CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 6 de febrero de 2003 [1]

I. Introducción

1. En estos recursos por infracción del Tratado se cuestiona la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de unos regímenes que someten a autorización o a aprobación administrativas previas determinadas clases de actuaciones con incidencia en la existencia, el objeto social o la estructura accionarial de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica. A pesar de su naturaleza jurídica, estas facultades del poder público se suelen denominar vulgarmente «acciones de oro» (*«golden shares»*).

2. La materia ha sido acotada recientemente por el Tribunal de Justicia en las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, Comisión/Francia y Comisión/Bélgica, [2] donde ha admitido que un régimen de semejantes características pueda ser conforme a las exigencias del derecho comunitario, siempre que presente determinadas garantías.

II. Marco jurídico y antecedentes de hecho

Asunto C-463/00, Comisión/España

3. En España, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (BOE nº 72), regula los requisitos para la privatización de diversas empresas del sector público.

1 — Lengua original: español.

2 — Respectivamente asuntos C-367/98 (Rec. p. I-4731), C-483/99 (Rec. p. I-4785) y C-503/99 (Rec. p. I-4809).

4. La Ley prevé:

«Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva

Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley:

1. Las entidades de naturaleza mercantil que en la fecha de entrada en vigor de esta Ley cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por ciento de éste y estén controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable, siempre que en la actividad que desarrolle la entidad, por sí o mediante la participación en otras sociedades, concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Prestar servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales.

b) Desarrollar actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen.

c) Estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

2. Las entidades de naturaleza mercantil que formen parte de un grupo, determinado conforme al artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en el que cualquiera de las entidades contenidas en el apartado 1 anterior tenga una posición dominante, siempre que en aquéllas concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los párrafos a), b) y c) del referido apartado.

Artículo 2. Presupuesto de aplicación

El régimen de autorización administrativa previa definido en los artículos 3 y siguientes de esta Ley será aplicable cuando la participación pública del socio estatal en las entidades a que se refiere el artículo anterior se encuentre en alguno de los supuestos siguientes:

1. Cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por ciento del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por ciento.

2. Cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por ciento del capital social.

Artículo 3. Autorización administrativa previa

1. Cuando se haya producido alguno de los presupuestos de aplicación a que se refiere el artículo anterior y así se establezca en el Real Decreto al que se refiere el artículo 4 de esta Ley, podrán someterse a autorización administrativa previa los siguientes acuerdos adoptados por los órganos sociales de las entidades mercantiles indicadas en el artículo 1 de esta Ley:

a) La disolución voluntaria, la escisión o la fusión de la entidad.

b) La enajenación o el gravamen, en cualquier forma y por cualquier título, de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y que a tal efecto se determinen.

c) La sustitución del objeto social.

2. Igualmente cuando se haya producido alguno de los presupuestos de aplicación definidos en el artículo 2 de esta Ley, en los términos que establezca el Real Decreto a que alude el artículo siguiente, podrán someterse a autorización administrativa previa:

a) Las operaciones consistentes en actos de disposición sobre el capital social que determinen, en un solo acto o en varios sucesivos, la reducción de la participación social pública, respecto de la empresa sujeta al régimen especial previsto en esta Ley, en un porcentaje igual o superior al 10 por ciento.

b) La adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por ciento del capital social.

[...]

Artículo 4. Régimen de la autorización administrativa.

1. El régimen de la autorización administrativa previa se establecerá mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros,

a propuesta del Ministro competente por razón de la materia y previo dictamen del Consejo de Estado.

2. El Real Decreto por el que se establezca el régimen a que se refiere este artículo deberá estar en vigor con anterioridad a la realización de los actos de disposición recogidos en el artículo 2 y determinará:

a) Su ámbito subjetivo de aplicación.

b) Los actos de disposición concretos que quedan sujetos a previa aprobación administrativa de entre los recogidos en el artículo 3.

c) El órgano competente para otorgar la autorización.

d) El plazo de vigencia del régimen de la autorización administrativa.

3. Excepto en el caso establecido en el párrafo 2.d) anterior, el régimen de la autorización administrativa será modificado o suprimido por los mismos trámites establecidos en el apartado 1 del presente artículo.»

