



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 006
MADRID

PO021 AUTO DENEGANDO CAUTELARISIMAS

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2007 0001835
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000103 /2007**
Sobre: ACCION ADMINISTRATIVA
De EON ZWOLFTE VERWALTUNGS GMBH EON ZWOLFTE
Procurador Sr. D.. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Contra COMISION NACIONAL MERCADO DE VALORES
ABOGADO DEL ESTADO

AUTO

ILMA SRA. PRESIDENTE
MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
MERCEDES PEDRAZ CALVO
JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
SANTIAGO PABLO SOLDEVILLA FRAGOSO
CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

En MADRID, a treinta de Marzo de dos mil siete.

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en la representación acreditada de la sociedad E.ON ZWOLFTE VERWALTUNGS GmbH ("E.ON12"), se presenta escrito por el que se interpone recurso contencioso administrativo contra los Acuerdos del Consejo de la C.N.M.V. de 23 y 26 de Marzo de 2007, solicitando en su primer OTROSI que al amparo del artículo 129 y siguientes de la LJCA en especial lo previsto en el artículo 135 de la misma, la adopción de las medidas cautelares por vía de urgencia que en dicho escrito se relacionan.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de sociedad E.ON ZWOLFTE VERWALTUNGS GmbH ("E.ON12"), se solicita de la Sala la adopción de la medida cautelarísima prevista en el artículo 135 de Ley 29/1998, en los siguientes términos:

Suspenda la eficacia de los Acuerdos de la CNMV de 23 y 26 de marzo de 2007, exclusivamente en cuanto permiten a Enel



y Acciona formular una OPA sobre Endesa transcurridos seis meses desde la liquidación de la de mi representada. Subsidiariamente, suspenda la limitación temporal de seis meses a la prohibición de lanzar OPA por parte de Enel y de Acciona, resultante de los Acuerdos de 23 y 26 de marzo de 2007 de la CNMV, manteniéndose tal prohibición en tanto se resuelva el proceso principal.

Prohiba a la CNMV la publicación de ulteriores comunicados, hechos relevantes y cualquier otra difusión de información relativa a dicha eventual OPA de Acciona y Enel.

Ordene a la CNMV retirar de sus comunicados y de sus portales con acceso al público todos y cada uno de los hechos relevantes y documentos remitidos por Acciona y Enel de los que resulta la coexistencia de una OPA que de facto es competidora con la única OPA reglamentaria que es la de E.ON 12.

Ordene a la CNMV prohibir expresamente a Acciona y a Enel la realización de cualquier acto, comunicación y pronunciamiento público que puedan efectuar sobre una eventual OPA, todo ello, en relación con las acciones de Endesa.

SEGUNDO.- El artículo 135 de la Ley 29/1998 dispone:

"El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este Auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará Auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales".

De la dicción del precepto resulta:

- 1.- Que una vez apreciada la especial y singular urgencia del caso, el Juez o Tribunal necesariamente habrá de adoptar la medida solicitada sin audiencia de la parte contraria.
- 2.- Si bien, y en garantía de los afectados, se establece una comparecencia en los tres días posteriores a fin de que, por la Sala, se tome conocimiento de las posiciones de las partes demandada y codemandada, si la hubiere, pronunciándose entonces sobre la necesidad de mantener, alzar o modificar la medida cautelarísima acordada.

Pues bien, el sistema que describe el artículo 135 de la Ley 29/1998 supone una forma urgente y abreviada de las medidas contenidas en el artículo 129 del mismo texto legal. Ello supone el ineludible presupuesto para la adopción de la medida, de su necesidad para asegurar la efectividad de la sentencia.



Por ello, para decidir sobre la petición que se nos formula, hemos de analizar los dos aspectos citados: 1) necesidad de adoptar la medida para la efectividad de la sentencia que pudiera recaer, 2) urgencia para acordarla, de apreciarse su necesidad, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 135 de la Ley 29/1998.

La especial urgencia vendría determinada por dos aspectos, el primero, porque la OPA se encuentra actualmente en curso, y las circunstancias referidas a ella, puede afectar a su desarrollo; y el segundo, porque el plazo de aceptación de la OPA concluye el próximo día 3 de Abril del año en curso; por tal razón los accionistas han de tomar su decisión sobre la misma en un corto margen de tiempo.

