

I.- SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO.

1. La comunicación de 21 de agosto realiza un pormenorizado relato de los antecedentes y de las medidas adoptadas por el Reino de España en relación con la concentración E.ON/ENDESA, que termina con la presentación de un recurso de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio contra alguna de las condiciones impuestas por la CNE.
2. A los datos contenidos en su comunicación interesa añadir que el día 11 de agosto ENDESA también presentó recurso de alzada contra la resolución autorizatoria de la CNE. **En ninguno de los dos recursos se solicita la suspensión de la ejecución de la autorización**, ni siquiera en lo que a alguna de las condiciones se refiere. Como más adelante se explicará (párrafo noveno) otras empresas y asociaciones han formulado recurso de alzada
3. El que las dos empresas antes citadas no soliciten la suspensión de la efectividad de las condiciones pone de manifiesto que la ejecución de la resolución no puede causar perjuicio alguno inmediato a las empresas recurrentes. **Dicho de otra forma, la resolución autorizatoria tiene un efecto inmediato, que es favorable a los intereses de E.ON**, pues obtiene la autorización que exige la normativa reguladora de las OPA's para ser autorizada (junto con otros requisitos que nada tienen que ver con el tema que nos ocupa) por la CNMV. Este efecto inmediato en nada afecta ni condiciona la decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006 acerca de la dimensión comunitaria de la operación y de compatibilidad con el mercado común.
4. Las condiciones impuestas por la CNE dependen de hechos futuros e inciertos, como es la toma de control de ENDESA por parte de E.ON. Dejando aparte que en diversos procedimientos iniciados a raíz de la OPA de GAS NATURAL se han dictado medidas cautelares que, de hecho, suponen la suspensión de la OPA realizada por la empresa gasista, y que, en virtud de la normativa sobre ofertas competidoras, vincula o surte efectos sobre la oferta de E.ON, las efectividad de las

condiciones impuestas por la CNE dependen, por lo tanto, de que se cumplan los siguientes requisitos: **i)** que la CNMV, en aplicación del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, apruebe la OPA de E.ON; **ii)** que se siga el procedimiento de las ofertas competidoras, de la aceptación de la oferta y de liquidación de la OPA; y **iii)** que después de todo ello E.ON tome el control de ENDESA.

5. También debe ponerse de manifiesto que el día 2 de agosto E.ON ha presentado una comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en la que, como hecho relevante, expresamente señala que ***“E.ON 12 mantiene la Oferta en los términos que se hicieron públicos mediante los Hechos Relevantes comunicados los días 21 de febrero y 3 de julio de 2006”***.
6. La conducta de E.ON pone de manifiesto que, cualquiera que sea el alcance de las condiciones impuestas por la CNE, en ningún caso han desincentivado la operación, que se llevará a cabo en los términos inicialmente hechos públicos por E.ON.

II.- OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN PREVIA.

7. Mediante la presente contestación insistimos en la improcedencia de aplicar el procedimiento previsto en el art. 21 del Reglamento 139/2004, del Consejo, toda vez que nos encontramos ante medidas adoptadas por motivos de seguridad pública, concretados en la seguridad del suministro energético, expresamente exceptuados de comunicación previa por el art. 21.4 del Reglamento de concentraciones.
8. Por ello, y por el concreto procedimiento que debe seguir la CNE, el plazo del que dispone para notificar su resolución, y los efectos del “silencio administrativo”, no resultaba posible notificar un borrador o propuesta de resolución. Frente a las afirmaciones de la Comisión, tales circunstancias no constituyen una laguna del ordenamiento jurídico español, pues el régimen del “silencio administrativo positivo” constituye una garantía para el ciudadano expresamente regulada por el ordenamiento jurídico español.

“Por tal razón, la consideración realizada por la Comisión Europea en el sentido de que el Reino de España no puede basarse en lagunas de su propio ordenamiento jurídico o en omisión de la legislación nacional para justificar la violación de la obligación de notificación estipulada en el artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones, no puede conducir al Reino de España a violar la legislación y debe

necesariamente conciliarse con el inexcusable respeto a las normas de funcionamiento de un organismo regulador independiente, cuya existencia reclaman las propias directivas comunitarias que regulan el sector y que, de añadidura, forma parte de un órgano consultivo de la propia Comisión Europea (ERGEG) creado por Decisión de la citada Comisión de 11 de noviembre de 2003 ”.

9. **En cualquier caso, en estos momentos debe subrayarse que la resolución de la C.N.E no agota la vía administrativa. Efectivamente, la resolución de la CNE es susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, y tanto E.ON como ENDESA han hecho uso de este derecho. También han recurrido la resolución IBERDROLA, la ASOCIACIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS Y GAS NATURAL.**
10. Así las cosas, la resolución de la CNE no es definitiva en vía administrativa, sino que se encuentra pendiente de la resolución del recurso de alzada, por lo que la decisión del Estado español, manifestada en una resolución definitiva en vía administrativa, no ha sido formalmente adoptada.
11. **La tramitación del recurso de alzada es simple, lo que permite afirmar que puede la resolución ser dictada en un plazo muy breve: únicamente exige dar traslado del recurso a los demás interesados por un plazo no inferior a diez días ni superior a quince y recabar criterio de la C.N.E. Ambos trámites ya se han puesto en marcha. Por ello, la resolución podría dictarse a finales del presente mes o a principio del mes de octubre (el plazo máximo de resolución es de tres meses).**
12. En cualquier caso, dado el plazo concedido, a continuación procedemos a contestar las cuestiones planteadas en su Carta. Naturalmente **las consideraciones de este escrito están pendientes de confirmar**, y todas ellas están sometidas a lo que pueda resultar de un pormenorizado análisis de los diversos recursos de alzada interpuestos, y por lo tanto al contenido de la resolución del recurso de alzada que pudiera dictarse.
13. El Ministro dispone de plenas facultades revisoras al resolver el recurso de alzada, y por lo tanto debe analizar todas las cuestiones que puedan afectar a la legalidad de la resolución de la CNE, incluso en

relación con los derechos y libertades recogidos en el Tratado CE y tener en cuenta los criterios emanados de esa Comisión.

III.- LA SEGURIDAD DEL SUMINISTRO COMO INTERÉS LEGÍTIMO A LOS EFECTOS DEL ART. 21.4 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES.

14. El art. 21.4 de Reglamento 139/2004, de 20 enero, permite a los Estados miembros adoptar las medidas pertinentes para proteger una serie de intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. Entre estos intereses menciona expresamente la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.
15. El Gobierno español ha considerado que la **seguridad del suministro energético**: (i) constituye una excepción expresamente prevista en el artículo 58 del Tratado y/o una "*razón imperiosa de interés general*" que justificaría una hipotética excepción a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento; (ii) ha sido explícita y repetidamente reconocida por la propia Comisión como una prioridad a tener en cuenta por los Estados miembros; y (iii) reviste una especial importancia en relación con las circunstancias específicas de España en la coyuntura actual.
16. *El interés alegado está expresamente reconocido en la jurisprudencia comunitaria.* El artículo 58 del Tratado establece expresamente que la libre circulación de capitales no obsta para que, *inter alia*, los Estados miembros puedan "*tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública*". Sobre la base de este precepto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia una serie de intereses públicos que pueden, en un caso concreto, justificar una medida presuntamente restrictiva de la libre circulación de capitales. En palabras del Tribunal: "*la libre circulación de capitales, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante una normativa nacional justificada por razones contempladas en el artículo 73 D, apartado 1 [hoy, 58], del Tratado o por razones imperiosas de interés general que se*

apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida" (énfasis añadido)¹.

17. En particular, existe una jurisprudencia reiterada del Tribunal que considera la necesidad de garantizar el abastecimiento energético en caso de crisis como un interés público legítimo que operaría como justificación para una hipotética obstaculización de las libertades de los artículos 43 y 56 TCE. En su Sentencia en el asunto *Campus Oil y otros*, el Tribunal de Justicia reconoció por vez primera la "excepcional importancia" de la energía en la economía moderna en relación con el abastecimiento mínimo de productos petrolíferos de la República de Irlanda, y convalidó una medida restrictiva, *prima facie*, de las libertades protegidas por el Tratado. El Tribunal explicó así su conclusión:

"It should be stated in this connection that petroleum products, because of their exceptional importance as an energy source in the modern economy, are of fundamental importance for a country's existence since not only its economy but above all its institutions, its essential public services and even the survival of its inhabitants depend upon them. An interruption of supplies of petroleum products, with the resultant dangers for the country's existence, could therefore seriously affect the public security that Article 36 allows states to protect. [...] In the light of the seriousness of the consequences that an interruption in supplies of petroleum products may have for a country's existence, the aim of ensuring a minimum supply of petroleum products at all times is to be regarded as transcending purely economic considerations and thus as capable of constituting an objective covered by the concept of public security" (énfasis añadido).²

18. La jurisprudencia *Campus Oil* ha tenido continuidad hasta nuestros días, y ha sido aplicada a libertades distintas de la libre circulación de bienes, cuestión sobre la que versaba el asunto *Campus Oil*. En efecto, en su sentencia en el asunto *Comisión c. Bélgica*³ el Tribunal reconoció expresamente el mismo principio en relación con la *golden share* titularidad del Estado belga sobre diversas empresas energéticas, al señalar que "no puede negarse que el objetivo perseguido por la normativa controvertida, a saber, garantizar la seguridad del

¹ Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión c. Bélgica*, asunto C-503/99, Rec. p. 1-4809, punto 43.

² Sentencia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil y otros*, asunto 72/83, Rec. p. 2727, puntos 34-35.

³ Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión c. Bélgica*, asunto C-503/99, Rec. p. 1-4809.

abastecimiento energético en caso de crisis, responde a un interés público legítimo".⁴ Refiriéndose a la sentencia *Campus Oil*, el Tribunal concluyó que "el mismo razonamiento puede aplicarse a los obstáculos a la libre circulación de capitales". Incluso en supuestos en los cuales el Tribunal ha rechazado la legalidad de las medidas estatales por ser contrarias al Tratado, aquél ha reconocido la legitimidad de intereses tales como la prestación de un servicio de suministro eléctrico⁵ o, de nuevo, la seguridad del abastecimiento de productos petrolíferos.⁶ En el asunto *Comisión c. España*, el Tribunal reconoció que "no puede negarse que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de [electricidad] o la prestación de tales servicios en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública [...], de modo que puede eventualmente justificar un obstáculo a la libre circulación de capitales"⁷. En estos casos, la decisión del Tribunal se basó no en la ausencia de una razón imperiosa de interés general sino en la desproporción entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos.

19. ***La propia Comisión ha reconocido la importancia de la seguridad del suministro.*** Como se ha avanzado, la importancia del seguridad del suministro de gas ha sido reconocida en repetidas ocasiones por la propia Comisión Europea. Así, en el recientemente publicado *"Libro Verde sobre una estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura"*, de 8 de marzo de 2006, la Comisión incide sobre la seguridad del suministro como uno de los seis sectores prioritarios para la política energética europea. Del mismo modo, las Directivas sobre seguridad del suministro de gas y electricidad han reiterado la misma idea.⁸ La Directiva sobre seguridad del suministro de gas señala por ejemplo que "en lo que se refiere a la seguridad del suministro, cualquier dificultad que tenga como efecto la reducción del suministro de gas podría causar

⁴ *Id.*, punto 46.

⁵ Sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo*, asunto C-393/92, Rec. p. 1-1477, puntos 46 a 50, relativa a una cuestión prejudicial planteada en relación con la normativa comunitaria sobre empresas con derechos exclusivos o especiales atribuidos por los Estados miembros (actual Artículo 86 TCE).

⁶ Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión c. Francia*, asunto C-483/99, Rec. p. 4781, punto 47.

⁷ Sentencia de 13 de Mayo de 2003, *Comisión c. España*, asunto C-463/00, Rec. 1-4581, punto 71. *Vid.*, en el mismo sentido, las Sentencias de 25 de octubre de 2001, *Comisión c. Grecia*, asunto C-398/98, Rec. 1-7915, punto 29; y de 2 de junio de 2005, *Comisión c. Italia*, asunto C- 174/04 (no publicado), punto 40.

⁸ Directiva 2004/67/CE, del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural, DOCE L 127, de 29 de abril de 2004, y Directiva 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 infraestructura, DOCE L 33, de 4 febrero de 2006.

alteraciones importantes en la actividad económica de la Comunidad", y de que, en consecuencia; "cada vez es más necesario garantizar la seguridad del suministro de gas" (Considerando Segundo).

20. ***La seguridad del suministro reviste una particular importancia en el caso español y en la actual coyuntura.*** La protección de la seguridad del suministro reviste una mayor importancia si cabe en relación con una serie de consideraciones relativas, de un lado, a los problemas estructurales del suministro en España, y, de otro, al complicado contexto internacional del sector energético.⁹
21. En efecto, España adolece históricamente de un déficit energético derivado de la ausencia de fuentes de energía como los combustibles fósiles, lo que genera una fuerte dependencia de las importaciones. En relación con el abastecimiento de gas, la demanda interior española crece por encima del 10% anual y se han detectado problemas para asegurar el suministro en horas punta. A ello hay que añadir importantes carencias en infraestructura de generación y de transporte.
22. Por otra parte, el contexto internacional de los mercados energéticos plantea importantes riesgos para el suministro. Los precios del petróleo y del gas continúan aumentando después de haberse multiplicado por dos en los últimos años. La electricidad sigue una tendencia idéntica. Por otra parte, la reciente crisis ruso-ucraniana ha puesto de manifiesto con toda crudeza la posibilidad de que se produzcan cortes en el suministro y sus consecuencias.

IV.- IMPORTANCIA DE ENDESA EN EL SECTOR ENERGÉTICO ESPAÑOL.

23. Tal y como se puso de manifiesto en la Resolución de la CNE de fecha 27 de julio de 2006, con respecto a la seguridad y calidad del suministro, ENDESA desempeña un papel clave en la seguridad de suministro de España. Por este motivo, la importancia de cualquier operación que determine la toma de control de esta sociedad es mayor para la seguridad del suministro que la misma operación de toma de control de otra sociedad, lo que legitima la adopción de mayores cautelas y, consiguientemente el condicionamiento de la autorización

⁹ La jurisprudencia del Tribunal parece tener en cuenta este tipo de consideraciones. En la sentencia *Campus Oil, op. cit.*, el Tribunal comenta la coyuntura económica internacional y la situación del sector del petróleo al analizar la justificación de la medida (puntos 38-41).

al cumplimiento de requisitos que no serían necesarios en otro caso o, incluso, su denegación. Es decir, la importancia de ENDESA para la seguridad del suministro en España es tanta que, como en el caso analizado, deben introducirse condiciones que no serían necesarias tratándose de otros operadores.

24. Efectivamente, el concurso de ENDESA en los mercados de electricidad y gas es de especial importancia, en particular en el primero, para el mantenimiento y la seguridad de suministro. Además, existen otras cuestiones de política energética que cabe considerar y que aún hacen más relevante este papel de ENDESA. En un país como España, con recursos energéticos autóctonos despreciables, cobran especial importancia algunos objetivos de la política energética como el fomento de las fuentes energéticas autóctonas y la obtención de una adecuada diversificación de las fuentes de suministro. De hecho, la UE ha reconocido este derecho de los Estados Miembros en diversos documentos y tratados.
25. La dependencia energética española del exterior es de un 76,4% respecto al 51,8% de la UE-15 y el 49,5% de la UE-25. Esta dependencia exterior, cada día más vulnerable por la creciente dependencia de los hidrocarburos, va en aumento, y en el caso de la UE, se espera que llegue a ser del 70% en el año 2020. Por estos motivos, es decisivo el fomento de las fuentes energéticas autóctonas (ENDESA produjo en 2005 el 42% de la electricidad con carbón autóctono, el 42% de la hidráulica y el 42% de la electricidad de origen nuclear). La vocación histórica de Endesa en relación con la seguridad como antigua empresa pública, se manifiesta en la estructura de su parque de generación: si bien a nivel nacional la electricidad generada a partir de activos estratégicos (nuclear y carbón nacional) representa el 46,5%, en el caso particular de Endesa, supone un 61,1% de su parque. No obstante, los impactos ambientales hacen que existan limitaciones cada vez más fuertes para la producción de electricidad con carbón. Por tanto, ENDESA juega un papel relevante en esta cuestión. Por otra parte (ver cuadro) ENDESA dispone de una estructura de generación muy diversificada, estando presente en todas las tecnologías.
26. En definitiva, ENDESA constituye un conglomerado energético de relevancia crítica en España en la propiedad y gestión de actividades reguladas y activos estratégicos del sector eléctrico y, aunque en menor medida, del sector gasista. Consecuentemente, ENDESA tiene una gran importancia para la política energética española y, en particular, a los efectos de la prestación de la garantía de suministro energético en España.

27. A continuación exponemos diferentes parámetros y criterios de cálculo, entre otros que se señalan expresamente en “la resolución” que se resumen a continuación.
28. En generación eléctrica, ENDESA tiene una cuota del 32% sobre el total de energía producida en el año 2005 (si se mide en términos de potencia disponible prevista a finales de 2006 esta cuota se reduce al 26%). Además, el parque de generación de ENDESA ha sido “pivote”, es decir indispensable para la cobertura de la demanda eléctrica, en el 58,6% de los días en 2005.
29. En cuanto a los activos estratégicos de generación nuclear, ENDESA tiene una cuota del 42% sobre el total de la energía nuclear producida en 2005 y una cuota del 47% sobre la potencia nuclear disponible prevista a finales de 2006.
30. Por lo que se refiere a los activos estratégicos de generación con carbón autóctono, la cuota de ENDESA oscila entre el 42% y el 48% del total de esta tecnología si se mide en términos de energía producida. Los dos valores reflejan dos hipótesis de cálculo distintas. La cuota del 42% tiene en cuenta el 100% de la energía generada por cada central considerada. Por otra parte, la cuota del 48% descuenta la energía que no ha recibido prima por consumo de carbón nacional. En términos de potencia disponible a finales de 2006, la cuota de ENDESA oscila entre el 41% y el 47%, reflejando el primer porcentaje el total de la potencia total disponible en las centrales de carbón nacional y el segundo ese mismo total modificado en relación a la cuota de energía que ha recibido prima en 2005.
31. ENDESA tiene también una participación casi en exclusividad (96,4%) en la resolución de restricciones técnicas en la zona catalana y una cuota significativa en la gestión de restricciones en tiempo real (del 77,8% en Cataluña y del 47,8% en la zona Sur).
32. En el negocio de distribución de energía eléctrica, en España peninsular, ENDESA cubre un área de unos 200.000 km² en 20 provincias que forman parte de 7 Comunidades Autónomas (Cataluña, Andalucía, Extremadura, Islas Baleares, Islas Canarias, Aragón y una pequeña parte de Castilla y León). La energía eléctrica vehiculada por la red de distribución de ENDESA representó alrededor del 39% del total de energía distribuida en España.
33. Finalmente, cabe destacar que los activos estratégicos representados por las instalaciones de producción, transporte y distribución de los

sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares son explotados por ENDESA prácticamente en régimen de exclusividad.

