

Asunto *n°*
COMP/M.4685 –
ENEL / ACCIONA /
ENDESA

El texto en lengua española es el único auténtico.

REGLAMENTO (CE) n° 139/2004
SOBRE LAS CONCENTRACIONES

Artículo 21
fecha: 05/12/2007



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Brusselas, 05/12/2007

C(2007)5913 final

VERSIÓN PÚBLICA

Decisión de la Comisión

de 5 de diciembre de 2007

**relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) n°
139/2004 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre
empresas**

(Asunto n° COMP/M.4685 – Enel / Acciona / Endesa)

Decisión de la Comisión

de 5 de diciembre de 2007

relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas

(Asunto n° COMP/M.4685 – Enel / Acciona / Endesa)

(El texto en lengua española es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

Visto el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas ("Reglamento Comunitario de Concentraciones")¹, y, en particular, su artículo 21,

Después de haber dado a las autoridades españolas la oportunidad de dar a conocer sus observaciones en relación con el análisis preliminar de la Comisión,

Considerando lo siguiente:

- (1) El 4 de julio de 2007, la Comisión Nacional de la Energía ("CNE") adoptó una decisión sometiendo la propuesta de adquisición de Endesa S.A. ("Endesa"), empresa energética con sede en Madrid, por parte de Enel Energy Europe S.r.l. ("Enel") y de Acciona S.A. ("Acciona") a una serie de condiciones.
- (2) El 19 de octubre de 2007, tras un recurso de alzada presentado por Enel y Acciona, el Ministro de Industria, Turismo y Comercio de España ("el Ministro") adoptó una resolución ("la decisión del Ministro"), modificando algunas de las condiciones impuestas por la CNE sobre la operación contemplada en el considerando 1.
- (3) La presente decisión se refiere a la compatibilidad de algunas de las condiciones impuestas por la decisión de la CNE, a tenor de su modificación la

¹ DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

decisión del Ministro, con el artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones").

I. PARTES

- (4) Enel es un operador de electricidad italiano activo en la generación, distribución y suministro de electricidad principalmente en Italia, donde es el principal proveedor de electricidad tanto para usuarios domésticos como industriales, y también en España, Bulgaria, Rumania, Eslovaquia, Rusia, Francia, Norteamérica y Sudamérica. También está presente en la compra y venta de gas natural para la generación de electricidad y como operador de gas en Italia, donde es el segundo operador en el negocio de distribución y suministro de gas.
- (5) Acciona es un grupo con sede en España cuyas principales actividades económicas son el desarrollo y gestión de proyectos de infraestructuras e inmobiliarios, transporte, servicios urbanos y medioambientales así como el desarrollo y explotación de energías renovables.
- (6) Endesa es un operador de electricidad español también presente, aunque de forma limitada, en otros países, en concreto en Portugal, Italia, Alemania y Polonia. Además, Endesa está presente en Sudamérica y el norte de África. En España, Endesa también está presente en el sector del gas.

II. CONCENTRACIÓN

- (7) La concentración consistía en la adquisición del control conjunto de Endesa por parte de Enel y de Acciona como resultado de la oferta pública de adquisición (OPA) y los acuerdos descritos a continuación.
- (8) El 26 de marzo de 2007 Enel y Acciona acordaron el lanzamiento de una OPA conjunta sobre las acciones de Endesa que dichas compañías todavía no poseían o controlaban con el fin de adquirir el control conjunto de dicha compañía. En una operación paralela, la cual no tenía dimensión comunitaria y por tanto no debía ser examinada por la Comisión, Acciona adquiriría control único sobre el negocio de energías renovables de Endesa.
- (9) El 2 de abril de 2007 Enel, Acciona y E.ON acordaron que Enel, Acciona y Endesa transferirán a E.ON una serie de derechos y de activos, incluyendo los negocios de generación, distribución y suministro de electricidad de Enel en España (con la excepción de su participación en EUFER²), ciertos activos adicionales de Endesa en España y los negocios actuales de Endesa en Italia, Francia, Polonia y Turquía.
- (10) El 31 de mayo de 2007, Enel y Acciona notificaron a la Comisión Europea la propuesta de adquisición de control conjunto de Endesa. El ámbito de tal notificación estaba limitado a los activos netos de Endesa y no incluía los

² EUFER es una empresa conjunta controlada por Enel y el tercer operador español de electricidad, Unión Fenosa S.A., activa en la generación de electricidad a partir de energías renovables.

activos que debían ser posteriormente vendidos a E.ON. El 5 de julio de 2007 la Comisión adoptó una decisión en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b) del Reglamento Comunitario de Concentraciones por el cual la Comisión a) estableció que la transacción propuesta constituía una concentración de dimensión comunitaria con arreglo a los artículos 1 y 3 del Reglamento Comunitario de Concentraciones y b) declaró dicha transacción compatible con el mercado común³.

III. ANTECEDENTES

Decisiones con arreglo al artículo 21 adoptadas previamente por la Comisión: el asunto E.ON

- (11) El 25 de abril de 2006 la Comisión aprobó la propuesta de adquisición de control de Endesa por parte de E.ON mediante OPA anunciada el 21 de febrero de 2006.
- (12) Unos días después del anuncio por parte de E.ON de su OPA sobre Endesa, el Consejo de Ministros español adoptó una nueva disposición con carácter urgente, el Real Decreto-Ley 4/2006 (en lo sucesivo, "Real Decreto-Ley") ampliando los poderes de supervisión de la CNE⁴.
- (13) En virtud del Real Decreto-Ley, la CNE adoptó el 27 de julio de 2006 una decisión sometiendo a E.ON a una serie de condiciones. Dichas condiciones fueron parcialmente modificadas por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio ("el Ministro") el 3 de noviembre de 2006.
- (14) El 26 de septiembre y el 20 de diciembre de 2006 la Comisión adoptó dos decisiones ("las decisiones con arreglo al artículo 21") por las cuales tanto las condiciones impuestas por la CNE como las impuestas por el Ministro se declararon incompatibles con la legislación comunitaria.
- (15) En particular, el artículo 1 de las decisiones con arreglo al artículo 21 establecía que el Reino de España había infringido el artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones al adoptar, sin comunicación previa a la Comisión y sin el acuerdo de ésta, las decisiones de la CNE y del Ministro, por las cuales se sometía la adquisición de control de Endesa por parte de E.ON a una serie de condiciones incompatibles con la legislación comunitaria.
- (16) Además, el artículo 2 requería a España a retirar las condiciones impuestas por la CNE y por el Ministro que habían sido declaradas incompatibles con la legislación comunitaria.
- (17) Dado que las autoridades españolas no cumplieron con las decisiones con arreglo al artículo 21, la Comisión decidió incoar el 21 de marzo de 2007 un

³ COMP M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

⁴ Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la CNE, ratificado por el Congreso mediante Resolución de 23 de marzo de 2006.

procedimiento contra España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La demanda se presentó el 11 de abril de 2007 (asunto C-196/07)

Procedimiento de la Comisión por la infracción relativa al Real Decreto-Ley de conformidad con la normativa de Mercado Interior

- (18) Con fecha de 3 de mayo de 2006, la Comisión incoó un procedimiento de infracción contra España por el Real Decreto-Ley, enviando a las autoridades españolas una carta de emplazamiento en virtud del artículo 226 del Tratado (Infr. n° 2006/2222).
- (19) Según la Comisión, las disposiciones del Real Decreto-Ley que conceden poderes especiales a la CNE pueden ser contrarias a determinados principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular a la libre circulación de capitales (artículo 56 del Tratado) y al derecho de establecimiento (artículo 43 del Tratado). En especial, porque los motivos por los que la CNE puede conceder o rechazar su autorización son vagos e indeterminados, confiriendo por ello a las autoridades amplios poderes discrecionales que plantean dudas sobre la proporcionalidad de la medida. España contestó a dicha carta de emplazamiento mediante carta de 25 de julio de 2006.
- (20) Tras analizar la respuesta de España a la carta de emplazamiento, la Comisión siguió sosteniendo que los poderes especiales previstos por la ley española restringen indebidamente la libertad de circulación de capitales y el derecho de establecimiento y, en consecuencia, el 29 de septiembre de 2006 emitió un dictamen motivado. Habida cuenta de que las autoridades españolas no habían modificado el Real Decreto-Ley en cuestión, el 24 de enero de 2007 la Comisión decidió incoar un procedimiento contra a España ante el Tribunal de Justicia. La demanda fue presentada el 19 de abril de 2007 (asunto C-207/07).

IV. OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE ABSTENERSE DE APLICAR LA NORMATIVA NACIONAL EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

- (21) En virtud del artículo 21, apartado 2 del Reglamento Comunitario de Concentraciones, la Comisión tiene competencia exclusiva para adoptar las decisiones relativas a los efectos sobre la competencia de las concentraciones de dimensión comunitaria que se definen en el artículo 1, apartados 2 y 3 y en el artículo 3 de dicho Reglamento.
- (22) El artículo 21, apartado 3 establece que los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional de competencia a tales concentraciones. No obstante, los Estados miembros pueden adoptar medidas para prohibir, condicionar o comprometer de algún modo tales operaciones únicamente:
 - a) si las medidas de que se trate protegen intereses distintos de los contemplados por el Reglamento Comunitario de Concentraciones; y
 - b) si dichas medidas son necesarias y proporcionadas para la protección de intereses y compatibles con los principios generales u otras disposiciones del Derecho comunitario.

- (23) La seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales se consideran intereses legítimos. Las medidas que estén dirigidas realmente a proteger uno de dichos intereses y que sean claramente conformes a los principios de proporcionalidad y no discriminación, aunque puedan prohibir, condicionar o comprometer una concentración de dimensión comunitaria, pueden ser adoptadas y aplicadas sin previa comunicación a la Comisión ni aprobación de la misma.
- (24) Según el artículo 21, apartado 4, párrafo tercero del Reglamento Comunitario de Concentraciones, las medidas nacionales que puedan prohibir, condicionar o comprometer una concentración de dimensión comunitaria para la protección de cualquier otro interés deben ser comunicadas a la Comisión antes de su adopción. La Comisión debe entonces decidir si tales medidas son necesarias y proporcionadas para la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario y si no constituyen una infracción de los principios generales o de otros artículos de la legislación comunitaria, tales como una discriminación arbitraria o una restricción encubierta del derecho de establecimiento o de la libre circulación de capitales.
- (25) Para asegurar la eficacia del artículo 21, apartado 4, párrafo tercero del Reglamento Comunitario de Concentraciones, en relación con el artículo 10 del Tratado relativo a la obligación de cooperación leal, dicha párrafo debe aplicarse cuando existan dudas razonables sobre si las medidas nacionales, que puedan afectar y, en particular, prohibir, condicionar o comprometer una concentración de dimensión comunitaria, se dirigen realmente a proteger un interés legítimo o si se ajustan a los principios de proporcionalidad y no discriminación⁵.

