o de forma más beneficiosa para el accionista, así debería hacerse.

Seguidamente se analizan en el Acuerdo las condiciones propuestas por la CNE, que en primer lugar sugiere que se establezca *"la obligación de ENEL para que de forma periódica y en todo caso a petición del Gobierno español explique su estrategia corporativa en aspectos que afecten a los intereses esenciales de seguridad pública españoles. Asimismo, ENEL deberá mandar el orden del día detallado de la Junta de accionistas y del Consejo de Administración con su posicionamiento sobre aspectos relacionados con intereses especiales de seguridad pública españoles. En segundo lugar, posteriormente a cada Consejo y a cada Junta de Accionistas ENEL deberá informar sobre aquellos puntos concretos que afecten a los supuestos anteriores de interés general y seguridad pública"*. Considera que esta condición se ajusta a derecho, ahora bien en aplicación del principio de proporcionalidad y necesidad, la condición debería limitarse a la obligación genérica de informar sobre su estrategia corporativa y a la de comunicar todas las decisiones y actuaciones que en el ejercicio de su posición de influencia significativa en ENDESA pudiera afectar a la garantía de suministro. Dicha notificación debe efectuarse con carácter previo a la ejecución de las decisiones y acuerdos, sin que sea necesaria para cumplir la finalidad pretendida que se notifiquen los órdenes del día y acuerdos de la Junta y el Consejo de Administración en los que tuviere participación ENEL de forma directa o indirecta. Esta notificación, señala, es una



obligación de carácter formal y su alcance es muy limitado pues por si sola no posibilita la adopción de medidas que palien el riesgo que se podría advertir en la información remitida; tales medidas serán las que en su caso habilite el ordenamiento jurídico. Por otro lado la información a remitir se limita a aquella que pudiera ser relevante a los efectos de la preservación de la seguridad pública. Entiende que el destinatario de esa información debe ser la Administración que está legitimada para la autorización es decir la Administración General del Estado, sin perjuicio de la ulterior remisión a la CNE de dicha información si fuera preciso y será aquella la que pueda pedir información adicional.

Con respecto a la propuesta formulada por la CNE en segundo lugar sobre el establecimiento de un control a posteriori, ya que sugiere que la autorización que se conceda quede supeditada a un seguimiento constante ex post, de suerte que se establecería un derecho de veto sobre aquellos acuerdos que en el ejercicio de la influencia significativa que ENEL ejerce sobre ENDESA, pudieran afectar a la seguridad pública en el ámbito del sector energético, se manifiesta en dicho Acuerdo que la disposición adicional vigésimo séptima establece un control ex ante en el que se ha de ponderar la operación desde diversos parámetros y se podrá condicionar si concurren los requisitos para ello, pero el hecho de que las condiciones operen en un futuro no implica que con ello se habilite a la Administración para ejercer un derecho de veto sobre los acuerdos, cambiando el control ex ante previsto en la norma, por un control ex post que excede del control permitido. Aún en el caso de considerar la sugerencia de la CNE como más proporcionada debe advertirse que se trata de un control que va más allá de lo permitido por el legislador. Por ello considera improcedente e inadecuado desde el punto de vista jurídico la imposición de dicha condición.

Por todo lo anterior se acordó conceder a ENEL el ejercicio de los derechos políticos dimanantes de las acciones adquiridas y comprometidas hasta el límite del 24,99% del capital social de ENDESA, circunscribiéndola exclusivamente a esa participación y condicionándola, en el caso de que desaparezca la limitación estatutaria al voto y ENEL pueda ejercitar votos



por encima del 10% del capital social de ENDESA o bien en el caso de que ENEL entre a formar parte del Consejo de Administración de ENDESA, al cumplimiento de la obligación de que el accionista deberá informar a la Secretaría General de Energía su estrategia corporativa, acuerdos, decisiones y actuaciones en las que intervengan en aspectos que afecten a los intereses esenciales de seguridad pública españoles.