5. De los autos se desprende que, desde 1996, el procedimiento de autorización administrativa previa instaurado por la Ley 5/1995 ha sido aplicado mediante diversos reales decretos. Las críticas de la Comisión se refieren a los siguientes procesos de privatización:

— Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol (petróleo y energía).

— Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España (telecomunicaciones).

— Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España (Argentaria) (banca).

— Real Decreto 562/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera (tabaco).

— Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa (electricidad).

Asunto C-98/01, Comisión/Reino Unido

6. En virtud de la Airports Act 1986 (Ley de aeropuertos), de 8 de julio de 1986, se privatizó la entidad pública que poseía y explotaba los aeropuertos internacionales del Reino Unido (British Airports Authority), transfiriéndose sus haberes a la sociedad privada BAA plc (en lo sucesivo, «BAA»).

Mediante sus estatutos, de 7 de julio de 1987, se creó una acción especial de una libra esterlina a favor del ministro de Transportes.

7. El artículo 10 de los estatutos de BAA define el contenido de la acción especial. Su titular debe ser un miembro o un representante del Gobierno (apartado 1). De conformidad con el apartado 2, se precisa su autorización por escrito, entre otros, en caso de:

— cualquier modificación de los estatutos que altere las facultades especiales de que disponen los poderes públicos en el seno de la sociedad (entre otras, las contenidas en el propio artículo 10 y en el artículo 40);

— la cesión del control de una filial que administre uno de los aeropuertos designados (Gatwick, Heathrow y Stansted);

— la disolución o liquidación de la sociedad o de una de sus filiales que gestione un aeropuerto designado, salvo en caso de reestructuración;

— la enajenación total o parcial de un aeropuerto designado o de su gestión.

8. El accionista especial tiene derecho a ser convocado a todas las asambleas generales o reuniones de naturaleza similar, pero no ejerce derecho a voto ni ningún otro derecho distinto de la facultad de otorgar su autorización en los términos arriba expresados.

9. Según el artículo 40, apartado 1, de los estatutos:

«La finalidad de este artículo es impedir que cualquier persona, a excepción de una *persona autorizada*, adquiera, actual o presuntamente, o que así parezca a los administradores, cualquier título sobre

acciones de *la sociedad* que dé derecho (o que pueda darlo en determinadas circunstancias según las modalidades que les sean aplicables) a más del 15 por ciento de los votos que podrían emitirse para la adopción de cualquier acuerdo de cualquier asamblea general de *la sociedad* (aunque tales votos no pudiesen emitirse en relación con todos los acuerdos de todas las asambleas generales).»

A continuación, los estatutos detallan la manera en que los administradores han de garantizar que nadie posea más del 15 por ciento del capital social con derecho a voto, otorgándoles la posibilidad de requerir a los titulares afectados para enajenar su participación excesiva y, llegado el caso, de acordar su enajenación de oficio.

III. Procedimiento administrativo precontencioso

Asunto C-463/00, Comisión/España

10. Mediante escrito de 26 de octubre de 1999, la Comisión informó al Gobierno español de que el régimen de autorización administrativa previa establecido por la Ley 5/1995 y por sus reales decretos de desarrollo podía infringir las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, invitándolo a presentar sus observaciones en un plazo de dos meses.

11. El Gobierno español respondió el 27 de enero de 1999, alegando que las medidas controvertidas eran conformes con el derecho comunitario. En un nuevo escrito de 18 de marzo de 1999, dicho Gobierno precisó su punto de vista.

12. Al no considerar satisfactorias las razones proporcionadas, la Comisión le dirigió, el 2 de agosto de 1999, un dictamen motivado, instándolo a atenerse a su contenido en un plazo de dos meses.

13. El Gobierno español respondió el 3 de noviembre de 1999, explicando detalladamente el sistema de privatización de determinadas empresas que operan en el sector público y reiterando su opinión de que las medidas controvertidas eran compatibles con el derecho comunitario, en particular con los artículos 43 CE, 56 CE y 295 CE.