V. RECIENTES MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

- (26) Las autoridades españolas han adoptado, con arreglo a las disposiciones del Real Decreto-Ley, las siguientes decisiones:
- a) El 26 de abril de 2007, la CNE adoptó una decisión autorizando a Enel, con determinadas condiciones, a incrementar su participación accionarial en Endesa por encima del 10% hasta una participación que no requiera el lanzamiento de una OPA con arreglo a la legislación española. Esta autorización fue solicitada por Enel el 1 de marzo de 2007 tras la adquisición de una participación, sin comportar adquisición de control, del 24,99% en Endesa. Dichas condiciones fueron objeto de un recurso de alzada de Endesa ante el Ministro el 28 de mayo de 2007.
- b) El 4 de julio de 2007, la CNE adoptó una decisión autorizando a Enel y a Acciona, con determinadas condiciones, a adquirir el control conjunto de

⁵ Véanse las Decisiones de la Comisión de 20 de julio de 1999 en el Asunto M.1616 – *BSCH/Champalimaud (medidas cautelares)*, considerandos 65 a 67, de 26 de septiembre de 2006 en el Asunto COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*, considerando 25 y de 20 de diciembre de 2006 en el Asunto COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*, considerando 27.

Endesa tras el lanzamiento de una OPA conjunta sobre la misma. Esta autorización había sido solicitada por las partes el 3 de mayo de 2007.

c) El 30 de agosto de 2007, y tras el recurso de alzada presentado por Endesa, el Ministro adoptó una resolución por la cual modificó determinadas condiciones impuestas por la CNE en su decisión del 26 de abril de 2007.

d) El 19 de octubre de 2007, y tras un recurso de alzada presentado por Enel y Acciona contra la decisión de la CNE de 4 de julio, el Ministro adoptó una decisión modificando algunas de las condiciones impuestas por la CNE en su decisión del 4 de julio.

VI. VALORACIÓN PRELIMINAR DE LA COMISIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES Y LA RESPUESTA DE ESPAÑA

- (27) El 21 de septiembre de 2007 la Comisión transmitió a las autoridades españolas su conclusión preliminar según la cual un número de condiciones impuestas por las decisiones de la CNE (incluyendo las modificaciones introducidas por la decisión del Ministro de 30 de agosto de 2007) eran incompatibles con el artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones ("la valoración preliminar de la Comisión").
- (28) El 22 de octubre de 2007 España contestó a la valoración preliminar de la Comisión ("la respuesta de las autoridades españolas").
- (29) Dado que las condiciones impuestas por la CNE sobre Enel en su decisión del 26 de abril se referían a la adquisición de una participación de Enel en Endesa que no comportaba una adquisición de control, la Comisión no ejerció ninguna acción fundamentándose en el artículo 21 ya que, en ese momento, no existía ninguna concentración de dimensión comunitaria.
- (30) La situación era diferente con respecto a la decisión de la CNE del 4 de julio de 2007 ya que las condiciones impuestas por esta decisión, detalladas en el considerando 35., se refieren a una transacción sobre la cual únicamente la Comisión tiene jurisdicción.
- (31) Sin embargo, dado que las condiciones impuestas por la decisión de la CNE del 26 de abril, y modificadas por el Ministro el 30 de agosto de 2007, se referían a la adquisición de una participación que no suponía una adquisición de control pero afectaban a la subsiguiente adquisición de control conjunto de Endesa por Enel, la Comisión consideró en su valoración preliminar que dichas condiciones también comprometían la realización de una concentración de dimensión comunitaria. Por lo tanto, la Comisión consideró en su valoración preliminar que ambas decisiones de la CNE, tanto la del 26 de abril (modificada por el Ministro), en cuanto que afectaba a la transacción subsiguiente, como la del 4 de julio, infringían el artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones.
- (32) Sin embargo, en la respuesta de las autoridades españolas se afirma que las decisiones de la CNE de 4 de julio y del Ministro de 19 de octubre han dejado sin efecto y han sustituido a las anteriores decisiones de la CNE y del Ministro

autorizando a Enel de forma condicional a incrementar su participación en Endesa hasta el 25%. Como consecuencia, las condiciones impuestas por tales decisiones, que fueron cuestionadas en la valoración preliminar de la Comisión, no tendrían ningún efecto.

- (33) Por tanto, el ámbito de la presente decisión se limita a la valoración de las condiciones impuestas por la decisión de la CNE del 4 de julio de 2007, modificadas por la decisión del Ministro de 19 de octubre de 2007.
- (34) Los argumentos adicionales aducidos por España en relación a la compatibilidad con la legislación comunitaria de cada una de las condiciones se analizan en las pertinentes secciones de la presente decisión.

VII. CONDICIONES IMPUESTAS POR LA CNE Y LAS MODIFICACIONES REALIZADAS POR EL MINISTRO DE ESPAÑA

- (35) Las condiciones impuestas por la decisión de la CNE del 4 de julio son las siguientes:

"UNO.- ACCIONA y ENEL mantendrán ENDESA S.A. como empresa autónoma, con plena responsabilidad operativa en el cumplimiento de su plan de negocio, y sociedad cabecera de su grupo, manteniendo su marca, así como su domicilio social, su órgano de administración y su centro efectivo de dirección y de decisión en España.

DOS.- ACCIONA y ENEL aportarán semestralmente a esta Comisión un informe detallado describiendo y, en su caso, justificando posibles operaciones o políticas financieras que impliquen alteraciones significativas en la situación patrimonial ENDESA, así como operaciones entre ENDESA y empresas controladas o participadas (con una participación directa o indirecta igual o superior al 20 por ciento) por el ACCIONA o por ENEL, tales como transferencias de recursos, bienes, derechos y/o contratos, que puedan afectar negativamente a la gestión autónoma de ENDESA, o a su solvencia operativa o financiera. La política de dividendos de ENDESA debe entenderse como afectada por esta condición. El primer informe se presentará antes de 90 días contados desde la toma de control de ENDESA.

Los solicitantes deberán mantener a ENDESA debidamente capitalizada. ENDESA deberá cumplir con un ratio de servicio de deuda expresado a través de la deuda financiera neta/EBITDA menor de 5,25, durante un periodo mínimo de cinco años desde la toma de control de ENDESA. Las solicitantes deberán informar a la CNE, con carácter trimestral, a partir de la toma de control de ENDESA, sobre la evolución del citado ratio. El primer informe se presentará antes de 60 días contados desde la toma de control de ENDESA y en él se detallarán las partidas concretas incluidas en el cálculo, para su validación por esta CNE.

TRES.- ACCIONA y ENEL asumirán y realizarán, a través del control que ejercen sobre ENDESA todas las inversiones en actividades reguladas de gas y electricidad, tanto de transporte como de distribución, así como las inversiones comprometidas por ENDESA en activos estratégicos de ambos sectores (según están definidos en la función decimocuarta de la Disposición Adicional

undécima, tercero, 1, de la Ley 34/1998), contempladas en: (1) los últimos planes de inversión anunciados por esta compañía para el periodo 2007-2011 relacionados en esta Resolución, (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.

Asimismo, ACCIONA y ENEL cumplirán los plazos de realización de las infraestructuras previstos en los documentos anteriormente mencionados.

La presente obligación se entiende sin perjuicio de la posible adaptación, debidamente justificada, de los planes de inversión de ENDESA a circunstancias excepcionales que pudieran darse en el sector, como alteraciones en la demanda energética o en las condiciones regulatorias.

Los recursos generados por ENDESA atenderán con carácter prioritario a la financiación y ejecución de los planes anteriores. Durante el periodo 2007-2012, las sociedades de ENDESA que desarrollen actividades reguladas o cuenten con activos estratégicos en España sólo podrán repartir dividendos cuando los recursos generados por ellas (definidos como flujo de caja o suma de beneficio neto del ejercicio y amortizaciones) sean suficientes para atender tanto sus compromisos de inversión, como el servicio de la deuda financiera y los correspondientes gastos financieros.

Para facilitar el control y seguimiento de los compromisos de inversión en distribución, ACCIONA y ENEL presentarán a la Comisión Nacional de Energía, en el plazo de tres meses desde la eventual toma de control de ENDESA, el citado plan de inversión en actividades reguladas en el que se detallen las inversiones en distribución por zonas o comarcas así como su programación temporal. Para el sector del gas, el plan de inversiones distinguirá entre instalaciones en alta y baja presión. En las inversiones en alta presión el plan incluirá el detalle de instalaciones concretas y precisará los activos que sean financiados por la propia empresa y aquéllos cuya financiación recaiga sobre los usuarios. Para el sector eléctrico, el plan de inversiones distinguirá entre instalaciones de alta y baja tensión. En las inversiones en alta tensión, el plan incluirá el detalle de instalaciones concretas y precisará los activos que sean financiados por la propia empresa y aquellos cuya financiación recaiga sobre los usuarios.

ACCIONA y ENEL remitirán anualmente a la Comisión Nacional de Energía, con anterioridad al 1 de abril de cada año, información sobre las inversiones efectivamente realizadas, desglosadas por Comunidades Autónomas, dando cuenta del grado de cumplimiento de los compromisos de inversión.

CUATRO.- Dadas las especiales características que presentan los activos nucleares en relación con la seguridad pública, ACCIONA y ENEL, en el ejercicio de su control sobre ENDESA, tendrán las siguientes obligaciones relacionadas con esta materia:

1. asumir y mantener las obligaciones y reglamentaciones vigentes sobre energía nuclear y, en concreto, el cumplimiento de todos aquellos

códigos y acuerdos con el resto de los socios en la gestión de centrales nucleares en relación con la seguridad y el aprovisionamiento de uranio;

2. mantener una unidad orgánica en ENDESA claramente identificada y auditable que tenga asignada la responsabilidad de esta empresa en lo que se refiera a la definición de políticas, al seguimiento y toma de decisiones relativos a la gestión de los activos nucleares, tanto en la central de Ascó I, como en las otras centrales de titularidad compartida con otras empresas. Esta unidad orgánica se configurará de tal forma que se asegure como mínimo el nivel actual de solvencia técnica y profesional de ENDESA en materia nuclear;
3. promover que ENDESA realice un informe anual que recoja en detalle las actividades del último año de ENDESA en materia nuclear, los planes de inversión para el siguiente año y las líneas estratégicas al menos para los siguientes cinco años. Este informe incluirá al menos información detallada sobre aspectos como la política estratégica en materia nuclear y de gestión, paradas e incidencias en las plantas, aprovisionamiento, mantenimientos, situación del gobierno corporativo en las sociedades que gobiernan las plantas de propiedad compartida, planes de formación, Recursos Humanos, Investigación, desarrollo, innovación, y cualquier aspecto adicional que afecte a cuestiones de seguridad. Asimismo el informe indicará qué actividades se realizan con recursos propios de ENDESA y cuáles con externos. Este informe se elevará al Consejo de Administración de ENDESA para su examen y aprobación, y posteriormente se enviará a la CNE.