34. ENDESA también opera en casi todos los segmentos de la industria del gas natural en España, aún cuando sus cuotas de mercado son significativamente inferiores a las que obtiene en el mercado eléctrico. A continuación se describen brevemente las participaciones más relevantes de ENDESA en los segmentos regulados y estratégicos del sector gasista.

V.- COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL REINO DE ESPAÑA CON EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO DE CONCETRACIONES.

1.- Contestación en relación con la condición primera.

35. La CNE condiciona la autorización a que

- *Durante un plazo de diez años desde la toma de control efectivo de ENDESA, E.ON AG como sociedad matriz del grupo deberá mantener a ENDESA como sociedad matriz cabecera de su grupo.*
- *Conforme a los compromisos corporativos asumidos de forma explícita por E.ON la operación sometida a la presente autorización no conllevará la desaparición de las sociedades del grupo ENDESA, ni la reorganización de ambos grupos empresariales. ENDESA o cualquiera de las sociedades de su grupo no se fusionará con E.ON 12 ni con ninguna de las sociedades del grupo E.ON. Asimismo, ENDESA mantendrá su domicilio social y su órgano de administración en España.*

36. En su análisis preliminar, la Comisión considera que esta condición limita de forma significativa la libertad de E.ON para decidir la estructura de su grupo tras la adquisición de control de Endesa y por tanto representa una restricción de la libertad de establecimiento.

37. Igualmente considera que la CNE no explica (i) por qué la adquisición de control de E.ON sobre Endesa crearía tales riesgos o efectos negativos y (ii) por qué los mismos desaparecerían (o se verían reducidos) si E.ON cumpliera con los requisitos societarios u orgánicos descritos anteriormente. Pasamos a continuación a contestar ambos aspectos.

1.a.- Inexistencia de limitación alguna a la libertad de establecimiento.

38. El art. 43 del Tratado CE dispone que: *"En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro"*.
39. Resulta obvio que la condición primera en ningún caso limitaría la libertad de E.ON de establecerse en España, en cuanto la operación de adquisición del capital social de ENDESA se llevaría a efecto en los mismos términos planteados por E.ON 12 al realizar la OPA sobre la totalidad del capital social de las acciones de la empresa energética. Además, no se plantea aquí si E.ON tiene o no derecho a establecerse en España mediante la apertura de una agencia, sucursal o filial, pues la empresa alemana ha optado por establecerse en España mediante la adquisición del capital social de una sociedad domiciliada en España.
40. En realidad la Comisión está equiparando dos conceptos distintos, sin base alguna en los Tratados y en la jurisprudencia comunitaria, pues considera una manifestación de la libertad de establecimiento la libertad de E.ON para decidir la estructura de su grupo tras la adquisición de control de Endesa. De hecho, la sentencia que cita (Asunto C-411/03) nada tiene que ver con la condición que analizamos, pues resuelve una decisión prejudicial en relación con la desestimación por las autoridades alemanas de la solicitud formulada por una empresa de obtener la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión entre ella misma y otra establecida en Luxemburgo, debido a que el Derecho alemán relativo a las transformaciones de las sociedades sólo prevé la fusión entre sociedades que tengan su domicilio social en Alemania. Es decir, en este caso se impide a una sociedad realizar la operación jurídica elegida para articular el establecimiento en Alemania de la sociedad luxemburguesa.

1.b.- En materia energética no existe la libertad de decidir la estructura del grupo empresarial.

41. Efectivamente, la normativa energética no permite a las empresas organizarse libremente, pues obliga a éstas a mantener lo que se

denomina “separación de actividades”. Como señala la Directiva 2003/54 (y, en similares términos la 2003/55)

- *A fin de garantizar un acceso eficaz y no discriminatorio a la red, es conveniente que, en caso de que existan empresas integradas verticalmente, las redes de distribución y transporte se gestionen a través de entidades jurídicamente independientes. La Comisión debe evaluar medidas de efecto equivalente, desarrolladas por los Estados miembros para alcanzar la finalidad de dicho requisito, y, cuando proceda, presentar propuestas para modificar la presente Directiva. También es conveniente que los gestores de las redes de transporte y de distribución tengan derechos de decisión efectivos respecto de los activos necesarios para mantener, gestionar y desarrollar las redes cuando la propiedad y la gestión de dichos activos correspondan a una empresa integrada verticalmente. Es necesario que pueda garantizarse la independencia de los gestores de redes de distribución y de los gestores de redes de transporte, especialmente con respecto a intereses de generación y de suministro. Por consiguiente, deben establecerse estructuras de gestión independientes entre gestores de redes de distribución y gestores de redes de transporte y cualquier empresa de generación/suministro.*
- *No obstante, es importante distinguir entre dicha separación jurídica y la separación de la propiedad. La separación jurídica no implica un cambio en la propiedad de los activos y nada impide el empleo de condiciones similares o idénticas que apliquen en toda la empresa integrada verticalmente. Sin embargo, un proceso decisorio no discriminatorio debe estar garantizado mediante medidas organizativas respecto de la independencia de los responsables de las decisiones.*

42. La normativa española recoge dichos principios en el art. 14 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (LSE), según el cual

- *Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización, sin perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores sometidos a tarifa reconocida a los distribuidores.*
- *No obstante, en un grupo de sociedades podrán desarrollarse actividades incompatibles de acuerdo con la Ley, siempre que*

sean ejercitadas por sociedades diferentes. A este efecto, el objeto social de una entidad podrá comprender actividades incompatibles conforme al apartado anterior, siempre que se prevea que una sola de las actividades sea ejercida de forma directa, y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades que, si desarrollan actividades eléctricas, se ajusten a lo regulado en el apartado 1.

- *Aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos al eléctrico previa obtención de la autorización a que se refiere la función decimoquinta del apartado 1 del artículo 8.*

43. Igualmente, el art. 63 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (LSH) establece que

- *Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de comercialización.*
- *Las sociedades dedicadas a la comercialización de gas natural deberán tener como único objeto social en el sector gasista dicha actividad, no pudiendo realizar actividades de regasificación, almacenamiento, transporte o distribución.*
- *Las sociedades titulares, de alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural, definida en el punto 2 del artículo 59 deberán tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte definida en el apartado a) del artículo 58, pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte.*
- *Las empresas de gas natural que ejerzan más de una de las actividades relacionadas en el artículo 60.1 de la presente Ley, llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para cada una de ellas, tal y como se les exigiría si dichas actividades fuesen realizadas por empresas distintas, a fin de evitar discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas y distorsiones de la competencia.*

- *Los transportistas deberán, asimismo, llevar cuentas separadas de sus operaciones de compra y venta de gas y los distribuidores de su actividad de comercialización a tarifa.*
- *El Gestor Técnico del Sistema deberá llevar cuentas separadas que recojan los gastos e ingresos imputables a la actividad de gestión técnica del sistema.*
- *En un grupo de sociedades podrán desarrollarse actividades incompatibles conforme a los apartados anteriores, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes. A ese efecto, el objeto social de una entidad podrá comprender tales actividades siempre que se prevea que una sola actividad sea ejercida de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades.*
- *Aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural, previa obtención de la autorización a que se refiere la disposición adicional undécima, tercero 1, decimotercera de esta Ley. En todo caso, las sociedades a que se refiere el presente artículo deberán llevar contabilidades separadas de todas aquellas actividades que realicen fuera del sector del gas natural y de aquellas de cualquier naturaleza que realicen en el exterior.*

Consecuentemente, con carácter general ni E.ON ni ninguna otra sociedad pueden decidir libremente la estructura de su grupo empresarial, de forma que tienen que adecuarse a lo establecido en la Ley. Es cierto que la condición primera puede suponer (en un futuro hipotético e incierto) un plus respecto de las previsiones legales, que en todo caso resulta proporcionado sobre la base de los riesgos que plantea la operación, pero lo importante y lo que debe interesar a los efectos de solventar las dudas que plantea la Comisión es que tanto el derecho comunitario como el nacional prevén, admiten, y consideran necesario no admitir la libertad de las empresas de organizarse con total libertad.

1.c.- Postura de E.ON 12 al respecto.

44. En la medida que se analiza la supuesta libertad de establecimiento de una determinada sociedad, debe interesar su propio criterio sobre esta cuestión.
45. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la condición se fundamenta en la propia voluntad de E.ON (Conforme a los compromisos corporativos asumidos de forma explícita por E.ON ...

), lo que evidencia que no puede darse restricción alguna a su libertad, en los muy discutibles términos en los que la Comisión la define.

46. El criterio de E.ON vuelve a manifestarse en el recurso de alzada que interpone contra la resolución de 27 de julio de 2006, en el que recordando que los corporativos asumidos por E.ON 12 en este ámbito en su Escrito de 25 de julio “... *están pues en cierta medida en línea con las obligaciones establecidas en la Condición Primera, razón por la cual E.ON no tiene interés en impugnarla toda ella sino en dos aspectos concretos: el temporal y el de la claridad en su redacción*”.
47. No parece posible entender que la concreta duración del plazo establecido en la condición (E.ON se limita a alegar que “... *entiende E.ON que las obligaciones impuestas en la Condición Primera deberían tener una duración máxima de cinco años ...*”) sea fundamental a la hora de determinar la existencia de la vulneración señalada por la Comisión. Por el contrario, se trata de un elemento no esencial en el debate que nos ocupa, por lo en su aspecto básico la condición primera ha sido admitida por la titular del derecho supuestamente vulnerado, según la Comisión.
48. En todo caso, y como se señaló anteriormente, la pendencia del recurso de alzada interpuesto por E.ON, y su más detallado análisis podría permitir la ponderación, y en su caso estimación, de una reducción del plazo de duración de la condición.

1.d.- Justificación de la condición impuesta.