14. Insatisfecha con estas explicaciones, la Comisión interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia.

Asunto C-98/01, Comisión/Reino Unido

15. En un documento de 3 de febrero de 1999, la Comisión informó al Gobierno del Reino Unido de que las facultades especiales del Estado establecidas en los estatutos de BAA podían infringir las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, ofreciéndole un plazo de dos meses para comunicarle sus observaciones.

16. El Gobierno británico no respondió a este requerimiento, por lo que la Comisión le dirigió el 6 de agosto de 1999, un dictamen motivado, requiriéndole para que se atuviera a su contenido en un plazo de dos meses.

17. El Gobierno británico reaccionó el 5 de noviembre de 1999, sosteniendo que los Estados miembros tienen competencia para definir, en el ámbito del derecho interno de sociedades, las características esenciales de las acciones de entidades privadas disponibles en el mercado y que una medida semejante no obstruye el acceso al mercado de esas acciones. Por lo demás, alegó que, en el transcurso de un proceso de privatización, podía resultar indispensable adoptar medidas especiales para salvaguardar el interés general.

18. Poco convencida con esta respuesta, la Comisión interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

Asunto C-463/00, Comisión/España

19. La demanda de la Comisión tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 21 de diciembre de 2000. Tras el procedimiento escrito, se decidió mantener el asunto ante el Pleno e iniciar la fase oral. Además de las partes, ha comparecido como coadyuvante, en apoyo de la demandada, el Gobierno del Reino Unido.

20. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia:

1) Declarar la incompatibilidad con los artículos 43 CE (antiguo artículo 52 del Tratado CE) y 56 CE (antiguo artículo 73 B del Tratado CE) de los artículos 2 y 3, apartados 1 y 2, de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, en relación con el artículo 1 de la misma Ley, y los reales decretos de desarrollo promulgados conforme al artículo 4 de dicha Ley (Reales Decretos 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol; 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España; 40/1998, de 16 de enero, relativo a Argentaria; 562/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera; 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa), en la medida en que estable-

cen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa

— no justificado de acuerdo con requisitos imperativos de interés general,

— sin fijar criterios objetivos, estables a lo largo del tiempo y que se hayan hecho públicos,

— y sin ajustarse al principio de proporcionalidad.

2) Condenar en costas al Reino de España.

21. El Gobierno español pretende que se desestime el recurso y se condene en costas a la Comisión.

Asunto C-98/01, Comisión/Reino Unido

22. La demanda de la Comisión se presentó en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2001. Tras el procedimiento escrito, el propio Tribunal decidió mantener el asunto ante el Pleno e iniciar la fase oral.

23. La Comisión demanda:

1) La declaración de incompatibilidad con los artículos 43 CE y 56 CE de las disposiciones que limitan la posibilidad de adquirir acciones con derecho a voto de la sociedad BAA (artículo 40 de los estatutos), así como el procedimiento de autorización para los proyectos de cesión de activos de la sociedad, el control de sus filiales y la liquidación (artículo 10 de los estatutos).

2) La condena en costas del Reino Unido.

24. El Gobierno británico requiere que se desestime el recurso y se impongan las costas a la Comisión.

V. Análisis del recurso

Cuestiones de admisibilidad

25. El Gobierno de España contesta la admisibilidad de la demanda dirigida en su contra.

En concreto, el recurso sería inadmisible en cuanto se refiere a los Reales Decretos 40/1998 (Argentaria) y 562/1998 (Tabacalera), por haber expirado, respectivamente, el 17 de febrero de 2001 y el 5 de octubre de 2000,[3] el régimen de facultades especiales previsto en cada caso y, en lo tocante a los Reales Decretos 3/1996 (Repsol), 8/1997 (Telefónica) y 929/1998 (Endesa), por incongruencia entre las disposiciones legales controvertidas y el *petitum* de la demanda. En estos tres últimos supuestos, el régimen de autorización previa se había establecido en virtud del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 5/1995, por tratarse de grupos de empresas, mientras la Comisión hace referencia, en la carta de emplazamiento, en el dictamen motivado y en la propia demanda, al apartado 1 del mismo artículo.