CINCO.- ACCIONA y ENEL, durante un periodo de cinco años desde la adquisición de ENDESA, asegurarán que el consumo anual agregado de cada central propiedad de ENDESA que actualmente consume carbón nacional no sea inferior a las cantidades anuales agregadas previstas para consumo de dichas instalaciones en el Plan Nacional de la Minería del Carbón 2006-2012.

SEIS.- ACCIONA y ENEL preservarán, durante un periodo de cinco años desde la toma de control de ENDESA, las actuales sociedades gestoras de los activos de transporte, distribución y generación de los sistemas eléctricos insulares y extra peninsulares dentro del grupo ENDESA.

SIETE.- En relación a los contratos de aprovisionamiento de combustibles de ENDESA se observarán las siguientes obligaciones:

1. El centro de gestión y operación de todos los contratos de aprovisionamiento de combustibles de ENDESA se mantendrá con gestión autónoma e independiente como parte integrante de la estructura de ENDESA.
2. Se mantendrá la titularidad de ENDESA sobre los contratos actuales y futuros para cubrir la demanda de combustibles, aun cuando dichos contratos puedan negociarse de forma conjunta con otros contratos dentro de una cartera mayor. Además, salvo casos debidamente justificados, los contratos de ENDESA: (1) si la negociación se hiciera conjuntamente con la de otros contratos propios de las empresas solicitantes o de sus

participadas, no incluirán estipulaciones desfavorables en relación con la estructura y condiciones negociadas para los otros contratos de dicha cartera, sin perjuicio de posibles adaptaciones al funcionamiento de los mercados de destino; (2) no establecerán cláusulas que prevean circunstancias particulares para el caso de cambio de control de las partes; y (3) contemplarán, preferentemente, una relación directa contractual y de suministro con el proveedor, ajeno a las compañías solicitantes, con el que se negocie el contrato.

3. ACCIONA y ENEL deberán garantizar el aprovisionamiento de gas natural al mercado español, al menos, con las cantidades anuales previstas por ENDESA en sus planes 2007-2011. La presente obligación se entiende sin perjuicio de la posible adaptación, debidamente justificada, de los planes de ENDESA.
4. ACCIONA y ENEL promoverán que ENDESA elabore un informe anual sobre sus políticas de aprovisionamiento, con especial referencia a los aspectos relacionados con la seguridad de suministro y los aspectos mencionados en el punto 2 anterior. Dicho informe se elevará al Consejo de Administración de ENDESA para su examen y aprobación. Asimismo, será remitido a la CNE. A su vez, ENEL y ACCIONA elaborarán para cada una de ellas, y remitirán a la CNE, un informe equivalente de carácter complementario al anterior que atienda especialmente al tratamiento relativo que se dispense a ENDESA respecto al resto de compras de aprovisionamiento de las solicitantes. Los primeros informes se presentarán antes de 120 días contados desde la toma de control de ENDESA. Esta Comisión, cuando lo considere necesario, podrá requerirles aclaraciones o información adicional.

OCHO.- Con carácter anual, y, en todo caso, a petición de la CNE, ENEL presentará un informe detallado ante esta Comisión explicando su estrategia corporativa a corto, medio y largo plazo en aspectos que afecten al interés general o a la seguridad pública españoles. Tendrán la consideración de aspectos de la estrategia corporativa de ENEL –tanto en ENDESA como en la sociedad *holding* cuya constitución se prevé en el Acuerdo sobre acciones de ENDESA, suscrito con fecha 26 de marzo de 2007 entre ENEL y ACCIONA- que afectan a dichos intereses aquellos relativos a los activos estratégicos, actividades reguladas y otras actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, definidas en la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, tercero, 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre. El primer informe se presentará antes de 90 días contados desde la toma de control de ENDESA.

NUEVE.- Dentro de los diez días siguientes a la celebración de las Juntas de Accionistas o sesiones del Consejo de Administración de ENDESA S.A., ENEL 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 ya 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 y de ENDESA, S.A., ordenar motivadamente la revocación de cualquier acuerdo para cuya aprobación haya sido necesario el apoyo de los representantes de ENEL en cualquier fase del proceso de adopción del mismo, 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 del control y de los poderes especiales que ostenta el Gobierno de la República Italiana en el seno de ENEL.

DIEZ.- La CNE podrá proceder a la revocación de la presente autorización, incluida la revocación parcial consistente en una modificación de las condiciones, previa la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en los siguientes casos:

- En supuestos de especial gravedad para el interés general o la seguridad pública españoles derivados de los riesgos inherentes a la operación objeto de la presente autorización.
- En el caso de incumplimiento reiterado de la condición NUEVE anterior
- Si se afectasen de forma sustancial las características de ENDESA señaladas en la condición UNO anterior, o se alterase la estructura de control de ENDESA, en relación con la cual se han valorado los riesgos de la operación.
- Si se alterase de forma sustancial, mediante negocios jurídicos sobre cualesquiera activos de ENDESA, la configuración esencial de ésta.

ENEL ENERGY EUROPE, S.r.L. y ACCIONA, S.A. deberán facilitar a la CNE la información que permita valorar a la CNE la posible concurrencia de los dos últimos supuestos revocatorios anteriormente expuestos.

En los casos de revocación, iniciado el procedimiento, esta Comisión podrá acordar la suspensión provisional del ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las acciones de ENDESA, S.A. que hubieran sido adquiridas como consecuencia de las operaciones de adquisición objeto de la presente autorización por la sociedad o sociedades de que se trate.

En supuestos de revocación total de la autorización, ésta comportará la obligación de transmitir las acciones de ENDESA, S.A. que hubieran sido adquiridas como consecuencia de las operaciones de adquisición objeto de la presente autorización, en un plazo de seis meses, para lo cual deberán obtenerse las autorizaciones que resulten preceptivas. Durante ese tiempo, y hasta que se culmine la transmisión de las acciones de ENDESA, S.A., subsistirá la suspensión de los derechos de voto de las acciones de la compañía que estén pendientes de transmisión. En todo caso, el órgano de administración de ENDESA limitará su actuación a la gestión ordinaria de la compañía, absteniéndose de realizar o concertar cualquier operación que no sea propia de la actividad ordinaria de la empresa.

ONCE.- Las condiciones OCHO y NUEVE serán revisadas o, en su caso, quedarán sin efecto, cuando se verifique que se han suprimido las limitaciones de acceso al capital social de ENEL, así como los poderes especiales 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 efectivo de su gestión.

DOCE.- La CNE podrá dirigirse al Gobierno, a fin de que éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 101 de la Ley 34/1998 de 7 de octubre, y con el objeto de garantizar el suministro energético en las situaciones de emergencia relativas a la escasez o riesgo cierto en la prestación del mismo, así como en el supuesto de desabastecimiento de alguna o algunas fuentes de energía primaria, adopte las medidas descritas en las citadas disposiciones."

- (36) Como se ha indicado en el considerando 26, el 19 de octubre de 2007 el Ministro adoptó la decisión sobre el recurso de alzada interpuesto por Enel y Acciona contra la decisión de la CNE de 4 de julio. En dicha decisión el Ministro modificó parcialmente la decisión de la CNE.
- (37) La decisión del Ministro ha eliminado totalmente cinco condiciones, en concreto la siete, ocho, nueve, diez y once.
- (38) El Ministro ha modificado las condiciones dos, tres, cuatro y cinco. El texto de las condiciones modificadas es similar al de las condiciones impuestas por el Ministro en el año 2006 sobre E.ON y que fueron consideradas por la Comisión incompatibles con el Derecho comunitario en su decisión del 20 de diciembre de 2006. Las condiciones modificadas son las siguientes:

"DOS.- Las solicitantes deberán mantener a ENDESA debidamente capitalizada. A estos efectos, el Grupo ENDESA deberá cumplir con un ratio de servicio de la deuda expresado a través de la deuda financiera neta/EBITDA menor que 5,25, durante un periodo de tres años desde la toma de control de ENDESA. Las solicitantes deberán informar a la Comisión Nacional de Energía, con carácter trimestral, sobre la evolución del citado ratio.

TRES.- ACCIONA y ENEL asumirán y realizarán, a través del control que ejercen sobre ENDESA todas las inversiones en actividades reguladas de gas y electricidad, tanto de transporte como de distribución contempladas en: (1) los últimos planes de inversión anunciados por esta compañía para el periodo 2007-2011 relacionados en esta Resolución, (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.

La presente obligación se entiende sin perjuicio de la posible adaptación, debidamente justificada de los planes de inversión de ENDESA a las condiciones regulatorias en los términos normativamente previstos.

Durante el periodo 2007-2011, las sociedades de ENDESA que desarrollen actividades reguladas solo podrán repartir dividendos cuando los recursos generados por ellas (definidos como flujo de caja o suma de beneficio neto del

ejercicio y amortizaciones) sean suficientes para atender tanto sus compromisos de inversión, como la suma de la amortización de la deuda financiera prevista del ejercicio correspondiente.

CUATRO.- Dadas las especiales características que presentan los activos nucleares en relación con la seguridad pública, ACCIONA y ENEL, en el ejercicio del control de ENDESA, deberán asumir y mantener las obligaciones y reglamentaciones vigentes sobre energía nuclear y en concreto el cumplimiento de aquellos códigos y acuerdos con el resto de los socios en la gestión de las centrales nucleares en relación con la seguridad y el aprovisionamiento de uranio. A tales efectos ACCIONA y ENEL informarán anualmente a la CNE de cualquier incidencia que haya afectado a la producción.