49. La condición primera es plenamente coherente con el criterio de la CNE sobre los riesgos que supone la “filialización” de ENDESA, empresa cuya importancia en el sector energético español queda sobradamente justificada, y que en ningún caso es puesta en duda por la Comisión.
50. Resulta obvio que cuánto más desaparezca la independencia y autonomía de gestión de ENDESA, mayor serán los peligros que para la seguridad del suministro se producirían. Consecuentemente, la condición minimiza los riesgos de la operación.
51. La Comisión afirma que los poderes de supervisión y regulatorios de la CNE así como del Consejo de Seguridad Nuclear no se verían afectados por una posible fusión entre ENDESA y cualquier empresa del grupo E.ON o por la posible transferencia del domicilio social y del órgano de administración de ENDESA fuera de España. Sin

embargo, según nuestro criterio esta afirmación no se ajusta enteramente a la realidad.

52. Si no se cumpliera la condición, la CNE no mantendría la totalidad de sus funciones respecto de la empresa energética. Así, para el Reino de España es fundamental que determinadas operaciones estén sujetas a autorización de la CNE, y especialmente en el caso de ENDESA, dada su importancia para la seguridad del suministro, por lo que ha promulgado el Real Decreto-Ley 4/2006. Si, por ejemplo, ENDESA perdiese su personalidad jurídica, dejaría de estar sujeta al sistema autorizador previsto en el mismo, con los graves riesgos que para la seguridad del suministro se derivarían.

2.- Contestación en relación con la condición segunda a quinta.

53. En las condiciones segunda a quinta la CNE establece una serie de requisitos financieros y de inversión, así como de información en relación con su cumplimiento, que básicamente son: **i)** la obligación de mantener a Endesa debidamente capitalizada; **ii)** la limitación de que durante el período 2006-2010, determinadas sociedades del grupo pueden repartir beneficios cuando se cumplan determinados requisitos; **iii)** la obligación de asumir y realizar determinadas inversiones, así como de informar sobre el cumplimiento de esta obligación.
54. La Comisión considera que dichas condiciones crean 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 en asegurar la seguridad pública y la seguridad de suministro energético y da lugar a un trato discriminatorio.
55. En realidad, la Comisión considera que la imposición de estas condiciones limitan de forma significativa la libertad económica de E.ON tras la adquisición de 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 establecimiento. Consecuentemente, no imputa a la CNE que haya vulnerado de manera frontal los derechos y libertades en cuestión, negando su ejercicio, sino que simplemente ha obstaculizado su ejercicio, mediante una medida que no afecta al derecho de establecimiento o a la libre circulación de capitales en sí, sino al ejercicio económico de la actividad, después de su ejercicio.

56. Parece evidente que los requisitos exigidos para limitar el contenido esencial de la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento deben ser valorados de forma menos exigente cuando se trata de valorar aspectos no esenciales de los mismos, y que incluso deberá modularse la trascendencia según sea el alcance concreto de las limitaciones que se impongan en cada caso, teniendo también en cuenta en bien jurídico que se trata de proteger.

2.a.- La libertad económica en materia energética.

57. Las empresas energéticas no disponen de entera libertad para desarrollar su actividad económica, debiéndose ajustar a las previsiones legales. Tanto la normativa comunitaria como la nacional establecen límites en función de las especiales características de la actividad que desarrollan. Así, el art. 3.2 de la Directiva 2003/53 permite a los Estados miembros ... *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, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima*. En similares términos, la Directiva 2003/55.
58. La normativa nacional también contiene limitaciones a la libertad económica de las empresas. Ya hemos visto cómo tanto la LSE como la LSH imponen la denominada “separación jurídica” de actividades, en virtud de la cual las sociedades que realicen determinadas actividades reguladas únicamente pueden dedicar su objeto social al ejercicio de éstas, y por lo tanto tienen limitada su libertad económica en aras de las peculiaridades de la actividad a la que principalmente se dedican.
59. La realización de determinadas inversiones puede resultar obligatoria para las empresas eléctricas, siendo competente la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, respectivamente, para *Impartir, en el ámbito de su competencia, instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas de transporte y distribución, en garantía de una adecuada calidad y seguridad en el suministro de energía, con un mínimo impacto ambiental* (art. 3, apartado 2 b) LSE) y para *Impartir instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas de transporte o distribución de su competencia, para la adecuada prestación del servicio* (art. 3, apartado 3 d) LSE). Incluso el art. 60.15 LSE considera infracción

muy grave *El incumplimiento habitual de las instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas, para la adecuada prestación del servicio y la continuidad del suministro, impartidas por la Administración competente.* El art. 41.1 c) LSE obliga a las empresas distribuidoras a *Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas.* El párrafo segundo establece que *Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad del suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros.*

60. Según el art. 74 LSH también los distribuidores de gas natural están obligados a *Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución, en el ámbito geográfico de su autorización, cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro de gas, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas.*
61. Especial referencia debe hacerse a determinados instrumentos, como es la planificación energética (prevista en las Directivas 54 y 55 de 2003) que, en materia de hidrocarburos tiene carácter obligatorio *en lo que se refiere a las instalaciones integrantes de la red básica de gas natural, a la determinación de la capacidad de regasificación total de gas natural licuado necesaria para abastecer el sistema gasista, a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos y a la determinación de criterios generales para el establecimiento de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor teniendo en estos casos carácter obligatorio para la garantía de suministro de hidrocarburos* (art. 4 LSH), y que en el sector eléctrico tiene carácter obligatorio para las instalaciones de transporte (art. 4 LSE).

2.b.- La postura de E.ON. 12 al respecto.

62. Tampoco en esta ocasión E.ON 12, titular de la libertad económica supuestamente vulnerada, parece coincidir con el diagnóstico de la Comisión. De hecho, únicamente recurre específicamente la condición segunda en el aspecto de su temporalidad, solicitando que se circunscriba a un período de tres años (el mismo establecido para GAS NATURAL); la condición tercera solicitando que se anule la

posibilidad de prórroga prevista en su párrafo segundo, así como en la limitación de reparto de dividendos a las sociedades titulares de activos estratégicos; y las condiciones cuarta y quinta únicamente solicita que se aclare que a sus efectos no se tienen en cuenta los compromisos de inversión relativos a los activos que resulta necesario desinvertir.

63. Nuevamente la realidad de los hechos demuestra que las condiciones impuestas por la CNE no suponen, como pretende la Comisión, ningún obstáculo a la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento, y así lo considera la propia sociedad supuestamente afectada, que limita su recurso contra estas condiciones a cuestiones menores, que en cualquier caso podrían ser estimadas en el recurso de alzada, si el Ministro de Industria, Turismo y Comercio considera, tras el análisis de las alegaciones de E.ON y de los demás recurrentes, que éstas son proporcionadas y razonables.

2.c.- Análisis de las condiciones impuestas.

64. Sentado lo anterior, únicamente parece necesario justificar la inexistencia de la discriminación que señala la Comisión, y ello únicamente respecto de la resolución autorizatoria de la OPA de GAS NATURAL.
65. Las únicas diferencias existentes entre ambas resoluciones, en lo que a las condiciones analizadas en este apartado se refiere se dan en la condición segunda, que para E.ON tiene carácter indefinido, mientras que para GAS NATURAL se estableció una condición idéntica con un plazo de tres años, así como en la condición tercera, prorrogable para E.ON y extendida a las sociedades titulares de activos estratégicos, circunstancias que no se incluyeron en la condición establecida para GAS NATURAL.
66. No parece lógico entender que la condición segunda establece la obligación de ENDESA de cumplir, con carácter indefinido, un determinado ratio de servicio de la deuda, cuando la condición primera únicamente obliga a mantener la propia entidad durante un plazo de diez años.
67. En cualquier caso, y dado que esta cuestión se alega en el recurso de alzada interpuesto por E.ON, el Reino de España, a través del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, órgano competente para resolverlo, pone de manifiesto su disposición a analizar en profundidad la posible diferencia de trato entre ambas resoluciones y

a adoptar cuantas medidas sirvan para corregir cualquier eventual discriminación que se aprecie. Lo mismo cabe decir de la posibilidad de prórroga establecida en la condición tercera.

68. Sin embargo, la prohibición de que las sociedades titulares de activos estratégicos repartan dividendos está plenamente justificada por la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2006, que no estaba vigente al autorizar la CNE la OPA de GAS NATURAL, y es homogénea con el tratamiento dado a las sociedades con activos regulados.

3.- Contestación en relación con la condición sexta.

69. La CNE condiciona la autorización a que

- *A partir de enero de 2010, E.ON informará a esta Comisión anualmente sobre los planes futuros de inversión en actividades reguladas de gas y electricidad y en activos estratégicos de gas y electricidad.*

70. No podemos compartir la tesis de la Comisión de que la imposición de esta condición limita la libertad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre ENDESA, y mucho menos que suponga la creación de un obstáculo al ejercicio de los derechos sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento.
71. La obligación de remitir determinada información nada tiene que ver con la libertad económica del titular de una determinada empresa, o de ésta misma, máxime si se tiene en cuenta que **i)** la recepción de información no lleva aparejada ninguna potestad de intervenir o decidir sobre las inversiones; **ii)** la naturaleza de la CNE garantiza la confidencialidad de la información recibida.
72. Mucho menos puede entenderse que una obligación de remisión de información, que empieza a ser efectiva a partir de enero de 2010, pueda obstaculizar una operación económica de la envergadura de la que nos ocupa. Evidentemente, dado el escasísimo alcance de la condición, su inocuidad para la empresa afectada y la facilidad de su cumplimiento, que depende de la exclusiva voluntad de E.ON, y que no requiere la realización de ninguna operación de alcance económico, la influencia sobre la operación es nula y, por lo tanto, no puede entenderse incluida en el art. 21 del Reglamento de Concentraciones.