26. Hay que tener en cuenta, por un lado, que, según reiterada jurisprudencia, la situación que debe apreciarse a efectos de comprobar un incumplimiento de Estado es la que se daba en el momento de expiración del plazo concedido por la Comisión en su dictamen motivado, en el caso de autos, el 2 de octubre de 1999. Las dos fechas invocadas por el Gobierno demandado son posteriores a ese momento.

27. Por otro lado, en lo referido a la pretendida incongruencia y sin que sea necesario pronunciarse sobre si concurre en realidad, basta con comprobar, mediante la simple lectura de los autos, que el Gobierno demandado conocía con precisión suficiente la naturaleza de las infracciones que se le imputaban, por lo que no puede prosperar su alegación.

28. Propongo, pues, que el recurso contra España sea declarado admisible en su integridad.

La doctrina establecida por las sentencias de 4 de junio de 2002

29. Parece dudoso que, en esta ocasión, el Tribunal de Justicia haya seguido los consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes de que fuese a gobernar la ínsula de Barataria: nunca te guíes por la ley del encaje [...] Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia

3 — Tras la modificación operada por el Real Decreto 67/2000, de 21 de enero de 2000.

que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad [...] Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley [...] que no es mejor la fama del juez rigoroso que la del compasivo. [4]

30. De las sentencias de 4 de junio de 2002, antes citadas, se pueden extraer determinadas enseñanzas sobre el modo de apreciación del Tribunal de Justicia:

a) El examen de las distintas normativas nacionales de intervención se lleva a cabo, esencialmente, a la luz de los principios relativos a la libre circulación de capitales, de cuya inobservancia se deriva, como consecuencia accesoria, la posible infracción de la libertad de establecimiento.

b) En la medida en que pueden impedir la adquisición de acciones en las empresas afectadas y disuadir a los inversores de otros Estados miembros, dichas normativas constituyen restricciones a la libertad de circulación de capitales.

c) El artículo 295 CE no posee virtualidad práctica alguna en este ámbito.

d) La libre circulación de capitales sólo puede restringirse legítimamente con medidas que, sin efectuar una discriminación por la nacionalidad, respondan a razones imperiosas de interés general y sean adecuadas y proporcionadas al fin que se persigue. Tales medidas, que deben adoptarse *a posteriori,* han de basarse en criterios objetivos, conocidos de antemano por los interesados, y ser susceptibles de impugnación jurisdiccional.

31. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal de Justicia condenó la normativa portuguesa que prohibía a los inversores de un Estado miembro la adquisición de acciones en determinadas empresas por encima de un límite. Este régimen presentaba un claro carácter discriminatorio, sin que el compromiso meramente político del Gobierno portugués de no hacer valer la restricción frente a operadores comunitarios bastase para subsanar la infracción. [5]

32. Igualmente, sobre la base de la misma doctrina, declaró el incumplimiento respecto a regímenes de aplicación indistinta,

4 — Cervantes, M. de: *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha,* 2ª parte, capítulo XLII, edición de Martín de Riquer, ed. Planeta, Barcelona, 1994, p. 935.

5 — Apartados 40 a 42 de la sentencia Comisión/Portugal.

a saber, los regímenes portugués y francés que sometían a autorización administrativa previa la adquisición de una participación que rebasase ciertos umbrales en el capital de algunas empresas, así como la normativa francesa que otorgaba a los representantes del Estado la facultad de oponerse a acuerdos sociales de enajenación o pignoración de activos de varias sociedades.

El Gobierno portugués había alegado, en su defensa, la necesidad de perseguir objetivos de política económica, tales como la elección de un socio estratégico, el reforzamiento de la estructura competitiva del mercado, la modernización y la mejora de la eficacia de los medios de producción.

El Gobierno francés, por su parte, había invocado el interés público en garantizar la seguridad del abastecimiento de productos petrolíferos en caso de crisis.

El Tribunal de Justicia resolvió, en el primer asunto, que motivos de naturaleza económica no pueden servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado y, en el segundo, que la normativa no se ajustaba a criterios suficientemente objetivos y precisos, yendo, por lo tanto, más allá de lo que resulta necesario para alcanzar la finalidad indicada.