CINCO.- ACCIONA y ENEL, durante un periodo de cinco años desde la adquisición de ENDESA asegurarán que el consumo anual agregado de cada central propiedad de ENDESA, que actualmente consume carbón nacional no sea inferior a las cantidades anuales agregadas previstas para consumo de dichas instalaciones en el Plan Nacional de la Minería 2006-2012, en la medida en que se mantengan las actuales condiciones y circunstancias."

- (39) Las condiciones uno y seis impuestas por la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007 no fueron incluidas en el recurso de alzada presentado por Enel y Acciona y por lo tanto no fueron modificadas por la decisión del Ministro.

VIII. COMPATIBILIDAD DE LAS NUEVAS MEDIDAS ADOPTADAS POR ESPAÑA CON EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

- (40) Como se ha indicado anteriormente, la decisión del Ministro ha modificado parcialmente la decisión de la CNE a) retirando algunas de las condiciones impuestas por la CNE, b) reduciendo la duración o el ámbito de algunas condiciones y c) clarificando los requisitos de ciertas condiciones.
- (41) En la presente decisión la Comisión únicamente valora la compatibilidad con el artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones de los requisitos impuestos sobre Enel y Acciona por la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007 a tenor de su modificación por la decisión del Ministro.
- (42) A este respecto, debe indicarse que la imposición de los requisitos contemplados en el considerando 41 hacen que una concentración de dimensión comunitaria, como la concentración Enel/Acciona/Endesa, esté sujeta a una serie de condiciones u obligaciones. En realidad estos requisitos se imponen en el marco del proceso de autorización establecido por el Real Decreto-Ley que específicamente se refiere a ciertas adquisiciones, incluyendo concentraciones, en sectores regulados. Además, el incumplimiento por parte de Enel y de Acciona de tales requisitos podría exponer a dichas empresas a acciones legales.
- (43) La Comisión hace hincapié en que el hecho de que la decisión del Ministro haya eliminado la posibilidad de revocación de la autorización condicional

como sanción en caso de que Enel y Acciona incumplan con las condiciones mencionadas, no priva a dichas condiciones de su carácter restrictivo. La imposición de obligaciones adicionales, que no estaban previstas por la legislación general española, incluso si no pueden causar la revocación de la autorización condicional dada a Enel y a Acciona, parecen en cualquier caso vincular a dichas empresas jurídicamente y podrían exponerlas, en caso de incumplimiento de tales condiciones, al riesgo de ser objeto de sanciones por parte de autoridades administrativas competentes o de autos judiciales de tribunales nacionales que entiendan en acciones civiles. En realidad, la Comisión considera que es posible y, en cualquier caso, no puede excluirse que, según la normativa española, la CNE o cualquier otra autoridad competente pueda ordenar a Enel y a Acciona el cumplimiento de las condiciones y tomar cualquier medida que considere apropiada para asegurar su cumplimiento. Además, es posible y, en cualquier caso, no puede excluirse que, en ciertas circunstancias, terceras partes o autoridades públicas interesadas puedan interponer acciones judiciales ante los tribunales nacionales para solicitar autos ordenando a Enel y a Acciona el cumplimiento de las condiciones.

- (44) Además, tales obligaciones podrían restringir libertades protegidas por la legislación comunitaria al crear un estado de inseguridad jurídica y al no poder determinar qué personas físicas o legales no cumplirán con obligaciones legales vinculantes impuestas por las autoridades públicas, aún cuando no se haya previsto un sistema específico de sanciones⁶.
- (45) Las decisiones de la CNE y del Ministro constituyen por tanto medidas adoptadas por un Estado Miembro a tenor del artículo 21, apartado 4, del Reglamento Comunitario de Concentraciones, las cuales, tal y como se explica en la valoración de tales medidas (véanse los considerandos 60 a 123), entorpecen de forma específica una concentración de dimensión comunitaria.
- (46) Además, la decisión de la CNE fue adoptada y entró en vigor sin previa comunicación a la Comisión ni autorización de ésta.
- (47) En su respuesta, las autoridades españolas indican que no han infringido la obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar la normativa nacional que impone el artículo 21, apartado 4, del Reglamento Comunitario de Concentraciones dado que las medidas adoptadas están destinadas a la protección de la seguridad de suministro, que es uno de los intereses legítimos reconocidos en el artículo 21, apartado 4, y por tanto no se precisaba la notificación y aprobación previas a su adopción por parte de la Comisión.
- (48) Sin embargo, en el momento de la adopción de la decisión de la CNE, las Decisiones de la Comisión de 26 de septiembre y 20 de diciembre de 2006, las cuales no fueron apeladas por España, y por tanto son ahora decisiones finales,

⁶ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia indica claramente que incluso cuando un Estado miembro a suprimido la aplicación de legislación nacional contraria al Derecho comunitario, el mantenimiento de tal legislación da lugar a un estado de ambigüedad al mantener, con respecto a aquellos sujetos a dicha ley que se ven afectados, un estado de incertidumbre con respecto a las posibilidades disponibles para ellos de referirse al Derecho comunitario. Tal incertidumbre constituye un obstáculo que es contrario a las libertades fundamentales establecidas por el Tratado (véase el Asunto 167-73 *Comisión c. Francia* [1974], considerandos 41 a 47)

sostenían firmemente que los requisitos impuestos a Enel y a Acciona por la CNE no estaban realmente dirigidos a proteger un interés legítimo y no cumplían con los principios de proporcionalidad y no discriminación ni con la legislación comunitaria (véase en los considerandos 60 a 123 el análisis sobre la compatibilidad de dichos requisitos). En estas circunstancias, el hecho de que España no notificara la decisión de la CNE implica en sí mismo una infracción de la obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar la normativa nacional de conformidad con el artículo 21, apartado 4, del Reglamento Comunitario de Concentraciones (véanse los considerandos 21 a 25).

- (49) La Comisión reitera que, a la luz del principio de supremacía del Derecho comunitario, España no puede basarse en lagunas de su propio ordenamiento jurídico o, en cualquier caso, en cuestiones relativas a su organización administrativa para justificar la violación de la obligación de comunicación de conformidad con el apartado 4 del artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones. Además, los Estados miembros son efectivamente responsables de las infracciones del Derecho comunitario con independencia de la autoridad nacional que haya cometido la infracción⁷. Por otro lado, es útil recordar que, según reiterada jurisprudencia, la obligación de aplicar el Derecho comunitario, incluso si entra en conflicto con el Derecho nacional, vincula a las autoridades administrativas tanto como a los tribunales⁸.
- (50) Las medidas contempladas en el considerando 45, por tanto, deben ser comunicadas a la Comisión y aprobadas por la misma, en virtud del artículo 21, apartado 4, del Reglamento Comunitario de Concentraciones. Al no hacerlo, en el presente caso la no comunicación de la decisión de la CNE, las autoridades españolas incumplieron con la obligación de comunicación y no actuación prevista en dicho artículo.
- (51) La infracción de la obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar la normativa nacional no impide sin embargo a la Comisión ejercer su poder de examinar de conformidad con el artículo 21, apartado 4, del Reglamento Comunitario de Concentraciones los requisitos impuestos a Enel, Acciona y Endesa con el fin de establecer si son necesarios y proporcionados para la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario y no constituyen una infracción de los principios generales o de otros artículos de la

⁷ Véase por analogía el Asunto C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo*, en el que el Tribunal de Justicia mantuvo que "el principio según el cual un Estado miembro está obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento" (considerando 30). En el mismo sentido, véanse también, por ejemplo Asunto C- 224/01 *Köbler* Rec. 2003, p. I-10239, considerando 31, y Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur y Factortame* Rec. 1996, p. I-1029, considerandos 33 y 34.

⁸ Véanse Asunto 106/77 *Simmenthal* Rec. 1978, p. 629, considerandos 17 a 21; Asunto *Casp* 103/88, *Fratelli Costanzo*, Rec. 1989, p. 1839, considerandos 30 a 33; Asunto C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi*, Rec. 2003, p. I-8055, considerando 49. En estos casos, el Tribunal de Justicia concluyó que las autoridades administrativas nacionales tienen que abstenerse de aplicar la legislación nacional incompatible con las disposiciones del Tratado directamente aplicables, incluso si tales autoridades no pueden plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con base en el artículo 234 del Tratado.

legislación comunitaria⁹. La Comisión tiene derecho de examinar los requisitos impuestos a Enel, Acciona y Endesa a tenor de su modificación por la decisión del Ministro, dado que ésta no introduce nuevos elementos que no hayan sido ya analizados por la valoración preliminar de la Comisión de 21 de septiembre de 2007, y, al modificar ciertas condiciones, el resultado es únicamente la restricción de su ámbito de aplicación.

- (52) En este contexto, debe señalarse, en opinión de la Comisión, que la base jurídica sobre la que han sido adoptadas tanto la decisión de la CNE como la decisión del Ministro – es decir, el Real Decreto-Ley, es contraria a los artículos 43 y 56 del Tratado (véanse los considerandos 18 a 20).
- (53) La Comisión considera que el hecho de someter una operación transfronteriza, como la concentración Enel/Acciona/Endesa, a un número de requisitos que limitan la libertad económica de las empresas afectadas por la concentración, representa una restricción a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.
- (54) A este respecto, debe recordarse que, para restringir las libertades previstas en los artículos 43 y 56 del Tratado, es suficiente que las medidas nacionales creen obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, sin ser necesario que tales medidas impidan completamente el ejercicio de dichas libertades fundamentales. En realidad, según reiterada jurisprudencia, la restricción de la libertad de establecimiento está prohibida por el artículo 52 [en la actualidad el 43] del Tratado incluso si la misma es de ámbito limitado o de escasa importancia¹⁰.
- (55) Debe también hacerse hincapié en que el hecho de que Enel y Acciona no hayan presentado un recurso de alzada contra las condiciones uno y seis impuestas por la decisión de la CNE. Aún cuando esas empresas hubiesen tácita o explícitamente aceptado tales condiciones, eso no impediría a la Comisión ejercer su poder de examinar la compatibilidad de los requisitos con el Derecho comunitario. En realidad, la Comisión no puede verse limitada por las declaraciones o estrategias de Enel o de Acciona, que podrían estar influenciadas por un gran número de elementos subjetivos y consideraciones comerciales no relevantes desde la perspectiva del Derecho comunitario.
- (56) Teniendo en cuenta que, según las autoridades españolas, la mayoría de los requisitos se fundamentan en aras de la seguridad pública, como por ejemplo la seguridad del suministro energético, resulta útil, antes de valorar específicamente dichos requisitos, examinar brevemente la noción de seguridad pública a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

⁹ Véase el caso C-42/01 *Portugal c. Comisión*, Rec2004, p. I-6079

¹⁰ Véase el Asunto C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, Rec. 2004, p. I-2409, considerando 43. Véase también el Asunto C-49/89 *Corsica Ferries France*, Rec.1989, p. 4441, donde se indica que los artículos del Tratado de la CEE referentes a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales son artículos Comunitarios fundamentales y cualquier restricción, incluso menor, de tales libertades está prohibida (considerando 8).