73. No es cierto que la CNE únicamente pueda requerir información, en el ejercicio de otras funciones, acerca de activos regulados, puesto que la disposición adicional undécima LSE establece que

“La Comisión Nacional de Energía podrá recabar de los sujetos que actúan en los mercados energéticos cuanta información requiera en el ejercicio de sus funciones. Para ello, la Comisión dictará Circulares, que deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, en las cuales se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se pretende hacer de la misma.”

Es por ello que en ejercicio de esta competencia de carácter instrumental, la CNE puede recabar información referente tanto a actividades reguladas como no reguladas. A estos efectos, procede referirse a la Circular 4/1998, de 10 noviembre, de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, sobre obtención de información de carácter contable y económico-financiera, mediante la que se reclama información de esta naturaleza a los sujetos que desarrollan las actividades de producción, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica.

4.- Contestación en relación con la condición séptima.

74. La CNE condiciona la autorización a que

- *E.ON deberá mantener la vida útil residual de las centrales de generación del régimen ordinario de ENDESA para el mismo período que ésta tenía previsto su funcionamiento, sin perjuicio de la autorización de cierre prevista en los artículos 138 y siguientes del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.*

75. La Comisión considera que esta condición limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre ENDESA, a lo que nuevamente debe contestarse que dicho criterio no parece coincidir con el manifestado por E.ON 12 en el recurso de alzada, en el que no recurre específicamente esta condición.

De hecho, la libertad económica de las empresas energéticas para la utilización de sus activos no es completa, y prueba de ello es el artículo 21.6 LSE, según el cual “Los titulares de las autorizaciones — de instalaciones de producción— estarán obligados a mantener la capacidad de producción prevista en las mismas y a proporcionar a la

Administración la información que se les requiera de cuantos datos afecten a las condiciones que determinaron su otorgamiento. El incumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en las autorizaciones o la variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento podrán dar lugar a su revocación, en los términos previstos en el régimen sancionador aplicable.”

Por su parte, el artículo 26, apartado 2, establece, entre las obligaciones de los productores de energía eléctrica:

a) El desarrollo de todas aquellas actividades necesarias para producir energía eléctrica en los términos previstos en su autorización y, en especial, en lo que se refiere a seguridad, disponibilidad y mantenimiento de la potencia instalada y al cumplimiento de las condiciones medioambientales exigibles”.

Además, el incumplimiento de las citadas obligaciones podría dar lugar a la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, al encontrarse tipificado en el artículo 60.12 de la Ley 54/1997, como infracción muy grave: “La reducción, sin autorización, de la capacidad de producción o de suministro de energía eléctrica”.

Por último, debe hacerse referencia a la exigencia prevista normativamente de autorización del cierre de las centrales de producción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 y siguientes del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, previa concurrencia de los requisitos legalmente previstos.

5.- Contestación en relación con la condición octava.

76. La CNE condiciona la autorización a que

- *E.ON deberá garantizar el aprovisionamiento de gas natural al mercado español, con la cantidad de gas anual prevista en los planes de aprovisionamiento de gas natural remitidos por ENDESA a la CNE para la elaboración del “Informe Marco sobre la Demanda de ENDESA a la CNE para la elaboración del “Informe Marco sobre la Demanda de Energía Eléctrica y Gas Natural, y su Cobertura”.*

77. Como en el caso anterior, la Comisión considera que esta condición limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre ENDESA.

78. E.ON sí recurre esta condición, pero no tanto por la supuesta limitación de su libertad económica, sino porque “*resulta superflua,*

discriminatoria y entraña un peligro de interpretación excesivamente amplia que podría dar lugar a que se reprochase a E.ON el incumplimiento de las condiciones impuestas por circunstancias que escapan a su control (tales como los acontecimientos de fuerza mayor)". Es más, llega a poner de manifiesto que "... E.ON tiene el compromiso, y asó lo declara expresamente, de no alterar las relaciones contractuales actualmente vigentes entre Endesa y sus actuales abastecedores de gas".

79. El objetivo de la condición es que las previsiones de abastecimiento ya anunciadas por ENDESA y que se incorporan a un proceso de planificación público: la elaboración del Informe Marco sobre cobertura de la demanda, , puedan ser cumplidas. Debe partirse de la base de que la condición no puede interpretarse de forma contraria a los principios generales del derecho, o de las normas reguladoras de la responsabilidad, pero a la luz de las alegaciones particulares de E.ON y también de los demás recurrentes deberá estudiarse la posible modificación -vía recurso de alzada- de esta condición..
80. Unicamente resta por analizar la supuesta discriminación que se produciría frente a la resolución autorizatoria de la OPA de GAS NATURAL, que no impone análoga condición. La razón de ser de esta diferencia está clara: al contrario de lo que ocurre con E.ON, GAS NATURAL realiza su actividad relacionada con el suministro de gas natural en territorio español, por lo que no existe riesgo significativo de desviación a otros mercados. Consecuentemente, la seguridad del suministro queda garantizada, y por ello no resultó procedente imponer esta condición a la autorización de la OPA de GAS NATURAL.

6.- Contestación en relación con las condiciones novena a undécima.

6.a.- Los riesgos de la "filialización".

81. Del análisis realizado en la Resolución de la CNE se desprende que la toma de control de ENDESA por parte de E.ON en caso de prosperar la OPA presentada comportaría la integración del actual grupo de sociedades de ENDESA en el grupo E.ON, pasando a convertirse en consecuencia en un subholding en España de esta última. En suma, la operación tiene como resultado lo que se denomina la "filialización" de ENDESA dentro de E.ON, que constituye uno de los mayores conglomerados de gas y electricidad del mundo, con presencia en casi toda Europa, representando el primer operador de gas europeo, el

primer operador eléctrico en Alemania y uno de los principales operadores eléctricos en Reino Unido y Suiza.

82. La operación implicaría así sin duda una reducción de la contribución relativa del mercado energético español a los ingresos y a la rentabilidad del grupo E.ON con respecto a su elevada importancia actual para el grupo ENDESA. En efecto, las ventas y los beneficios procedentes de los negocios de gas y electricidad de ENDESA en España pasarían a representar un porcentaje mucho más reducido de las ventas y beneficios totales del grupo de pertenencia con respecto a la actualidad. A título indicativo, y utilizando como base la información contable de ENDESA de 2005, como consecuencia de la operación las actividades desarrolladas por ENDESA en España representarían el 16% de los ingresos totales de la entidad resultante, mientras que los ingresos procedentes de los negocios de Europa Central representarían más del 55% del total.¹⁰
83. En este nuevo contexto corporativo las decisiones estratégicas y de inversión en España de ENDESA pasarían a tomarse bajo el control de E.ON AG, la sociedad cabecera y centro corporativo del grupo E.ON. Tal y como se desprende del informe 20 F de 2005, presentado por E.ON a la Securities and Exchange Commission de Estados Unidos, la estrategia declarada de maximización de resultados del grupo reside en un *"modelo de negocio integrado"* y en la creación de *"una cultura corporativa común integrada mediante el Proyecto One E.ON, que persigue la integración de todas las unidades de negocio y de sus subsidiarias bajo el emblema de E.ON para ayudar al grupo en la realización de su visión y objetivos estratégicos"*¹¹. Por tanto, las actividades de ENDESA en los sectores del gas y de la electricidad en España se convertirían en una parte integrante del negocio global de E.ON: *"E.ON se propone seguir una estrategia a largo plazo centrada en la integración de las actividades de electricidad y de gas que son líderes en sus mercados respectivos. Con esto, el grupo intenta desarrollar posiciones en la cadena de valor de la energía, incluyendo los segmentos de infraestructuras cuando estos pueden mejorar el acceso de E.ON a los mercados y a los clientes."*
84. La conversión de ENDESA en una sociedad filial dentro del grupo E.ON sujetaría sus decisiones al objetivo de maximización del beneficio del grupo, que no necesariamente coincidiría con el objetivo de maximización del beneficio de la filial y podría verse afectado en

¹⁰ Memorias anuales de ENDESA, 2005 y Memorias anuales de E.ON, 2005

¹¹ Páginas 17-18 del Informe 20 F de E.ON presentado a la SEC de Estados Unidos (2005)

particular por los intereses del grupo en su mercado principal, el alemán, que en 2005 representaba alrededor del 65% de los ingresos de E.ON.¹²

85. Como consecuencia de lo anterior, la filialización de ENDESA podría comportar un riesgo para el cumplimiento de los intereses generales legítimos de España en materia de seguridad pública, y de manera más concreta, en materia de seguridad de suministro y elección de las fuentes de suministro y determinación de su marco general de abastecimiento energético, de manera que la consecución de estos intereses generales podría ponerse en peligro.
86. Los eventuales efectos negativos concretos de la filialización se pueden manifestar en diferentes planos, los cuales, pueden resumirse en los siguientes: un riesgo incrementado de transferencias de rentas y otros recursos (financieros y humanos) hacia la sociedad matriz del grupo, repercutiendo negativamente en el desarrollo de las actividades reguladas y ocasionando el riesgo de imposibilidad de cumplimiento de los planes y compromisos de inversión actuales de ENDESA en España; la posibilidad de que se produzcan efectos contrarios al interés general en España, en materia de seguridad pública y política energética, y en suma, como corolario de todo lo anterior, un riesgo para la seguridad pública, concretada en la seguridad de abastecimiento energético.
87. Todo ello cobra especial trascendencia por el peso que ENDESA tiene en el contexto del sistema energético español, como se ha expuesto. Sin duda, una operación de este tipo que afectara a una empresa que no fuera tan singular como ENDESA, no provocaría los riesgos ni los efectos potencialmente negativos que se mencionan en este análisis.