33. Distinto tratamiento mereció, no obstante, el régimen belga por el que se establecía el derecho de ese Estado a oponerse a toda cesión, pignoración o cambio de destino de canalizaciones de productos energéticos y de algunos otros activos estratégicos, así como a ciertas decisiones de gestión consideradas contrarias a las líneas directrices de la política energética del país.

El Tribunal de Justicia tuvo en cuenta el carácter de control *a posteriori* y los estrictos plazos para ejercerlo propios del régimen belga, el carácter limitado de las intervenciones posibles (veto de decisiones sobre activos estratégicos y sobre cuestiones de gestión específicas) que, además, sólo se permiten cuando peligren los objetivos de política energética, deben motivarse formalmente y son suceptibles de control jurisdiccional efectivo.

34. La función del abogado general, tal como la define el artículo 222 CE, es la de presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia, a fin de asistirle en el cumplimiento de su misión. Su primer deber es proponer al Tribunal de Justicia una solución que, adecuándose a derecho, respete los postulados dialécticos del discurso razonado y de la coherencia, sin cuyo concurso las resoluciones judiciales se percibirían como meros ejercicios arbitrarios y quedarían desprovistos de carácter persuasivo.

35. En cumplimiento de este alto cometido, he de indicar al Tribunal de Justicia los aspectos frágiles de la fundamentación recogida en las sentencias de 4 de junio de 2002, consciente de los riesgos que entraña contemplar su jurisprudencia con la exclusiva mirada de la beatitud, bajo una luz irreal que, al no proyectar sombras, la priva a la postre de todo relieve. [6] Esos aspectos son, esencialmente, tres; los abordaré con sumo cuidado y de manera breve.

36. En primer lugar, sigo opinando que el ámbito natural e idóneo para el examen de las restricciones varias que se derivan de lo que cabe designar, harto imprecisamente, como «acciones de oro», es el de la libertad de establecimiento. Lo que, en cada caso, pretende controlar el Estado miembro encausado, utilizando facultades de intervención en la formación de la estructura accionarial, en la cesión de activos o en determinados actos de gestión, es la formación de la voluntad social de las entidades privatizadas (ya sea mediante intervención en la composición accionarial o respecto a actos concretos de administración), aspecto que poco tiene que ver con el libre flujo de capitales al que se refiere el artículo 56 CE. Tales facultades pueden incidir en el derecho de libre establecimiento, haciéndolo menos interesante, tanto de modo directo, cuando versan sobre el acceso al capital social, como indirecto, cuando reducen su atractivo al restringir la capacidad de disposición o gestión de los órganos sociales. Contrariamente a lo que declaró el Tribunal de Justicia, [7] la restricción resultante de la libertad de circulación de capitales tiene carácter subsidiario, no necesario. Si esto es cierto en lo referente a las medidas que inciden en la configuración del accionariado, lo es mucho más en cuanto a aquéllas que limitan la adopción de acuerdos sociales (cambio de objeto social, enajenación de activos). En estos últimos casos, el vínculo con la libre circulación de capitales es hipotético o muy tenue.

Por lo demás, para dotar de contenido al concepto de movimientos de capitales y de pagos, el Tribunal de Justicia debe acudir a las técnicas consagradas de interpretación. Se me antoja particularmente inadecuado servirse de actos de derecho derivado para inquirir el significado de una de las libertades fundamentales previstas en el Tratado. [8] Como tampoco tiene relevancia alguna, a efectos de la calificación jurídica de una restricción, que el Estado demandado (¡o una parte coadyuvante!) la acepte o la rechace. [9]

6 — Boulois, J.: Nouvelles réflexions à propos du caractère préjudicielle de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales, en Études de droit des Communautés européennes — Mélanges offerts à Pierrre-Henri Teitgen, ed. A. Pedone, París, 1984, p.25.

7 — Apartados 56 de las sentencias Comisión/Portugal y Comisión/Francia, antes citadas.

8 — Como señala el Gobierno español, es significativo que la propuesta de Directiva sobre las ofertas públicas de adquisición se apoye exclusivamente en la disposición del Tratado que reconoce la libertad de establecimiento.