EL CONCEPTO DE SEGURIDAD PÚBLICA

- (57) Para la valoración del presente caso debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, las exigencias impuestas por la seguridad pública deben, en tanto que excepción a los principios fundamentales de libre circulación de capitales y libertad de establecimiento, interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones comunitarias. Por tanto, la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad¹¹.
- (58) Con referencia específica al sector de la energía, el Tribunal de Justicia señala que las medidas necesarias para garantizar el abastecimiento energético mínimo en caso de crisis pueden considerarse vinculadas a la seguridad pública¹². En general, la normativa apropiada de aplicación general y las medidas que permitan una adecuada reacción específica por parte de las autoridades públicas para prevenir una amenaza concreta de la seguridad pública, serán suficientes para garantizar este interés y si tales medidas son proporcionadas y no discriminatorias serán menos restrictivas que la imposición de condiciones previas a la adquisición de una empresa determinada¹³. La normativa comunitaria reconoce la legitimidad de medidas semejantes en el artículo 3, apartado 2 de la Directiva (CE) n° 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva (CE) n° 96/92/CE¹⁴ y en el artículo 3, apartado 2 de la Directiva (CE) n° 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas y por la que se deroga la Directiva (CE) n° 98/30/CE¹⁵. Esta normativa determina en qué condiciones los Estados miembros pueden imponer obligaciones derivadas del principio de servicio público a fin de salvaguardar la seguridad pública en el sector de la energía¹⁶.

¹¹ Véanse Asunto C-503/99 *Comisión c. Bélgica* Rec. 2002, p. I-4809, considerando 47; Asunto C-483/99 *Comisión c. Francia*, Rec. 2002, p. I-4781, considerando 48 y Asunto C-463/00 *Comisión c. España* Rec. 2003, p. I-4581, considerando 72.

¹² Véanse Asunto C-503/99 *Comisión c. Bélgica* Rec. 2002, p. I-4809, considerandos 46 y 48 y Asunto C-463/00 *Comisión c. España* Rec. 2003, p. I-4581, considerandos 71 y 73. Véase también el Asunto 72/83 *Campus Oil* Rec. 1984, p. 2727, considerandos 34 y siguientes.

¹³ Ello puede deducirse del Asunto C-503/99 *Comisión c. Bélgica* Rec. 2002, p. I-4809, considerando 49.

¹⁴ DO L 176 de 15.7.2003, p. 37. Directiva modificada por la Directiva 2004/85/CE del Consejo (DO L 236 de 7.7.2004, p. 10).

¹⁵ DO L 176 de 15.7.2003, p. 57. Directiva modificada por la Directiva 2004/85/CE del Consejo (DO L 236 de 7.7.2004, p. 10).

¹⁶ El apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE dispone que “[...] los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad [...] Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red”.

Además, la legislación comunitaria ha establecido un marco común en el que los Estados miembros deben definir políticas de seguridad de suministro generales, transparentes y no discriminatorias, compatibles con las exigencias de un mercado interior del gas competitivo, tal como se dispone en la Directiva (CE) n° 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural¹⁷. Esta normativa establece, asimismo, el marco en que los Estados miembros deben definir políticas de seguridad del suministro eléctrico que sean generales, estables y no discriminatorias, compatibles con las exigencias de un mercado interior de la electricidad competitivo, tal como se dispone en la Directiva (CE) n° 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura¹⁸.

- (59) Como ya aclaró en sus decisiones previas de 26 de septiembre y de 20 de diciembre de 2006, la Comisión considera que los requisitos impuestos a Enel y a Acciona deben ser examinados a la luz de esta interpretación estricta del concepto de seguridad pública y del Derecho comunitario pertinente.

VALORACIÓN DE LAS MEDIDAS IMPUESTAS POR LA CNE

Requisito relativo a la marca y al gobierno corporativo (condición uno)

- (60) En la condición uno la CNE requiere a Enel y a Acciona:
- a) que se mantenga a Endesa como empresa autónoma, con plena responsabilidad operativa de su plan de negocio;
 - b) que se mantenga a Endesa como sociedad cabecera de su grupo;
 - c) que se mantengan el domicilio social, el órgano de administración y el centro efectivo de dirección y de decisión de Endesa en España;
 - d) que se mantenga la marca Endesa.
- (61) En su anterior decisión de 26 de septiembre, la Comisión consideró que requisitos similares referentes al gobierno corporativo contenidos en la primera decisión de la CNE limitaban de forma significativa la libertad de E.ON para determinar la estructura de su grupo tras la adquisición de control de Endesa y que, por tanto, representaban una restricción de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales. El mismo razonamiento es válido en la presente Decisión para los requisitos impuestos a Enel y Acciona.
- (62) A este respecto, es necesario recordar que, según la jurisprudencia comunitaria, “el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad

¹⁷ DO L 127 de 29.4.2004, p. 92.

¹⁸ DO L 33 de 4.2.2006, p. 22.

económica en dicho Estado, haciendo posible la participación efectiva de los operadores económicos interesados en la vida económica del referido Estado miembro, en las mismas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales. Las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. Constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE”¹⁹.

- (63) Además, para vulnerar los artículos 43 y 56 del Tratado, es suficiente que las medidas nacionales creen obstáculos al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales, sin que sea necesario que tales medidas impidan completamente el ejercicio de las libertades fundamentales. A este respecto, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, “incluso una restricción a la libertad de establecimiento de escaso alcance o de poca importancia está prohibida por el artículo 52 (en la actualidad el artículo 43) del Tratado”²⁰.
- (64) Al limitar la libertad de Enel y de Acciona para reorganizar Endesa tras la adquisición de su control conjunto, los requisitos en cuestión limitan claramente la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento de Enel y de Acciona.
- (65) En su respuesta de 22 de octubre de 2007, las autoridades españolas han dado sin embargo una interpretación diferente del texto de la condición uno. En concreto, las autoridades españolas indican que el objetivo de la condición uno no es prohibir la reorganización del grupo Endesa, sino simplemente recordar que cualquier reorganización, tanto si es llevada a cabo en forma de venta de activos de Endesa o en forma de una verdadera fusión, debe estar sujeta al ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley y, por tanto, ser autorizada por la CNE.
- (66) A este respecto, debe recordarse que esta interpretación no puede ser compatible con la formulación real del texto de la condición. Además, incluso aceptando la interpretación propuesta por las autoridades españolas, esta condición todavía plantea dudas respecto a su compatibilidad con el Derecho comunitario, ya que impone a Enel y a Acciona una obligación, la obligación de solicitar la autorización de la CNE, basada, según las autoridades españolas, en una ley (el Real Decreto-Ley) que ya ha sido atacada por la Comisión por su incompatibilidad con los artículos 43 y 56 del Tratado. Aún cuando la interpretación de las autoridades españolas resultase ser correcta, no habría

¹⁹ Véase Asunto C-411/03 *SEVIC Systems* Rec. 2005, p. I-10805, considerandos 18 y 19.

²⁰ Véase Asunto C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* Rec. 2004, p. I-2409, considerando 43. Véase también el Asunto C-49/89 *Corsica Ferries France* Rec. 1989, p. 4441, donde se dice que “los artículos del Tratado CEE relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen disposiciones fundamentales para la Comunidad, por lo cual está prohibido cualquier obstáculo a esta libertad, aun de importancia menor” (considerando 8).

necesidad de que la condición uno existiese, ya que en cualquier caso las partes estarían sujetas a los términos del Real Decreto-Ley.

- (67) La interpretación dada por las autoridades españolas no es convincente. No está claro, por ejemplo, por qué las partes estarían obligadas con arreglo al Real Decreto-Ley a solicitar una nueva autorización de la CNE en caso de llevar a cabo una reorganización interna cuando la CNE ya ha aprobado, aunque sea de forma condicional, la adquisición de Endesa por parte de Enel y de Acciona. Esto parecería también implicar que Endesa debería solicitar una autorización a la CNE con arreglo al Real Decreto-Ley si cambiase su sede, la estructura de su organización o su marca, aún cuando permaneciese como un grupo totalmente independiente. No es de ninguna manera evidente que esta situación esté prevista por el Real Decreto-Ley.
- (68) Una vez sentada la existencia de una restricción al derecho de establecimiento de Enel y de Acciona y a la libre circulación de capitales, debe hacerse hincapié en que tal restricción no es necesaria ni proporcionada para la protección de un interés general legítimo y no cumple con el principio de no discriminación.
- (69) La CNE justifica dicha condición en base a lo que se define como la posición estratégica de Endesa en el mercado español de la energía y los riesgos o efectos negativos que la transformación de Endesa en una empresa controlada conjuntamente por un grupo internacional (Enel) podrían acarrear al interés general de España en el ámbito de la seguridad de suministro. En concreto, la CNE se refiere al riesgo de que las políticas del nuevo grupo puedan redistribuir recursos e ingresos inicialmente asignados a los activos regulados de Endesa para realizar subsidios cruzados a otras actividades internas del grupo.
- (70) La CNE indica en su decisión que el principal riesgo lo constituye el que las políticas de inversiones de Endesa estén guiadas por criterios no estrictamente relacionados con la actividad empresarial. Según la CNE, este riesgo se derivaría de la naturaleza pública de Enel, que está controlada por el Estado italiano. Según la CNE, hay dos factores que podrían reforzar la influencia de Enel sobre Endesa. En primer lugar, hay un riesgo de que Acciona pudiera estar menos involucrada en la gestión de Endesa una vez que los activos de energías renovables hayan sido transferidos al control único de Acciona. En segundo lugar, según la CNE, el acuerdo entre Enel y Acciona se caracteriza por un alto grado de inestabilidad, cuyo principal propósito parece ser el asegurar que Enel y Acciona encuentren soluciones aceptables en caso de desacuerdo y no efectivamente el de superar situaciones difíciles relacionadas con la gestión de la compañía.
- (71) A este respecto, la Comisión considera que la posición de las autoridades españolas según la cual el nuevo grupo podría no respetar las obligaciones derivadas de la normativa sobre activos regulados o en general podría no dedicar los recursos necesarios para la gestión eficiente de dichos activos carece totalmente de motivación. La opinión de la Comisión es que el mero hecho de que Enel sea considerada por la CNE como una compañía de naturaleza pública no es suficiente para considerar que el cumplimiento por su

parte de las obligaciones de inversión de Endesa es menos probable²¹. De igual forma, la decisión de la CNE no ofrece ninguna explicación respecto a por qué los riesgos mencionados anteriormente desaparecerían, (o se reducirían, si Enel y Acciona cumplieren con los requisitos establecidos por la condición uno.