¹² Los efectos de pérdida de independencia de una empresa como filial de un grupo conglomerado han sido puestos de manifiesto por los expertos en Derecho de Sociedades en el análisis del denominado Derecho de Grupo. Véase Girgado Perandones "La empresa de grupo y el Derecho de sociedades", Granada 2001. Además, existe una extensa literatura académica de economía industrial y finanzas que intenta explicar el fenómeno de la infravaloración de los grupos conglomerados por parte de los mercados financieros, con respecto a carteras de empresas independientes en las mismas industrias. Las explicaciones más recientes parten del problema de la asignación de recursos de los grupos conglomerados, de los conflictos entre filial y matriz y de los menores incentivos a la inversión con respecto a empresas independientes. En particular, un reciente artículo concluye que *"cuando los flujos de caja no son igualmente informativos sobre la capacidad de los gestores, estos pueden tener interés en sobreasignar los recursos intangibles no observables en los departamentos más informativos. Anticipando este sesgo, el óptimo para los propietarios de las empresas que también sobreasignan el capital observable en los departamentos más visibles"*. (Véase Goel, Nanda y Narayanan (2004) "Career Concerns and Resource Allocation in Conglomerates", Review of Financial Studies, Vol.17, 2004).

88. En cualquier caso, dentro de las facultades revisoras del Ministro de Industria y Turismo se encuentra el análisis de la proporcionalidad de estas condiciones, por lo que la resolución que en su día dicte deberá valorar la posible existencia de otras medidas que, garantizando suficientemente la seguridad del suministro en relación con los activos estratégicos analizados, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, **ajuste el alcance de la obligación de desinvertir o -sustituya dicha obligación- por otras medidas suficientes para lograr el fin perseguido.**

6.b.- Cesión de la gestión de centrales nucleares de propiedad conjunta y enajenación de centrales nucleares de propiedad exclusiva (condición novena).

89. La Comisión considera que esta condición limita la libertad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre Endesa; limitación que no parece estar justificado en base a motivos de interés general y que parece contraria a los principios de proporcionalidad y no discriminación. Considera la Comisión que esta condición parece estar motivada por consideraciones de política energética relativas a la necesidad de mantener las centrales nucleares bajo control de una compañía española.
90. La propia Comisión recuerda que EDP (a través de Hidrocontábrico) tiene una participación del 15,5% en la central nuclear de Trillo. Este dato evidencia que la tesis de la Comisión no es cierta: no existe ninguna consideración de política energética relativas a la necesidad de mantener las centrales nucleares bajo control de compañías españolas.
91. La CNE motiva en profundidad la justificación de la condición novena.
92. En primer lugar, y con carácter previo al examen de la condición novena, debe señalarse que, tal y como señala la Comisión europea y la propia Resolución de 27 de julio de 2006, la CNE no cuestiona la competencia del grupo E.ON o su fiabilidad en el sector nuclear. No obstante lo anterior, del análisis de las circunstancias concurrentes en la Resolución, se desprende la existencia de una amenaza real y grave para el suministro, derivada de la adquisición de ENDESA por el Grupo E.ON.
93. Por otra parte, y tal y como señala la Comisión Europea, las competencias en materia de seguridad de suministro son competencias

compartidas. Así resulta de la regulación comunitaria existente en esta materia. No obstante lo anterior, y de lo dispuesto en esta regulación hay que destacar, en particular, que las Directivas Comunitarias atribuyen, de hecho, a los Estados miembros la competencia para supervisar la seguridad del suministro energético de acuerdo con ciertas prescripciones que en tales Directivas se establecen.

94. La normativa prevé también la intervención de los organismos comunitarios. Ahora bien, es claro, que se atribuye a los Estados miembros la competencia para supervisar la seguridad del suministro, y que la intervención de la Comunidad se producirá de acuerdo con las facultades de control de los organismos comunitarios (la Comisión) y en congruencia con el sistema propio de las competencias compartidas (principio de subsidiariedad).
95. De conformidad con lo anterior, los Estados miembros son los que tienen la responsabilidad de la seguridad de suministro, por lo que todos ellos han adoptado medidas para su salvaguarda, precisamente en cumplimiento de la normativa comunitaria. Es por ello, que el Estado español, también debe velar y supervisar su cumplimiento.
96. Desde esta perspectiva, la seguridad pública en materia nuclear resulta básica para garantizar la seguridad de suministro.
97. En este sentido, debe señalarse que la generación eléctrica nuclear en España es básica por varios motivos:
 - Representa el 10,7% de la potencia total instalada. Sin embargo, y como consecuencia de su funcionamiento en “base”, es decir de forma continuada a lo largo de todo el año con la sola excepción de las paradas por razones de mantenimiento, la contribución de estas instalaciones a la producción de energía es sustancialmente superior a su cuota de potencia. De hecho, en 2005 la generación nuclear contribuyó a cubrir el 23% del consumo total peninsular. Por tanto, las centrales nucleares participan de forma significativa en la cobertura de la demanda y además aseguran un suministro continuo en el tiempo que es fundamental para el mantenimiento de la estabilidad de la red.
 - Las centrales nucleares presentan evidentes singularidades tecnológicas que han justificado no solo el establecimiento en España de una regulación especializada con criterios de seguridad mucho más exigentes que los que se aplican en otras centrales de generación, sino también unas “prácticas de mantenimiento, gestión de vida útil e inversiones en conservación no siempre

fórzosas o impuestas por el regulador sino también presididas por un principio de voluntariedad”.

- La gestión de los activos nucleares compartidos, con la excepción de Santa María de Garoña, está en la actualidad asignada a sendas Agrupaciones de Interés Económico (AIE), que fueron creadas en 1992 . Entre las peculiaridades de esta estructura jurídica se destaca el reconocimiento de derechos de adquisición preferente en caso de venta de la participación de algún socio y el régimen de unanimidad en determinadas toma de decisiones, exigiéndose en otros muchos casos mayorías cualificadas. La gestión de los activos compartidos se ha efectuado, en la práctica, sobre la base de acuerdos muchas veces tácitos y de carácter voluntario, muy importantes a la hora de determinar unos niveles de inversión y unos estándares de seguridad por encima de los estrictamente requeridos por Ley.
 - La gestión de los activos nucleares se encuentra íntimamente relacionada con la seguridad y defensa nacional.
 - El sistema alemán regulador del funcionamiento de las Centrales Nucleares es distinto del que rige las centrales españolas. Los límites de operación y las condiciones de operación de las centrales alemanas se basan en documentos de explotación que básicamente son los contenidos en el Manual de Operación y en el Manual de Pruebas y que son específicos de cada Central. Por el contrario, el sistema normativo aplicado en España se basa en la normativa emitida por el organismo regulador de Estados Unidos - NRC- que todas las Centrales deben aplicar. En definitiva, el sistema de gestión de la seguridad alemán difiere del aplicado en España, en consecuencia, la eventual nueva propietaria de las instalaciones debería adaptar la gestión al sistema vigente, sin embargo esta adaptación, en un marco de libre mercado, podría ir en contra de los criterios de eficiencia de una compañía que ostentará una posición mayoritaria en el sector nuclear.
98. En este contexto la filialización de ENDESA en el grupo E.ON, con objetivos e intereses potencialmente distintos, podría implicar un riesgo de menor consenso en el mantenimiento de acuerdos no escritos y en el proceso de toma de decisiones conjuntas, determinando a su vez una caída en la eficacia de la gestión y posiblemente en el estándar de seguridad de suministro. Aún cuando este riesgo fuera pequeño, la naturaleza singular de la generación nuclear obliga a tenerlo en cuenta.
99. En conclusión, se considera como un riesgo el hecho de que la toma de decisiones en las centrales en las que ENDESA participa se vea afectada por criterios que no tienen por qué coincidir con el interés

general y la política sectorial española expresados con los argumentos anteriores. El riesgo de que la “filialización” de ENDESA conduzca a decisiones puramente empresariales de corto plazo respecto a sus actividades, puede ser aceptable para alguno de sus activos pero constituirían un riesgo mayor en el caso de las centrales nucleares. La amenaza grave para la seguridad pública viene dada por la inserción de ENDESA en un grupo mucho más amplio con intereses en otros países que, en consecuencia, no sólo busca la mayor rentabilidad en España, sino en otros lugares, pudiendo tomarse decisiones que sean beneficiosas para la rentabilidad del grupo E.ON en general, pero contrarias al interés general de España, decisiones que pueden traducirse en menores inversiones, en dificultar mediante votos en contra las decisiones de la gestión ordinaria de las Centrales nucleares, etc. De esta forma la pretensión de obtener una mayor rentabilidad a nivel de grupo en este concreto supuesto, se considera que puede dar lugar a decisiones a corto plazo (por ejemplo, en el abastecimiento de combustible a las centrales) que perjudiquen la necesaria seguridad del suministro en España. La conclusión anterior, no obsta, en ningún caso, al derecho de establecimiento en España, ni a la libre circulación de capitales, libertades compatibles con la condición impuesta que sólo limita la gestión ordinaria, en unos casos, y únicamente, cuando dicha limitación no resulta posible, prevé la desinversión.