Dicho esto, hemos de analizar si concurre los requisitos que justifican la adopción de la medida cautelar por la vía de urgencia para asegurar la efectividad de la sentencia que pudiera recaer. Examinemos las medidas solicitadas para determinar este aspecto.

TERCERO.- En el apartado I.) de las medidas solicitadas, se pide a la Sala la suspensión de la ejecutividad de los Acuerdos de la CNMV de 23 y 26 de marzo de 2007 y, subsidiariamente, en cuanto a la limitación de seis meses para lanzar la OPA contenida en la decisión de la CNMV.

Los pronunciamientos recogidos en los Acuerdos de la CNMV impugnados y en relación con los extremos cuya suspensión se pretende carecen de la singular urgencia requerida por el artículo 135 de la Ley 29/1998.

En relación con el Acuerdo de 23 de marzo de 2007, en el apartado objeto de impugnación se dice:

"En consecuencia, el Consejo de la CNMV acuerda:

Por entenderla contraria, en su origen, al régimen de OPAs previsto en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, la CNMV no autorizaría ninguna OPA sobre la compañía Endesa que formularan Enel o Acciona, ya sea de forma individual o conjunta, durante los próximos 6 meses, a contar desde la liquidación de la OPA de E.ON en curso.

Si E.ON desistiera de su actual oferta, la citada limitación quedaría, no obstante, sin efecto."

La CNMV decide, precisamente, no autorizar ninguna OPA sobre Endesa S.A. que formulara Acciona Enel o ambas conjuntamente, durante los próximos seis meses. En ningún caso se afirma que tras los seis meses se autorice. Es evidente que este Acuerdo, que en nada altera la realidad actual, no afecta de ninguna manera la OPA en curso. Cuestión distinta es que el mismo pueda ser mal interpretado por el mercado, que es precisamente lo que subyace en las argumentaciones de la recurrente. Pero este aspecto lo examinaremos posteriormente. En relación al Acuerdo de 27 de marzo de 2007 se limita a señalar:

"El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha analizado hoy, con carácter preliminar:



El "Acuerdo sobre acciones de Endesa, S.A." suscrito hoy por Acciona, S.A., Finanzas, S.A." [sociedad vehículo de Acciona en la toma de control de Endesa], ENEL Energy Europe, Srl [sociedad vehículo de Enel].

Las peticiones que, en relación con la operación Acciona-Enel que se describe en el citado "Acuerdo", ha dirigido hoy a la CNMV la compañía E.ON."

El Consejo ha tomado nota de que, de conformidad con lo previsto en el punto 2 del acuerdo del Consejo de la CNMV del viernes, 23 de marzo de 2007, E.ON ha mejorado hoy hasta 40 Euros el precio de su oferta.

El Consejo considera aplicable lo previsto en el punto 1 de su ya citado acuerdo de 23 de marzo de 2007 al proyecto de oferta pública de adquisición descrito en el citado "Acuerdo sobre acciones de Endesa S.A." entre Acciona y Enel.

El presente acuerdo ha sido adoptado por mayoría".

Por tanto el contenido del mismo consiste solo en el análisis: 1) del "Acuerdo sobre Acciones de Endesa S.A.", 2) de las peticiones de E.ON 12 sobre dicho Acuerdo. A continuación toma nota de la mejora del precio de la OPA formulada por E.ON. Por último declara aplicable el apartado 1 del Acuerdo de 23 de marzo de 2007 al proyecto de OPA descrito en el "Acuerdo sobre Acciones de Endesa S.A.", esto es, la no autorización de ninguna OPA sobre Endesa S.A. por Enel o Acciona o ambos conjuntamente durante los próximos seis meses. Este Acuerdo tampoco altera la realidad actual, se limita a analizar las señaladas cuestiones, tomar nota de la mejora del precio, y reitera lo decidido en el Acuerdo de 23 de marzo de 2007.

También en este caso ocurre lo que con el Acuerdo anterior. No es el Acuerdo en si el que al ser ejecutado, podría afectar a la eficacia de la sentencia que recayese, sino una posible mala interpretación del mismo por el mercado, aspecto éste que posteriormente examinaremos.