- (72) Debe igualmente tenerse en cuenta que los poderes de supervisión y regulación de la CNE así como los de otras autoridades competentes, tales como el Consejo de Seguridad Nuclear (“CSN”), no se verían afectados por una posible fusión o reorganización de Endesa o por la posible transferencia del domicilio social y del consejo de administración de Endesa fuera de España. Las autoridades españolas continuarían ejerciendo su control conforme a la normativa aplicable sobre uno de los principales operadores activos en el mercado español, y en particular sobre la gestión y el desarrollo de las actividades reguladas y de los activos en España.
- (73) El alcance del control depende de la naturaleza de los activos en cuestión. El Derecho comunitario, y en particular la Directiva (CE) n° 2003/54/CE y la Directiva (CE) n° 2003/55/CE prevén que el regulador nacional de energía ejerza una supervisión sobre todos los activos de transporte y distribución (artículo 21 de la Directiva (CE) n° 2003/54/CE y artículo 25 de la Directiva (CE) n° 2003/55/CE). Adicionalmente, los Estados miembros pueden conceder poderes de supervisión a los reguladores nacionales de energía con respecto a procedimientos de licitación para nueva capacidad de generación de electricidad (artículo 7 de la Directiva (CE) n° 2003/54/CE) y con respecto a autorizaciones para la construcción de nuevos gasoductos (artículo 4 de la Directiva (CE) n° 2003/55/CE). Además, el Tratado Euratom, el Reglamento (Euratom) n° 302/2005 relativo a la aplicación del control de seguridad de Euratom²² y el Plan de Acción para la Seguridad Nuclear establecen un marco para la supervisión ejercida por el CSN o por la Dirección de Seguridad de la Comisión..
- (74) Además de estas tareas de las autoridades nacionales reguladoras y de supervisión, derivadas de los Tratados CE y Euratom, los Estados miembros pueden otorgar poderes adicionales siempre que dichos poderes no infrinjan la normativa CE o Euratom, y en particular las Directivas (CE) n° 2003/54/CE y (CE) n° 2003/55/CE, y el Reglamento (Euratom) n° 302/2005. España ha otorgado tales poderes adicionales a sus autoridades, en particular con respecto al mercado regulado de la electricidad.
- (75) La condición uno impuesta por la CNE sobre Enel y Acciona va sin embargo mucho más allá de los poderes de supervisión de los que goza la CNE. Dicha condición parece en efecto tener un carácter discriminatorio, porque la CNE no tendría el poder de imponer requisitos similares como regulador energético a operadores energéticos fuera de los casos de adquisición de activos regulados sometidos a su control.

²¹ Véase Asunto C-174/04 *Comisión c. Italia* [2005], considerando 32 "... las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales no hacen ninguna distinción entre empresas privadas y públicas..."

²² DO L 54 de 28.2.2005, p. 1.

- (76) Ante la ausencia de cualquier justificación objetiva para imponer los requisitos corporativos establecidos por la decisión de la CNE, parece que dichos requisitos están encaminados simplemente a asegurar, por razones de política económica, que la sede social de Endesa y su centro de toma de decisiones permanezcan dentro del territorio español y no sean transferidos a otro Estado miembro. Tales requisitos, por tanto, constituyen un medio de discriminación arbitraria o de restricción encubierta a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.
- (77) Con respecto a la obligación de mantener la marca de Endesa, la respuesta de las autoridades españolas indica que, una vez que la reorganización de Endesa hubiese sido aprobada por la CNE, todas las obligaciones accesorias impuestas sobre Endesa por la condición uno desaparecerían. Sin embargo, la opinión de la Comisión es que el actual texto de la condición uno establece la obligación de que Enel y Acciona mantengan la marca Endesa.
- (78) Además, el requisito del considerando 77 limita significativamente la libertad de Enel y de Acciona de decidir sobre sus estrategias de negocio tras la adquisición de control de Endesa. De hecho, las decisiones relativas al uso de marcas pueden ser una parte importante de las estrategias, particularmente tras la concentración. Por tanto, la imposición de este requisito representa una restricción al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales²³. Si la condición debiera ser de hecho interpretada tal y como sugieren las autoridades españolas, la CNE sería como mínimo responsable de crear una importante inseguridad jurídica respecto a los derechos de las partes habida cuenta de la redacción de la condición.
- (79) La Comisión considera además que la restricción no es necesaria ni proporcionada para la protección de un interés general. La Comisión no entiende qué interés general podría ser protegido por el mantenimiento de la marca de Endesa durante cinco años, y menos aún cuando ni en la propia decisión de la CNE ni en la respuesta de las autoridades españolas se proporciona ninguna indicación al respecto

Requisitos financieros y de inversión (condiciones dos y tres)

²³ En este sentido, debe recordarse que, para restringir las libertades establecidas en los artículos 43 y 56 del Tratado, es suficiente que las medidas nacionales creen obstáculos al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales, sin que sea necesario que tales medidas impidan completamente el ejercicio de estas libertades fundamentales. A este respecto, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, “incluso una restricción a la libertad de establecimiento de escaso alcance o de poca importancia está prohibida por el artículo 52 (actual 43) del Tratado. Véase Asunto C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* Rec. 2004, p. I-2409, considerando 43. Véase también el Asunto C-49/89 *Corsica Ferries France* Rec. 1989, p. 4441, donde se dice que “los artículos del Tratado CEE relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen disposiciones fundamentales para la Comunidad, por lo cual está prohibido cualquier obstáculo a esta libertad, aun de importancia menor” (considerando 8). Véase también los casos conjuntos C-282/04 y C-283/04, *Comisión c. Holanda*, todavía no publicado, considerandos 21 y 23, estableciendo que medidas que puedan impedir a inversores de otros Estados miembros invertir en ciertas compañías podría constituir una violación de la libre circulación de capitales establecida en el artículo 56, párrafo primero del Tratado.

- (80) La condición dos impuesta por la CNE obliga a Enel y a Acciona a informar semestralmente a la CNE acerca de las operaciones que impliquen cambios significativos en la situación patrimonial de Endesa así como de las operaciones entre Endesa y otras empresas controladas tanto por Enel como por Acciona que puedan tener un impacto en la situación financiera de Endesa. La CNE también deberá ser informada de la política de distribución de dividendos. Enel y Acciona tienen además la obligación de mantener Endesa debidamente capitalizada manteniendo su coeficiente de deuda neta financiera/EBITDA por debajo de 5,25 durante cinco años.
- (81) La condición dos, modificada por el Ministro, únicamente impone a Enel y a Acciona la obligación de mantener Endesa debidamente capitalizada limitando su coeficiente de deuda neta financiera/EBITDA por debajo de 5,25 durante tres años.
- (82) A petición de las partes, la decisión del Ministro clarificó que la obligación contemplada en el considerando 81, se impone sobre la totalidad del grupo Endesa, y no únicamente sobre los activos regulados. En opinión de las autoridades españolas resulta más favorable para Enel y Acciona ya que será más fácil cumplir con la obligación con la totalidad del grupo que con las actividades reguladas únicamente.
- (83) En anteriores decisiones con arreglo al artículo 21 la imposición de requisitos financieros similares ha sido considerada por la Comisión contraria a la normativa comunitaria, al crear un obstáculo a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento que no es necesario ni proporcionado para la protección del mencionado interés general de asegurar la seguridad pública y la seguridad de suministro energético, y da lugar a un trato discriminatorio.
- (84) La Comisión recuerda que en su Decisión del 26 de septiembre de 2006 indicó que "En contra de lo que la respuesta de España parece implicar, el hecho de que esta condición cree un obstáculo a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento pero no pueda impedir completamente el ejercicio de estas libertades por E.ON, no modifica el análisis de los presentes requisitos bajo los artículos 43 y 56 del Tratado..."
- (85) En este contexto, está claro que la imposición del requisito financiero limita de forma significativa la libertad económica de Enel y de Acciona tras la adquisición del control sobre Endesa, creando un obstáculo al ejercicio de los derechos previstos por las reglas comunitarias relativas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento²⁴.
- (86) La Comisión considera que, el requisito financiero tiene un carácter discriminatorio ya que obliga a Enel y a Acciona a mantener en Endesa un determinado coeficiente de servicio de la deuda cuando a) con anterioridad a la operación notificada, Endesa no estaba sujeta a ninguna obligación similar, y b) la CNE no tendría el poder de imponer tales obligaciones a operadores

²⁴ Véanse Asuntos C-367/98, *Comisión c. Portugal*, Rec. 2002, p. I-4731; C-483/99, *Comisión c. Francia*, Rec. 2002, p. I-4781; C-503/99, *Comisión c. Bélgica*, Rec. 2002, p. I-4809; C-463/00, *Comisión c. España*, Rec. 2003, p. I-4581; C-98/01, *Comisión c. Reino Unido*, Rec. 2003, p. I-4641.

energéticos fuera del caso de adquisición de activos regulados (véase el considerando 73).