9 — Así se hace, sin embargo, en los apartados 40 y 41 de la sentencia Comisión/Bélgica. Para examinar si la normativa belga podía constituir una restricción al libre movimiento de capitales, el Tribunal de Justicia se contenta con aludir, a efectos «indicativos», a la Directiva 88/361, y a comprobar que el Gobierno demandado no se opone, en principio, mientras que el Gobierno del Reino Unido, coadyuvante, lo admite «hasta cierto punto». Estos elementos de apreciación son apenas pertinentes y, en ningún caso, suficientes para sustentar una apreciación de esta naturaleza.

No ahondo más en lo que considero una incorrecta calificación jurídica del supuesto de infracción alegado, que no produce mayores consecuencias, pues el Tribunal de Justicia aplica un examen similar a ambas libertades comunitarias. [10]

37. En segundo lugar, las sentencias de 4 de junio de 2002, a pesar de la importancia primordial que le atribuye el texto fundacional de la Comunidad, parecen negar eficacia práctica al artículo 295 CE, a cuyo tenor el Tratado «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Según las sentencias, ese precepto no puede invocarse para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado. Reiterando una jurisprudencia asentada en hechos bien diversos, [11] el Tribunal de Justicia recordó que «dicho artículo no sustrae los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado».

Mi principal dificultad al abordar las acciones de oro era, y sigue siendo, el reconocimiento pacífico de que la participación accionarial y la titularidad públicas de las empresas en los Estados miembros son conformes, *sin más,* con el derecho comunitario. Este principio se apoya, como admitió la Comisión en el marco de los tres recursos hoy resueltos, en el postulado de neutralidad recogido en el artículo 295 CE. No cabe duda, sin embargo, de que la titularidad pública de empresas supone, para los operadores económicos de los demás Estados miembros, una clara restricción a la libertad de establecimiento (o, si se prefiere, de la libre circulación de capitales). Cortapisas similares pueden resultar de la simple participación de entidades públicas, independientemente de su cuantía relativa, en el capital social de empresas privadas. Otras restricciones serían consecuencia, en esta última hipótesis, de la influencia de los poderes públicos, mediante sus representantes, en la adopción de determinados acuerdos sociales, por los que, por ejemplo, se impide el acceso de socios extranjeros o, de cualquier otra forma, se hace menos atractiva una inversión directa transfronteriza.

Pues bien, si el artículo 295 CE no permite amortiguar, en relación con los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros, el rigor en la aplicación de las normas fundamentales del Tratado, creando una *presunción de legalidad,* ha de justificarse en cada caso la participación estatal en las empresas, con arreglo a la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia, la misma que aplicó en los tres recursos resueltos. Es decir, invocando una razón imperiosa de interés general y demostrando que la presencia estatal se ajusta al

10 — Es acertado abordar el conjunto de las libertades fundamentales en una perspectiva uniforme. Precisamente, por esta razón, habría sido deseable que, en el ámbito de los regímenes de las empresas privatizadas, el Tribunal de Justicia hubiese suavizado el rigor con el que aplica su doctrina relativa a las restricciones indistintamente aplicables, como ya hiciera, en cuanto a la libertad de circulación de mercancías, en su sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

11 — A saber, la sentencia de 1 de junio de 1999, Konle (C-302/97, Rec. p. I-3099), apartado 38.

fin perseguido. Las sentencias de 4 de junio de 2002 suponen, así, la quiebra de la libre intervención pública en las empresas, tal como se ha entendido hasta ahora. No estoy seguro de que el Tribunal de Justicia haya querido ese resultado, pero el seguimiento honesto de su doctrina no permite evitarlo.

En cualquier caso, las sentencias dejan de lado, sin motivación alguna, la aplicación y el alcance del referido artículo 295 CE, lo que no se puede realizar impunemente, ni siquiera en nombre de las libertades fundamentales, pues, en la economía del Tratado, aquél reviste tanta importancia como éstas.

38. La tercera crítica mayor tiene que ver con la salvedad realizada por el Tribunal de Justicia en el caso belga. Para dotar de mayor claridad a mi exposición me centraré en las facultades que los artículos 3 de los Reales Decretos de 10 y 16 de junio de 1994 conceden al ministro para oponerse a la cesión, pignoración o cambio de destino de las activos estratégicos.