OCTAVO.- De lo referido anteriormente hay que considerar que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2007 para llegar a estas conclusiones ha tenido muy presente los razonamientos de la CNE, que ha analizado prácticamente en su literalidad y, sin perjuicio del reconocimiento de la discrecionalidad técnica de la CNE y de la imposibilidad de su sustitución por criterios propios del Gobierno, ha procedido a revisar las consecuencias que de la ponderación de los riesgos ha realizado ésta y de las medidas que recomienda para paliarlos y ha llegado a conclusiones distintas, menos perjudiciales, no solo para la autorizada, sino también para el resto de los sujetos afectados, como es la propia ENDESA. Consecuentemente, a la luz de lo determinado en el repetido Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2007, deben analizarse las alegaciones formuladas en el recurso interpuesto.

NOVENO.- Entrando ya en el análisis concreto de las alegaciones formuladas en el recurso ENDESA, si bien en el petitorio 1 del mismo impugna el segundo guión de la condición cuarta de la resolución recurrida, y solicita exclusivamente una declaración expresa de que los planes de inversión a que se refiere esta condición constituyen meras previsiones de carácter orientativo, sin carácter vinculante para ENDESA, y que las variaciones que pudieran darse en los mismos y sus eventuales alteraciones no constituyen incumplimiento de la condición, argumentando que si no se interpreta así resulta contraria a derecho, sin embargo en el cuerpo del recurso cuando trata de fundamentar dicha petición hace referencia también a los restantes planes de inversión contemplados en esta condición cuarta y sostiene que a la CNE no le está permitido dotar de carácter vinculante los planes que el ordenamiento jurídico reserva en exclusiva a la competencia



del Consejo de Ministros con sometimiento al Congreso de los Diputados pues ello pugna directa y frontalmente con un principio básico de la ordenación de los sectores eléctrico y gasista, como es el de la libre iniciativa económica y empresarial y, por ende, el de la libertad en la realización o no de las inversiones y además se vulneraría el principio de no discriminación entre operadores pues la Condición Cuatro atribuiría indirectamente carácter vinculante a planes de Inversión de ENDESA distintos y adicionales a los que vinculan a los demás operadores de los sectores energéticos. Por ello se entiende que la presente resolución y por lo que respecta a la petición formulada sobre esta Condición Cuatro debe referirse no solo a los planes anunciados por ENDESA sino también a aquellos otros planes referidos en la Condición como son los que aparecen recogidos en el documento de Planificación de los sectores de gas y electricidad y en el Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural.

Para resolver estas cuestiones resulta obligado acudir a lo manifestado en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2007. En él, como ha quedado explicitado antes, se tuvo en cuenta que la CNE en su Informe indicó que la operación no comportaba riesgos de relevancia en términos de capacidad del accionista para realizar transferencias de renta y otros recursos desde las actividades reguladas en España al grupo adquirente o una repercusión negativa sobre las actividades reguladas o energéticas en España, porque consideraba que el adquirente no tenía capacidad de decisión sobre la política de dividendos y no tenía tampoco capacidad de decidir o modificar la política de Inversiones de la sociedad participada. Por otra parte, se consideraba en el Acuerdo que la no existencia de control determinaba la imposibilidad de que ENEL pueda exponer a ENDESA de forma inapropiada al riesgo de cualquiera otras actividades desarrolladas por aquella, y advierte que la estructura, solvencia y características del adquirente implican apreciar en este momento riesgos como pudieran ser el de la minoración de Inversiones. De acuerdo con ello, la condición consistente en que *los recursos generados por ENDESA atiendan con carácter prioritario a la financiación y ejecución de los planes de inversión comprometidos en actividades reguladas de transporte y*



distribución y activos estratégicos, tanto de gas como de electricidad, que aparecen recogidos en (1) los últimos planes de inversión anunciados por ENDESA, S.A. para el periodo 2005-2011 relacionados en este informe, (2) en el documento "Planificación de los sectores de gas y de electricidad. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2012", aprobado por el Consejo de Ministros y sometido al Parlamento, así como en (3) el "Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura" de la CNE ha de considerarse que no es una condición necesaria para otorgar la autorización solicitada a la CNE, pues la falta de control por parte de ENEL sobre el destino de los fondos impide apreciar la existencia de riesgos, resultando por ello incongruente la apreciación de inexistencia de riesgos y la imposición subsiguiente de la condición.