100. Desde esta perspectiva, se ha condicionado la toma de participación de E.ON a la cesión de la gestión ordinaria en aquellos activos nucleares de gestión compartida, manteniéndose la titularidad de los mismos y el ejercicio de los derechos de voto y demás derechos inherentes a la propiedad.
101. Por otra parte, en el supuesto de Ascó I, y dado que no existe alternativa de cesión de la gestión, pues es de titularidad exclusiva de ENDESA, se ha condicionado la operación a la venta de la participación de ENDESA.
102. Debe señalarse, por otra parte, y con ello se da la explicación requerida por la Comisión, que **la venta a otra empresa sí puede garantizar mejor la seguridad de suministro ya que, de conformidad con la condición duodécima**, “la enajenación de los activos a que se refieren las condiciones novena, décima y undécima, deberá ser objeto de autorización por parte de la Comisión Nacional de Energía en ejercicio de la Función 14, prevista en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, sin perjuicio de otras autorizaciones que resulten preceptivas.” Por tanto, **la CNE, a través de su análisis, deberá velar porque la eventual adquirente garantice la seguridad nuclear, así como la**

garantía de abastecimiento energético. Por otro lado, la eventual adquirente deberá reunir los requisitos de capacidad legal, técnica y económico-financiera previstos en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

103. De esta forma, la CNE considera esta condición la única alternativa posible para garantizar la seguridad pública, como es la cesión de la gestión ordinaria, en unos casos, y la enajenación e la participación donde la cesión de la gestión ordinaria no resulta posible. Evidentemente, como se señaló anteriormente, este criterio puede ser revisado, tras el análisis del recurso interpuesto por E.ON y los demás recurrentes en alzada, por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio al resolver el recurso de alzada. Tras ese análisis, el Ministro deberá resolver, a la vista de los argumentos de los recurrentes y de la propia Comisión, si existen otras alternativas diferentes de las expuestas por la C.N.E que de forma más proporcionada permitan hacer frente a los riesgos descritos sin obligar a desinvertir activos.

6.c.- Enajenación de activos extrapeninsulares (condición décima).

104. Las instalaciones de producción, transporte y distribución de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares son explotadas por ENDESA prácticamente en régimen de exclusividad. Es el propietario de las instalaciones de producción en régimen ordinario, que totalizan una potencia instalada de 1.627 MW en el sistema Balear, 2.108 MW en el sistema de las Islas Canarias, 48 MW en Ceuta y 56 MW en Melilla. Con respecto a las actividades de redes, actúa como empresa transportista y distribuidora principal en Baleares y Canarias.
105. Esta categoría de activos estratégicos referidos en la relación de activos de tal naturaleza dentro de la redacción de la letra b) del apartado 2 de la función Decimocuarta se caracterizan por estar sometidas a una regulación singular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
106. El argumento de la “filialización” de ENDESA dentro del grupo E.ON vuelve a convertirse en este caso en la clave de la preocupación del Regulador respecto a la operación en relación con estos activos concretos, por cuanto la “filialización” podría representar un riesgo para la garantía de suministro en los sistemas insulares y

extrapeninsulares, de marcado cariz regulado, en particular para la garantía del mantenimiento de las inversiones y con carácter general para la garantía del abastecimiento energético, elección de las fuentes de energía y seguridad de suministro.

107. Los activos insulares y extrapeninsulares, sin ser calificados en la Ley 54/1997 de activos regulados, sí son en cambio activos sometidos a una reglamentación singular, y tras la modificación de la redacción de la función Decimocuarta, tienen además la naturaleza de activos estratégicos. Las referidas calificaciones vienen justificadas en las especiales características de estos activos, pertenecientes a sistemas aislados de la península, que no pueden ser objeto, por tanto, de una política común en materia de liberalización y regulación como es de aplicación al sistema peninsular.
108. En este sentido, el Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares y que tiene por objeto desarrollar el artículo 12 de la Ley 54/1997 lo señala de manera certera en su Exposición de Motivos, aludiendo además en este sentido a la posibilidad recogida en la Directiva que estaba vigente en el momento de aprobarse el citado Real Decreto, la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, de aplicar regímenes transitorios o excepciones para el funcionamiento de pequeñas redes aisladas en las que cabe considerar incluidos los sistemas insulares y extrapeninsulares. Este régimen de excepción se recoge igualmente en la nueva Directiva 2003/54/CE, en el artículo 26.
109. Por esta razón, la regulación de estos sistemas es más intensa que otras actividades no reguladas del sistema peninsular abiertas a la liberalización y competencia, como la actividad peninsular de generación de electricidad, y por descontado el carácter regulado genérico de las actividades de transporte y distribución en la península viene acompañado en estos sistemas insulares y extrapeninsulares de singularidades adicionales propias de su situación.
110. Entre las singularidades de estos sistemas se encuentra la existencia de sobrecostos debido a su aislamiento y a su menor tamaño, por cuanto que, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos del mencionado Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, “en este Real Decreto se contempla la singularidad de estos territorios que radica, principalmente, en un previsible mayor coste de la actividad de producción respecto a la península, derivado del mayor nivel de reserva que es necesario mantener en los sistemas aislados y del

sobrecoste de las tecnologías específicas utilizadas, así como, cuando sea el caso, los mayores costes de combustible”.

111. En consecuencia, el desarrollo de actividades de generación en estos sistemas tiene unos costes superiores a los del sistema peninsular, y algo similar cabe señalar respecto de las actividades reguladas, todo ello debido al carácter aislado de los mismos, por lo que se requiere una retribución adecuada que garantice la realización del adecuado esfuerzo inversor para garantizar la seguridad de suministro en estos sistemas.
112. Pero en la medida que la rentabilidad en el desarrollo de estas actividades no viene dada por su propio desarrollo en un marco liberalizado, el compromiso del titular de estos activos para la realización de las inversiones necesarias resulta clave para la garantía de suministro en estos sistemas.
113. En suma, nuevamente hay que señalar en este sentido que la “filialización” de ENDESA puede obstaculizar a juicio de la C.N.E la consecución de los objetivos de garantía de suministro en estos sistemas, representando una amenaza real y grave para la garantía de suministro en estos sistemas aislados.
114. Por último, y al igual que en el supuesto anterior, la CNE considera que la desinversión se presenta como la única alternativa posible en el ejercicio de la función 14ª para garantizar la seguridad pública y, en particular, la seguridad de suministro. El Ministro de Industria, Turismo y Comercio dispone de idénticas facultades revisoras a las antes descritas, de forma que deberá analizar si efectivamente la desinversión es la única alternativa posible, y cual debe ser su alcance y establecer si existen opciones que de forma más proporcionada o menos intensiva que la desinversión, permitan asegurar el especial tratamiento requerido por las empresas insulares o extrapeninsulares .

6.d.- Enajenación de las centrales de generación que consuman carbón nacional (condición undécima).

115. La Comisión también considera en este caso que la condición parece estar inspirada en el objetivo de política sectorial de mantener bajo control de una empresa española activos considerados estratégicos. Sin embargo la propia comunicación contiene el dato fundamental

para justificar que dicho objetivo no existe: empresas portuguesas e italianas poseen centrales térmicas que usan carbón autóctono.

116. En cualquier caso, las explicaciones que exige la Comisión ya fueron dadas en nuestra anterior contestación, que pone de relieve la importancia de ENDESA para el consumo de carbón nacional, toda vez que es titular en España del mayor número de centrales térmicas de carbón que lo consumen.
117. Recientemente ha sido aprobado el “Plan Nacional de Reservas Estratégicas de Carbón y Nuevo Modelo de Desarrollo Integral y Sostenible de las Comarcas Mineras” para el periodo 2006-2012, que tiene por objeto la determinación de un consumo de carbón garantizado para las centrales localizadas en las cuencas mineras. Como en Planes anteriores, este Plan prevé una serie de obligaciones para las sociedades productoras de carbón, en términos de producción, precios, destino de la producción, y unas penalizaciones para el caso de incumplimiento. Sin embargo, ello no se corresponde con obligaciones correlativas por parte de los productores de energía eléctrica a base de carbón, que disfrutaban de libertad de elección del combustible, ya sea nacional o importado, si bien existen incentivos tanto en los precios como en la llamada prima por consumo de carbón autóctono para consumir este tipo de carbón en determinadas centrales, y no carbón importado.
118. La relevancia del análisis de la incidencia de la operación sobre los activos estratégicos de las centrales de carbón nacional viene dada por la propia importancia estratégica de dichas centrales y de la utilización de dicho combustible a los efectos de la garantía de suministro energético en España.
119. En efecto, así se deduce del Plan Nacional de Reserva Estratégica de Carbón 2006-2012 y Nuevo Modelo de Desarrollo Integral y Sostenible de las Comarcas Mineras, que reconoce como principios generales el carácter integral del mismo la necesidad de estabilizar la actividad del sector en niveles compatibles con su condición de recurso estratégico en el abastecimiento energético, de modular la evolución del empleo en función de las necesidades de las unidades de producción y de organizar la aplicación de las ayudas, así como de promover la reactivación de las comarcas mineras, todo ello de modo coherente con la normativa europea. Asimismo, el Plan contempla entre sus prioridades el respeto al medio ambiente, el fomento de la I+D+i, la mejora de la calidad de vida en las comarcas mineras y la creación de empleo juvenil en las mismas.