En relación con la medida solicitada en el apartado II.), viene referida a una posibilidad de futuro, de ulteriores comunicados o difusión futura, que por no haberse producido aún, no puede causar un perjuicio real y actual, ni a la actora ni al mercado.

En los apartados III.) y IV.) de las medidas solicitadas, se pide de la Sala ordene a la CNMV que adopte las medidas necesarias para evitar actos, comunicaciones o pronunciamientos públicos de los que pueda deducirse la existencia de facto de una OPA competidora de la que en este momento se desarrolla por E.ON 12.

Para pronunciarnos sobre esta cuestión hemos de recordar el acuerdo adoptado por el Consejo de la CNMV el 23 de marzo de 2007:

"En consecuencia, el Consejo de la CNMV acuerda:

Por entenderla contraria, en su origen, al régimen de OPAs previsto en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, la CNMV no autorizaría ninguna OPA sobre la compañía Endesa

que formularan Enel o Acciona, ya sea de forma individual o conjunta, durante los próximos 6 meses, a contar desde la liquidación de la OPA de E.ON en curso.

Si E.ON desistiera de su actual oferta, la citada limitación quedaría, no obstante, sin efecto."

Pues bien, de tal acuerdo resulta sin lugar a dudas:

- 1.- Que no se autoriza antes de transcurridos seis meses desde la liquidación de la OPA de E.ON, ninguna OPA sobre Endesa que pudieran formular Enel o Acciona o ambas conjuntamente por ser contraria al artículo 60 de la Ley 24/1988.
- 2.- En ningún caso se dice que transcurridos los seis meses una hipotética OPA formulada por Enel o Acciona o ambos conjuntamente sobre Endesa vaya a autorizarse.
- 3.- Que, de desistir E.ON 12 de la OPA actual, la limitación de seis meses quedaría sin efecto.

Pues bien la situación fáctica que la medida solicitada tiende a evitar, es llevar a la idea de los accionistas que existe realmente una OPA que se formulará posteriormente a la actual en curso, a un precio superior a la actual y que será autorizada; y para ello se pide del regulador, la adopción de las medidas legales a tal fin. Se razona por la actora que este convencimiento en el mercado supondría de hecho una competición entre OPAs - al margen de los supuestos regulados en el Real Decreto 1197/1991 -, la una en curso, y la otra que es apreciada como de segura formulación y autorización por los actuales accionistas de Endesa.

Hemos de resaltar que del acuerdo antes transcrito de la CNMV de 23 de marzo de 2007, resulta claro que no ha sido autorizada ninguna OPA salvo la que se encuentra en curso formulada por E.ON 12, y que no es posible formular ninguna otra por Acciona o Enel o ambas conjuntamente hasta transcurridos seis meses. Estos pronunciamientos son nuevamente reiterados en el Acuerdo de 26 de marzo de 2007 al analizar la CNMV el acuerdo sobre acciones de Endesa y las peticiones de E.ON. En ningún caso se afirma que formulada la OPA una vez transcurridos los seis meses, esta sea autorizada con total seguridad.

CUARTO.- Pues bien, queda meridianamente claro, de lo expuesto, que en el momento actual no existe sobre Endesa S.A. más OPA que la formulada por E.ON 12. En cuanto a una hipotética OPA futura que pudieran formular Enel o Acciona o ambos conjuntamente, no existe ni acuerdo ni compromiso alguno de la CNMV en relación a su aprobación. Esta cuestión es de futuro y por ello de realización incierta.

Esta claridad impide al mercado llamarse a confusión sobre la probabilidad de una hipotética OPA que pudiera formularse en el futuro. Por ello, no se aprecia perjuicio que pudiera sobrevenir a la OPA en curso por una desinformación del mercado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación a este supuesto,



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA, por y ante mí, el Secretario Judicial, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a CONCEPCIÓN MONTERO ELENA, ACUERDA:

Denegar la medida cautelar solicitada por la vía de urgencia, sin perjuicio de lo indicado en el Fundamento Jurídico Cuarto.

Prosígase el trámite en cuanto al recurso y a la suspensión ordinaria que se pide, formando pieza separada.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen citados; doy fe.