Por lo tanto debe suprimirse el guión segundo de esta Condición en su integridad. En cualquier caso queda abierta la posibilidad de juzgar la legalidad o ilegalidad de la condición para el caso en que se adquiriera el control de ENDESA por medio de la OPA,

En consecuencia la **CONDICION CUATRO** queda redacta en los siguientes términos:

"CUATRO.-No obstante, dado que en todo caso ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. adquiere en ENDESA, S.A. una influencia significativa, esta empresa promoverá políticas orientadas a que ENDESA, S.A. continúe siendo la sociedad matriz de su grupo, y a que su domicilio social, sus órganos de gobierno y su administración permanezcan en España"

DECIMO- Respecto a la condición cinco, en el recurso se considera que la obligación impuesta por la misma de remitir a la CNE el orden del día de las Juntas de Accionistas y las sesiones del Consejo de Administración y de que el vehículo de esa comunicación sea ENDESA, es contraria a derecho por desproporcionada. Sobre esta condición, como antes se ha expuesto, se ha pronunciado el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2007 con motivo del análisis del informe de la CNE en la parte relativa a la necesidad de exigir información sobre la estrategia del Grupo ENEL, en la



que proponía que en la autorización que competía al Gobierno se Impusiera una condición similar. El referido Acuerdo, en aplicación del principio de proporcionalidad y de necesidad, consideró que una medida que se limitase a imponer la obligación genérica de informar sobre la estrategia corporativa y de comunicar todas las decisiones y actuaciones que en el ejercicio de su posición de influencia significativa en ENDESA pudiera afectar a la garantía de suministro, sería ajustada a derecho y que dicha notificación debía efectuarse con carácter previo a la ejecución de las decisiones y acuerdos, pero que, para cumplir la finalidad pretendida, no es necesario que se notifiquen los órdenes del día y acuerdos de la Junta y el Consejo de Administración en los que tuviere participación ENEL de forma directa o indirecta,

Por tanto, habiendo considerado ya el acuerdo que es innecesaria la comunicación de las referidas ordenes del día para el cumplimiento del fin que se propone, debe estimarse el recurso en cuanto a su pretensión de que se revoque la referencia contenida en la penúltima frase al orden del día de las sesiones del Consejo de Administración y de la Junta de Accionistas, y por ende, que se revoque y suprima la última frase referida a que el Instrumento de esta comunicación sea ENDESA, debiendo quedar redactada la Condición Cinco en los siguientes términos:

"CINCO.- Siempre que esta Comisión así lo requiera y, en todo caso, con carácter semestral, ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. le informará de manera detallada acerca de la estrategia del grupo ENEL en ENDESA, S.A., en la medida en que pueda afectar al interés general o a la seguridad pública españoles. Tendrán la consideración de aspectos de la estrategia de ENEL ENERGY EUROPE S.r.l. en ENDESA, S.A. que afectan a dichos intereses aquellos relativos a los activos estratégicos, actividades reguladas y otras actividades que están sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, según se los define en la Función Decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, tercero, 2, de la Ley 34/98, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos."