120. En este sentido, la continuidad del esfuerzo en apoyo a la minería del carbón se justifica no solo por razones de índole social y regional sino también, y sobre todo, por motivos de seguridad del abastecimiento energético, habida cuenta de que es la fuente de energía primaria propia más importante.
121. La adquisición del control exclusivo de ENDESA por parte de E.ON implicaría un riesgo respecto al mantenimiento de los objetivos de consumo de carbón autóctono por parte de las centrales eléctricas para el periodo 2006-2012, por cuanto podrían ponerse en peligro los intereses generales que de manera expresa o tácita orientan las actuaciones de las empresas productoras de electricidad, máxime cuando no existe para dichas empresas una obligación expresa de consumo de dicho carbón, sino una política de apoyo a los precios de producción y de incentivos para su consumo por parte de los productores de electricidad. En Alemania, E.ON se enfrenta a una situación similar: aún cuando en el pasado los generadores de electricidad tenían una obligación de adquirir carbón autóctono, en la actualidad tienen libertad de elección, mientras existen apoyos económicos directos a los productores nacionales de carbón.
122. El cumplimiento del Plan de la Minería se inscribe en el marco de la política energética del Estado español, cuya competencia de determinación le corresponde. 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 más 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 la empresa adquirente se desvinculan de un conjunto de compromisos tácitos con la Administración.
123. De esta forma, y con el objeto de eliminar los riesgos que la operación supondría para la garantía de suministro, y en concreto, para la política sectorial respecto al fomento del consumo de las fuentes energéticas autóctonas y el consumo de carbón, la C.N.E condiciona la operación a la enajenación por E.ON de determinadas y concretas centrales térmicas de carbón que se encuentran incluidas en el Plan Nacional de la Minería del Carbón 2006-2012, como son las centrales térmicas de Compostilla, Complejo Minero Eléctrico de Teruel y la participación en Anllares.
124. Por último, y al igual que en las condiciones novena y décima, la CNE ha considerado que la desinversión propuesta es la única alternativa

para garantizar la seguridad de suministro y el interés general. Por otra parte, debe insistirse igualmente en el hecho de que aún en el caso de que las medidas propuestas como menos restrictivas por la Comisión europea, pudieran ser igualmente válidas para garantizar el suministro, las mismas no podrían ser adoptadas por la CNE que carece de competencia para adoptar medidas de fomento del uso del carbón nacional. Nuevamente, y a riesgo de resultar reiterativos, debe aludirse a las facultades revisoras del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, que a la vista de todas las alegaciones de las partes pueda resolver el establecimiento de medidas diferentes de las señaladas por la C.N.E que tengan por objeto una garantía, por razones de seguridad de suministro, de consumo de carbón sin obligar a desinvertir activos.

7.- Contestación en relación con las condiciones duodécima y decimotercera.

125. La Comisión únicamente se refiere a estas condiciones en cuanto se refieren a la implementación de las condiciones novena a undécima, por lo que tampoco se requiere una contestación específica para éstas. La resolución a adoptar en el recurso de alzada con ocasión de resolver la impugnación contra las condiciones nueve, diez y once deberá ser coherente con lo que finalmente se resuelva en cuanto dichas condiciones.

8.- Contestación en relación con las condiciones decimocuarta a decimoséptima y decimonovena.

126. La Comisión hace un análisis general de estas condiciones, pese a lo cual pone de manifiesto distintas posibles vulneraciones para cada una de ellas. Consecuentemente, en aras de una mayor claridad en la contestación, parece conveniente dedicar un apartado a cada una de ellas.

8.a.- La condición decimocuarta.

127. Esta condición se limita a incorporar a la resolución la denominada “función catorce”, atribuida a la CNE por la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2000. Consiguientemente, ningún reproche cabe realizar a su inclusión, pues no introduce

novedad alguna respecto a la situación jurídica impuesta por el ordenamiento vigente al momento de dictarse.

128. El Real Decreto-Ley 4/2006 es objeto de un concreto procedimiento de infracción, el nº 2006/2222, por lo que sería complejo introducir en este momento un debate sobre la legalidad de la medida de autorización previa que dicha norma establece.

8.b.- La condición decimoquinta.

129. Por medio de esta condición la CNE únicamente impide que los intereses de la sociedad matriz primen en la adopción de decisiones estratégicas que afecten a **ENDESA en la medida en que afecten negativamente a la garantía de suministro en España**. Consecuentemente, ningún reproche cabe hacer a su imposición, pues su finalidad directa es salvaguardar un interés legítimo, como es la garantía del suministro energético.
130. No debería puede considerarse discriminatoria esta condición, como señala la comisión en el apartado 114 de su escrito, pues en el gobierno corporativo de ningún otro de los operadores energéticos activos en España se dan las circunstancias que son tomadas en cuenta por la CNE para imponer la condición.
131. Es discutible que la condición decimoquinta contenga una facultad discrecional, en la medida en que, a lo sumo, su aplicación viene referida a conceptos jurídicos indeterminados, que nada tienen que ver con el ámbito de la discrecionalidad. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 recoge la siguiente doctrina, contenida en la sentencia recurrida: *y no cabe concluir que dicho precepto legal adolezca de los vicios que la recurrente atribuye al reglamento impugnado, ya que si bien acude a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ello es **perfectamente admisible e incluso recomendable**, dada la cambiante realidad social sobre la que ha de operar el aplicador de la norma, toda vez que, además, dichos criterios no abren el paso a un ámbito de discrecionalidad en el que la Administración pueda escoger entre distintas soluciones todas ellas lícitas, sino que mas limitadamente exige una interpretación jurídica conducente al acogimiento de una única interpretación válida, y permiten someter a contradicción lógica la decisión que en cada caso pueda adoptar la Administración, correspondiendo en última instancia a los órganos de la jurisdicción el control de la decisión administrativa desde los parámetros legales.*

132. Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, *la revisión jurisdiccional es posible tanto si se trata de actos discrecionales como si son actos que integran **conceptos jurídicos indeterminados**: en el primer caso, mediante el control de los elementos reglados del acto cuya legalidad se impugna y la exclusión de la arbitrariedad, manifiesta falta de razonabilidad o error patente en el núcleo discrecional de la decisión administrativa y, en el segundo, verificando la adecuada y razonable integración del concepto jurídico indeterminado especificado por el legislador.*

En todo caso se reitera lo tantas veces dicho: el Ministro del ramo deberá ponderar los argumentos de los recurrentes para resolver la posible modificación de la condición.

8.c.- La condición decimosexta.

133. La Comisión considera que el poder retenido por la CNE en relación con la posible revocación de su autorización de su autorización, en conjunción con ciertas condiciones que imponen a E.ON requisitos muy generales y redactados en forma vaga, concede a la CNE un margen de apreciación muy amplio para su interpretación y aplicación. Dichas condiciones crearían, según la Comisión, grandes incertidumbres para la actividad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre ENDESA, creando un obstáculo al ejercicio de los derechos relativos a la libre circulación de capitales y derecho de establecimiento.
134. No parece, por tanto, que la Comisión aprecie ningún aspecto concreto de esta condición que pudiera ser contrario a los derechos y libertades analizados, por lo que deberían ser suficientes los argumentos que se contienen en relación con cada una de las condiciones.
135. No obstante, debe señalarse que la condición no establece como efecto automático de todo incumplimiento de las condiciones la revocación de la autorización, pues únicamente establece dicha posibilidad ("*el incumplimiento ...podrá dar lugar ...*"), y en todo caso exige la tramitación del correspondiente procedimiento. De esta forma, se garantiza que no "*cualquier (incluso mínima) violación de un requisito establecido por cualquiera de las condiciones impuestas por la CNE puede conllevar la revocación de la autorización ...*" sino que este incumplimiento debe ser sustancial, y ponga en peligro el interés protegido, que es la seguridad del suministro. Mediante la

resolución del recurso de alzada pueden modificarse o aclararse estos aspectos.

Tengase en cuenta que la estimación – incluso parcial- del recurso de alzada determinará, previsiblemente, la modificación de esta condición.

8.d.- La condición decimoséptima.

136. Esta condición no debería resultar extraña a la Comisión ni a E.ON, ya que guarda cierta similitud con la impuesta por Resolución de 5 de julio de 2002 del Ministerio Federal de Economía y Tecnología (Referencia I B 1-22 08 40 / 192) sobre la concesión de autorización de la concentración E.ON/Ruhgas, que establece en su parte dispositiva

III. Cambio de control

A E.ON AD (en lo sucesivo E.ON) se le impone la obligación de enajenar a un tercero todas las acciones ostentadas por ella o por alguna de sus empresas asociadas, en Ruhgas AG (en lo sucesivo Ruhgas), si otra empresa adquiere una mayoría en el capital de E.ON o en el control de los derechos de voto y el adquirente da lugar a una preocupación motivada de que los intereses políticos energéticos de la República Federal de Alemania puedan verse afectados, cuando el Ministerio Federal de Economía y Tecnología así lo exija.

137. Como en apartados anteriores, debemos poner de manifiesto que E.ON no ha recurrido específicamente esta condición en alzada, por lo que no puede entenderse la insistencia de la Comisión en afirmar que vulnera algún derecho del que E.ON sea titular. Esta circunstancia hace especialmente llamativo que la Comisión incluya la condición decimoséptima en sus conclusiones preliminares, máxime si tenemos en cuenta que la Resolución de 5 de julio de 2002 no ha merecido ningún reproche.

8.e.- La condición decimonovena.

138. La Comisión no considera específicamente esta condición, sino que la menciona en relación con los poderes atribuidos a la CNE por la condición decimosexta. Consecuentemente, no resulta necesario

realizar ningún tipo de defensa de su contenido, remitiéndonos al contenido en cada una de las condiciones anteriores.

139. En todo caso debe ponerse de manifiesto que la posible estimación del recurso de alzada interpuesto- incluso cuando se tratara de una estimación parcial- necesariamente debería conducir a la modificación o anulación de esta condición.

VI.- CONCLUSIÓN RELATIVA AL DEBATE PROCEDIMENTAL Y A LAS RESOLUCIONES A DICTAR.

140. **En el curso de la tramitación de los recursos de alzada, el Reino de España se pone a disposición de la Comisión –ofreciéndose a mantener las reuniones y debates que Esta entienda necesarios- para aclarar y debatir cuantas cuestiones puedan surgir relacionadas con este procedimiento, los recursos de alzada interpuestos y cuanto sea necesario para dictar unas resoluciones en los mismos lo más ajustadas posible a la interpretación de esa Comisión sobre la legalidad comunitaria.**