- (87) La Comisión consideró en su valoración preliminar que ese tratamiento discriminatorio no está justificado.
- (88) En su respuesta las autoridades españolas explican que tales medidas, aun dando lugar a un tratamiento diferenciado con respecto a otras empresas del sector, no son discriminatorias, si bien imponen obligaciones adicionales a Enel y a Acciona a las cuales Endesa no estaba sometida con anterioridad, ya que se justifican por el cambio de control de Endesa, el cual podría tener un impacto significativo sobre su situación financiera.
- (89) En efecto, según la decisión de la CNE, las razones para imponer el requisito financiero son a) la necesidad de evitar que Enel y Acciona emprendan una política de distribución de dividendos demasiado generosa con el fin de compensar, a través de los flujos de caja generados por Endesa, la substancial exposición a la deuda en la que ambas compañías han de incurrir para financiar la OPA conjunta sobre Endesa y b) las cláusulas del acuerdo entre Enel y Acciona, las cuales no parecen asegurar un gobierno estable de Endesa en el futuro.
- (90) A este respecto la Comisión observa que tanto Enel como Acciona han declarado a la CNE que la gestión financiera de Endesa estará separada de las empresas matrices.
- (91) La Comisión observa que la decisión de la CNE no ofrece ninguna evidencia que corrobore que los dividendos de Endesa constituyan la principal (si no la única) manera, tanto para Enel como para Acciona, de hacer frente a su exposición a la deuda, ni de que ambas compañías no sean capaces de encontrar dentro de sus respectivos grupos los recursos financieros necesarios.
- (92) La Comisión considera que, aun cuando las preocupaciones expresadas por la CNE no resultasen estar completamente injustificadas, la condición dos, a tenor de su modificación por el Ministro, aun parece ser discriminatoria. Efectivamente, dado que la razón para imponer dichas condiciones es asegurar que la situación financiera de una empresa presente en el sector eléctrico sea lo suficientemente sólida como para asegurar que las inversiones necesarias en los activos regulados sean llevadas a cabo, es difícil comprender porqué la condición se aplica únicamente a Endesa y no a todas las empresas presentes en el sector energético español. De hecho, empresas españolas que actualmente tengan un coeficiente de deuda neta financiera /EBITDA por debajo de 5,25 podrían ver empeorar tal coeficiente, incluso por encima del umbral de 5,25. Eso podría ocurrir por razones diferentes a la de una adquisición, tales como la realización de otro tipo de inversiones en otros países o por la política de distribución de dividendos, las cuales, sin embargo, no estarían sujetas a examen por parte de la CNE y, por tanto, no cumplirían con este tipo de condición.

- (93) La condición tres obliga a Enel y a Acciona a realizar, dentro de los plazos ya previstos antes de la operación, las inversiones comprometidas²⁵ en las infraestructuras de gas y electricidad consideradas como "activos regulados" y como "activos estratégicos" (tal y como se definen en la Función 14, Disposición Adicional 11, 3, Ley 34/1998) y a informar a la CNE sobre el estado de dichas inversiones, así como a limitar la distribución de dividendos de tal forma que los ingresos de Endesa se dediquen de forma prioritaria a dichas inversiones.
- (94) La condición tres fue modificada por la decisión del Ministro para limitar únicamente a las actividades reguladas las obligaciones de Enel y Acciona ,a través de su control sobre Endesa, respecto de a) la realización de las inversiones comprometidas en las infraestructuras de gas y electricidad y de b) no proceder al reparto de dividendos en caso de que los flujos de caja generados no sean suficientes para atender tanto las inversiones como la amortización de la deuda financiera. Además, la condición de control y supervisión por parte de la CNE se ha eliminado.
- (95) Sin embargo la Comisión considera, como ya ha indicado en su valoración preliminar (véanse los considerandos 67, 70 y 71), que la limitación sobre la distribución de dividendos dirigida a asegurar que los ingresos de Endesa se dediquen de forma prioritaria a realizar ciertas inversiones, crea un obstáculo al ejercicio de los derechos establecidos en el Tratado sobre la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento y tiene, al mismo tiempo, un carácter discriminatorio dado que dicha limitación no se impone a otras empresas energéticas que también cuentan con activos regulados.
- (96) Dado que la decisión del Ministro únicamente elimina la obligación de realizar las inversiones previstas en los activos no regulados, definidos previamente como activos estratégicos, pero no la limitación impuesta sobre la política de dividendos de Endesa tras la transacción, la Comisión considera esta condición, a tenor de su modificación por el Ministro, incompatible con la legislación comunitaria.

Centrales nucleares (condición cuatro)

- (97) La condición cuatro, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro, simplemente reitera las obligaciones que Enel y Acciona ya tienen con arreglo a otras normas vigentes. A este respecto, la respuesta de las autoridades españolas ha aclarado que esta condición, modificada por la decisión del Ministro, no impone ni a Enel ni a Acciona obligación adicional alguna que no estuviera ya prevista por la normativa general española.

²⁵ Comprendiendo los últimos planes de inversión anunciados por Endesa para el periodo 2007-2011 y aquellas inversiones incluidas en a) el informe "*Planificación de los sectores de gas y electricidad. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2012*" aprobados por el Consejo de Ministros y b) el informe "*Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura*", publicado por la CNE.

- (98) Sobre la base de esta aclaración, dado que la condición modificada no impone ninguna obligación adicional a las partes, y en el mismo sentido que la decisión de 20 de diciembre de 2006, la Comisión ya no examinará esa condición.

Consumo de carbón nacional (condición cinco)

- (99) En la condición cinco, a tenor de su modificación por el Ministro, se obliga a Enel y a Acciona a mantener en los activos de generación de Endesa que actualmente consumen carbón nacional, un consumo de carbón no inferior a las cantidades anuales previstas para dichos activos en el Plan Nacional de Minería 2006-2012, en la medida en que se mantengan las actuales condiciones y circunstancias.
- (100) Las autoridades españolas indican en su respuesta que tal condición no impone ninguna obligación adicional sobre Enel, Acciona o Endesa, dado que simplemente reitera la obligación de consumir las cantidades de carbón ya indicadas en el plan de minería y que tras la decisión del Ministro la obligación sólo se aplica en la medida en que se mantengan las actuales condiciones y circunstancias y que, en cualquier caso, la condición se justifica por la necesidad de mantener la seguridad del suministro nacional. La Comisión observa que, tal y como la misma decisión del Ministro reconoce²⁶, el plan de minería no contiene ninguna obligación para las empresas de consumir cantidades fijas de carbón, sino que simplemente establece incentivos para que dichas empresas mantengan su consumo de carbón a un nivel determinado.
- (101) Parece por tanto que esta condición impone a Enel y a Acciona una obligación adicional y que, aun cuando la autorización condicional concedida no pueda ser revocada en caso de infracción de la misma, la imposición de esta obligación adicional no prevista por la normativa general española parece en cualquier caso vincular jurídicamente a dichas empresas y podría exponerlas, en caso de incumplimiento, a sanciones o autos por parte de autoridades administrativas competentes o a órdenes judiciales por parte de los tribunales nacionales en el marco de acciones civiles o administrativas coercitivas (véanse los considerandos 42, 43 y 44).
- (102) La Comisión ha considerado en decisiones previas con arreglo al artículo 21 que un requisito idéntico limitaba significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre Endesa. En concreto, dicha condición parece ser incompatible con la normativa comunitaria sobre libre circulación de mercancías. La Comisión considera que esta conclusión sigue siendo válida, incluso teniendo en cuenta la modificación introducida por la decisión del

²⁶ Véase la decisión del Ministro de 19 de octubre de 2007: "A ello hay que añadir que , no habiendo obligaciones expresas de adquisición de carbón autóctono por parte de las empresas productoras de electricidad , en cuanto se ha optado por un sistema liberalizado, basado en incentivos, el cumplimiento del objetivo legítimo estatal de elección de las fuentes de energía autóctona , inscrita en su propia política nacional de abastecimiento energético, puede verse en peligro si los intereses de de la empresa adquirente se desvinculan de un conjunto de compromisos tácitos con la administración".

Ministro²⁷, dado que la obligación de utilizar carbón nacional no se ha eliminado.

- (103) La obligación de Endesa de adquirir carbón nacional no se justifica por razones de interés general ni cumple con los principios de proporcionalidad y no discriminación.
- (104) La Comisión tomó nota en su anterior decisión de 20 de diciembre de 2006 de que la decisión del Ministro de 9 de noviembre de 2006 (en el marco del asunto E.ON/Endesa) argumentaba que esta condición era necesaria para garantizar el uso de carbón nacional al reducir la dependencia española de recursos energéticos extranjeros. Argumentos similares pueden encontrarse en la decisión del Ministro de 19 de octubre de 2007.
- (105) Sin embargo, ni la decisión del Ministro de 19 de octubre de 2007 (al igual que la del 3 de noviembre de 2006), ni la decisión de la CNE, ni la respuesta de las autoridades españolas proporcionan ningún elemento que indique que la adquisición de control sobre Endesa por parte de Enel y Acciona pueda suponer una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del suministro energético. Además, la decisión del Ministro no explica por qué Endesa, bajo el control conjunto de Enel y Acciona, habría de disminuir sus compras de carbón nacional.
- (106) La Comisión recuerda que la legislación comunitaria establece un marco dentro del cual los Estados miembros pueden aumentar la seguridad del suministro energético a través del uso de combustibles autóctonos. La legislación comunitaria pertinente la constituyen la Directiva (CE) n° 2003/54/CE, en particular sus artículos 3 y 11, y el Reglamento (CE) n° 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón²⁸.
- (107) El apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2003/54 prevé que “[...] los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro [...] Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red”. Los Estados miembros deberán informar a la Comisión de cualquier medida adoptada a este respecto. España ha adoptado recientemente una nueva normativa (Real Decreto-Ley 7/2006), que prevé la posibilidad de ayudas estatales para centrales térmicas y un sistema de incentivos para la entrada preferente en funcionamiento de las

²⁷ A modificación específica que la obligación estará en vigor "en la medida en que se mantengan las actuales condiciones y circunstancias".

²⁸ DO L 205 de 2.8.2002, p. 1.

instalaciones generadoras que utilicen carbón autóctono²⁹. España ya ha adoptado, por tanto, medidas menos restrictivas que permiten superar los supuestos problemas identificados por las autoridades españolas³⁰.

- (108) Asimismo, el Reglamento (CE) nº 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón³¹ permite a los Estados miembros conceder subvenciones al carbón autóctono hasta el nivel de los precios que prevalezcan en el mercado mundial (véanse el artículo 4 y el artículo 5, apartado 3 de dicho Reglamento). Uno de los objetivos de dicho Reglamento es asegurar que los Estados miembros proporcionen un nivel mínimo de carbón autóctono para incrementar la seguridad del abastecimiento energético. España actualmente concede ayudas estatales a su industria del carbón en virtud de dicho Reglamento³². La Comisión considera que estas acciones deberían ser suficientes para alcanzar el objetivo de aumentar la seguridad del abastecimiento energético por medio del uso del carbón nacional sin necesidad de obligaciones adicionales sobre los operadores energéticos españoles.
- (109) A este respecto, la Comisión señala que, tal y como las mismas decisiones de la CNE y del Ministro reconocen, la política adoptada por las autoridades españolas con respecto a los operadores eléctricos españoles no es obligarles a consumir una cierta cantidad de carbón, sino simplemente darles incentivos para que realicen el consumo. Además, hasta donde la Comisión tiene constancia, las autoridades españolas nunca han impuesto una obligación similar sobre otros operadores energéticos presentes en España, y han preferido adoptar un sistema de incentivos.
- (110) Por último, la Comisión recuerda que en su Decisión de 20 de diciembre de 2006 ya aclaró que el interés alegado de proteger “criterios de política económica general” no puede servir de justificación para imponer obstáculos a los derechos fundamentales reconocidos por el Tratado.
- (111) Sobre la base de los considerandos 99 a 110, la Comisión considera que la condición cinco es contraria a la legislación comunitaria.