UNDECIMO.- Respecto a la impugnación del primer inciso de la condición sexta, como se ha dicho, el Acuerdo de Consejo de Ministros de

En este sentido el Consejo de Ministros consideró que la condición en aplicación del principio de proporcionalidad y necesidad, debería limitarse a la obligación genérica de informar sobre su estrategia corporativa y a la de comunicar todas las decisiones y actuaciones que en el ejercicio de su posición de influencia significativa en ENDESA pudiera afectar a la garantía de suministro. Dicha notificación debe efectuarse con carácter previo a la ejecución de las decisiones y acuerdos, sin que sea necesaria para cumplir la finalidad pretendida que se notifiquen los órdenes del día y acuerdos de la Junta y el Consejo de Administración en los que tuviere participación ENEL de forma directa o indirecta. Esta notificación, señala, es una obligación de carácter formal y su alcance es muy limitado pues por sí sola no posibilita la adopción de medidas que pallen el riesgo que se podría advertir en la información remitida; tales medidas serán las que en su caso habilite el ordenamiento jurídico. Por otro lado la información a remitir se limita a aquella que pudiera ser relevante a los efectos de la preservación de la seguridad pública. Por ello el Consejo de Ministros impuso como única condición la siguiente *"la accionista deberá informar su estrategia corporativa, acuerdos, decisiones y actuaciones en las que intervenga en aspectos que afecten a los intereses esenciales de seguridad pública españoles"*

En atención a ello el primer inciso de la Condición seis debe quedar redactado como sigue:

"SEIS.- Asimismo ENEL ENERGY EUROPE dentro de los diez días siguientes a su adopción informará a esta Comisión los acuerdos, decisiones y actuaciones en las que intervenga en aspectos que afecten a los intereses esenciales de seguridad pública españoles"



En cuanto al segundo inciso de esta condición seis, como ha manifestado el Acuerdo de 27 de abril de 2007, contiene un sistema de control ex post que no está permitido. La Disposición adicional undécima. Tercero. 1, función decimocuarta establece un control ex ante por parte de la CNE en el que ha de ponderar la operación en función de que puedan darse los riesgos que puede conllevar y se podrá condicionar si concurren los requisitos para ello, pero el hecho de que la presencia de esos riesgos y las condiciones para evitarlos operen en el futuro, no implica que con ello se habilite a la CNE para ejercer un derecho de veto sobre los acuerdos que pudieran materializarse, cambiando el control ex ante previsto en la norma por un control ex post que excede de lo autorizado por ella. Por eso, aún en el caso de que pudiera considerarse esta condición como la más proporcionada para evitar el daño que pondera, debe advertirse que se trata de un control que va más allá de lo permitido por el legislador. Por ello, la consideración que hizo el Acuerdo de 27 de abril de 2007, de que es Improcedente e Inadecuada desde el punto de vista jurídico la imposición de dicha condición resulta acertada, por lo que, de acuerdo con lo solicitado por la recurrente, se debe revocar este segundo inciso.

Por cuanto antecede la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, por delegación del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, a propuesta de la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia, ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por **ENDESA, S.A.** frente a la resolución de la CNE de 26 de abril de 2007 por la que se autoriza a ENEL la adquisición de una participación en el capital social de ENDESA, S.A. hasta un porcentaje que no requiera la formulación de la Oferta Pública de Adquisición de Acciones según la legislación aplicable, anulándose el segundo guión de la Condición cuatro y la referencia de la Condición cinco, contenida en su penúltima frase, al orden del día de las sesiones del Consejo de Administración de ENDESA, S.A. y la última frase, cuyo tenor es "el Instrumento para estas comunicaciones será ENDESA, S.A.", modificándose la redacción del primer inciso de la condición seis y anulándose el segundo inciso relativo a la posibilidad de revocación de los acuerdos por la CNE, quedando redactadas



las Condiciones Cuatro, Cinco y Seis de la resolución autorizatoria en el sentido expresado en los Fundamentos Jurídicos NOVENO, DECIMO Y UNDECIMO.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Madrid, 30 AGO 2007

EL MINISTRO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO
P. D. LA SUBSECRETARIA DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO
Orden I.T.C. 3187/2004, de 4 de octubre (BOE de 6 de octubre)

Fdo.: María Teresa Gómez Condado.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO	
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA	
30 AGO 2007	
Entrada	Nº 7246
Salida	