Activos extra-peninsulares (condición seis)³³

²⁹ Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.

³⁰ El Real Decreto-Ley 7/2006 puede constituir una ayuda de Estado a las centrales que reciben ayudas. España no parece haber notificado el Real Decreto-Ley 7/2006 a la Comisión conforme al apartado 2 del artículo 88 del Tratado. La Comisión, por tanto, se reserva el derecho de abrir de oficio una investigación en virtud de la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado.

³¹ DO L 205 de 2.8.2002, p.1.

³² La Comisión ha autorizado una ayuda de Estado para la industria del carbón español para los años 2003-2005 (véase la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2005 en la ayuda estatal C14/2004). España notificó a la Comisión en primavera de 2006 una ayuda de Estado para la industria del carbón español para los años 2006 a 2010. Esta comunicación se está examinando actualmente .

³³ Véanse los considerandos 73 a 79 de la decisión de la Comisión de 20 de Diciembre de 2006.

- (112) Esta condición establece la obligación sobre Enel y Acciona de mantener dentro del grupo Endesa, durante un periodo de cinco años, las empresas de Endesa que posean activos en generación, distribución o transporte en las áreas extra-peninsulares.
- (113) Enel y Acciona no han presentado un recurso de alzada contra la condición seis, por lo que ésta no ha sido modificada por la decisión del Ministro.
- (114) En su anterior Decisión de 20 de diciembre de 2006, la Comisión especificó que un requisito similar impuesto por las autoridades españolas limitaba significativamente la libertad de E.ON para decidir la estructura de su grupo o la venta de ciertas sociedades tras la adquisición de control sobre Endesa y que por tanto tenía un efecto perjudicial sobre la transacción E.ON/Endesa, aún cuando la autorización condicional concedida a E.ON no pudiese ser revocada en caso de infracción del presente requisito
- (115) Sobre la base de lo expuesto en el considerando 114, la Comisión concluyó que no podía considerarse que la imposición de este requisito protegiera un interés legítimo a tenor del artículo 21, apartado 4, párrafo primero del Reglamento Comunitario de Concentraciones y por tanto representaba un obstáculo a la realización de una operación transfronteriza, restringiendo el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales³⁴. La Comisión también consideró que a) esa restricción no podía considerarse menor, teniendo en cuenta tanto la medida en que limitaba la libertad de E.ON con respecto a ciertos activos como la importancia económica de dichos activos, y que, en cualquier caso, b) una restricción de la libertad de establecimiento está prohibida por el Tratado incluso si su ámbito está limitado o es de menor importancia.
- (116) A la luz de lo expuesto en los considerandos 112 a 115, la Comisión reitera que los requisitos impuestos sobre Enel y Acciona por la condición seis han de ser considerados como restricciones injustificadas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.
- (117) La Comisión considera que la restricción del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales que resulta de la imposición de este requisito no está justificada por el interés general y es contraria al principio de proporcionalidad. Otras medidas menos restrictivas de la libre circulación de capitales y del derecho de establecimiento podrían ser usadas para alcanzar los objetivos que se indican. En concreto, en relación con el interés alegado³⁵ de proteger “criterios de política económica general”, la Comisión recuerda que tal motivo no puede servir de justificación para imponer obstáculos a las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado.

³⁴ Sin perjuicio de la cuestión de si una norma nacional de carácter general que impone la obligación, o prevé la posibilidad de imponer la obligación, de mantener ciertos activos regulados dentro de una compañía o grupo de compañías, sin relación con una operación transfronteriza concreta, puede suponer una restricción injustificada al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales.

³⁵ En la decisión de la CNE sobre el caso E.on/Endesa.

- (118) La Comisión señala que la CNE justifica el requisito de la condición seis en base a la necesidad de asegurar que se realicen en las zonas extra-peninsulares las inversiones adecuadas en los sectores de gas y electricidad en las cuales sólo se espera obtener el retorno de las inversiones a largo plazo³⁶. Según la CNE, la única manera de asegurar que tanto Enel como Acciona lleven a cabo las inversiones adecuadas en dichos activos es obligar a estas compañías a que mantengan los activos en propiedad durante un plazo suficientemente largo.
- (119) La Comisión considera que el requisito impuesto a Enel y a Acciona por la condición seis no es un medio adecuado y proporcionado para conseguir el objetivo de asegurar la realización de las inversiones adecuadas en dichas zonas geográficas. En realidad, la obligación de mantener ciertas compañías dentro del grupo Endesa no garantiza que las inversiones necesarias se lleven a cabo.
- (120) La Comisión considera que esta condición tiene un carácter discriminatorio ya que Endesa no estaba sujeta anteriormente a dicha obligación. El hecho de que antes de examinar la concentración E.ON/Endesa las autoridades españolas no consideraran necesario imponer requisitos similares para proteger el interés general, por ejemplo, en el marco de la concentración Gas Natural/Endesa³⁷, es también una indicación clara de que la presente condición no es necesaria para la consecución de un interés general legítimo y no se ajusta al principio de proporcionalidad.
- (121) La Comisión también observa que las autoridades españolas han impuesto esta condición tanto sobre activos regulados como no regulados (generación)³⁸, cuando las autoridades españolas no tendrían, en la medida en que la Comisión tiene constancia, el poder de imponer tales prohibiciones sobre operadores energéticos excepto en el caso de adquisiciones de activos regulados e, incluso en estos casos, deberían en cualquier caso demostrar, tanto con arreglo al Derecho comunitario como al Derecho nacional, que la transferencia de los activos regulados tendría un efecto negativo sobre la seguridad de suministro³⁹.
- (122) En la respuesta de las autoridades españolas no se considera que este requisito sea desproporcionado o discriminatorio ya que los activos energéticos extrapeninsulares se consideran regulados según los términos de las Leyes 54/1997, de 27 de noviembre del sector eléctrico y 34/1998 de 7 de octubre del sector de hidrocarburos. A este respecto, la Comisión observa que tales leyes únicamente disponen que la energía generada en las zonas extra-peninsulares no participe en el sistema Español de casación de ofertas y demandas de

³⁶ Véase la decisión de la CNE, página 124.

³⁷ A este respecto, debe señalarse que según el régimen jurídico aplicable a la concentración Gas Natural/Endesa (antes de la adopción del Real Decreto-Ley la CNE tenía el poder de revisar únicamente las adquisiciones hechas por compañías con activos regulados) la CNE ya tenía que examinar el impacto de la transacción en la seguridad del suministro.

³⁸ Activos de transporte y distribución de acuerdo con el derecho comunitario. Véase el considerando 73.

³⁹ Véase la Función decimocuarta de la ley no. 34/1998 "Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales puedan realizarse las mencionadas operaciones"

electricidad y establece un sistema de retribución diferente para la actividad de generación de electricidad en dichas zonas.

- (123) La Comisión considera por tanto que el argumento del considerando 122 no es suficiente como para considerar dichos activos como activos regulados, dado que según el Derecho comunitario únicamente los activos de transporte y distribución de electricidad se consideran de esa categoría (véase el considerando 73). En cualquier caso, independientemente de si los activos en las zonas extrapeninsulares pudieran ser considerados como regulados, esta condición, por las razones explicadas anteriormente, no puede considerarse adecuada, proporcionada y no discriminatoria para la protección de la seguridad pública y de la seguridad de suministro.

IX. CONCLUSIÓN

- (124) Sobre la base de cuanto precede, la Comisión debe concluir que España ha infringido el artículo 21 del Reglamento Comunitario de Concentraciones, y en particular, sus apartados 2, 3 y 4, puesto que:
- (a) la adopción de la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007, sin comunicación previa a la Comisión, ni autorización por parte de ésta, incumple la obligación específica de comunicación y de abstenerse de aplicar la normativa nacional que se dispone en el citado artículo; y
 - (b) la CNE ha sometido la adquisición de control conjunto de Enel y Acciona sobre Endesa ,es decir, una concentración de dimensión comunitaria, a través de su decisión de 4 de julio de 2007, modificada por la decisión del Ministro de 19 de octubre de 2007, a una serie de condiciones no justificadas por el interés legítimo contemplado en el artículo 21, apartado 4, del Reglamento Comunitario de Concentraciones ya que son incompatibles con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento, y en lo referente a la condición cinco, a la libre circulación de mercancías, y por ello ha interferido indebidamente en la competencia exclusiva de decisión de la Comisión en materia de concentraciones de dimensión comunitaria.
- (125) Procede por tanto requerir de las autoridades españolas que retiren sin dilación, y en cualquier caso, a más tardar el 10 de enero de 2008, las condiciones impuestas por la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio de 19 de octubre de 2007, que deben ser declaradas incompatibles con el Derecho comunitario.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

España ha infringido el artículo 21 del Reglamento (CE) nº 139/2004, en razón de la adopción, sin comunicación previa a la Comisión, ni autorización de ésta, de la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007.

Artículo 2

España ha infringido el artículo 21 del Reglamento (CE) nº 139/2004, al supeditar, en razón de la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007 y de la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio de 19 de octubre de 2007, la adquisición del control conjunto por parte de Enel y de Acciona sobre Endesa a una serie de condiciones (condiciones uno y seis de la decisión de la CNE y condiciones dos, tres y cinco de la decisión de la CNE, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio de 19 de octubre de 2007. Dichas condiciones son incompatibles con los artículos 43 y 56 del Tratado y, en el caso de la condición modificada cinco, con el artículo 28 del Tratado, y por ello interfieren indebidamente en la competencia exclusiva de la Comisión para decidir sobre una concentración de dimensión comunitaria.

Artículo 3

España retirará, a más tardar el 10 de enero de 2008, las condiciones impuestas por la decisión de la CNE de 4 de julio de 2007, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio, de 19 de octubre de 2007, que han sido declaradas incompatibles con el Derecho comunitario en virtud del artículo 2 de la presente decisión.

Artículo 4

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España.

Hecho en Bruselas, el 5 de diciembre de 2007.

Por la Comisión,
firmado
Neelie KROES
Miembro de la Comisión