La cuidada redacción de la sentencia por la que se resolvió este asunto no logra ocultar la falta de diferencias pertinentes con el régimen francés de oposición a la enajenación o la pignoración de activos de las filiales extranjeras de la société nationale Elf-Aquitaine. Este régimen mereció la condena del Tribunal de Justicia porque, a falta de «criterios objetivos y precisos, la normativa controvertida va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo indicado». [12] Sin embargo, en virtud de dicha normativa se faculta al titular de la acción específica a oponerse a la enajenación o la pignoración de activos capaces de causar *perjuicio a los intereses nacionales.* [13] La reglamentación belga, que faculta al ministro para oponerse a operaciones de disposición de activos estratégicos cuando considere que pueden atentar contra *los intereses nacionales en el ámbito de la energía,* [14] es apenas más precisa.

39. Tampoco las diferencias procesales entre las normativas son reveladoras. Ambas prevén un control posterior, con obligación de notificación previa. Esta afirmación ha de matizarse. No se trata, en absoluto, de un control posterior puro, de los que inciden en la validez de un acto, de por sí, eficaz. Se desprende, al contrario, de la economía de los textos normativos nacionales que, en tanto no se haya pronunciado el ministro o la autoridad com-

12 — Apartado 53 de la sentencia Comisión/Francia, antes citada.

13 — Artículo 1 del Decreto nº 93-1296, al que se remite el artículo 2, apartado 2, del Decreto nº 93-1298.

14 — Curiosamente, en el apartado 51 de la sentencia Comisión/Bélgica se dice que «las intervenciones del ministro previstas en los artículos 3 y 4 de los Reales Decretos de 10 y 16 de junio de 1994 sólo pueden producirse en el supuesto de que *peligren los objetivos de política energética*». Esta formulación, más estricta, no encuentra sustento en los textos. Como resulta de los apartados 9 y 10 de la misma sentencia, dichos Reales Decretos prevén, en el artículo 3, que el ministro se oponga a la cesión o gravamen de ciertos activos por estimar que la «operación atenta contra los intereses nacionales en el ámbito de la energía» y, sólo en su artículo 4, que los representantes del Gobierno pueden impugnar cualquier decisión del consejo de administración «que consideren contraria a las líneas directrices de la política energética del país, incluidos los objetivos del Gobierno en lo que atañe al abastecimiento energético del país».

petente, dentro del plazo máximo de que dispone, la operación de cesión o el acuerdo de enajenación, aunque jurídicamente perfectos, no deben surtir efecto alguno. De otro modo, cabría eludir el control administrativo, procediendo rápidamente a una nueva venta a un tercero, frente al que no serían ya oponibles las facultades especiales. Vista así, la situación se equipara a la de un régimen que sujeta los mismos actos a autorización administrativa previa, que se estima otorgada transcurrido cierto plazo (silencio administrativo positivo).

Ambas facultades están sometidas a plazos relativamente breves (veintiún días en el caso belga; un mes, prorrogable otros 15 días, en el francés). En fin, el Tribunal de Justicia tomó en consideración la alegación del Gobierno belga, amparada en la normativa administrativa general, de que las intervenciones del ministro debían motivarse formalmente y eran susceptibles de control jurisdiccional efectivo. Me cuesta creer que el régimen francés no disponga de garantías similares.

40. A la vista de estos elementos, la única diferencia relevante entre esas normativas nacionales es la distinta naturaleza de los activos objeto potencial de la oposición administrativa o, si se prefiere, su ámbito de aplicación material: por el lado belga, las canalizaciones que constituyan grandes infraestructuras de transporte interior de productos energéticos; por el francés, la mayoría del capital de filiales de Elf-Aquitaine. Aun admitiendo que esta diferencia incida en la apreciación de la restricción, es manifiesto que de ningún modo afecta a la *objetividad y precisión de los criterios*.

La aplicación concreta de esta doctrina a las presentes causas

Asunto C/463/00, Comisión/España

41. Por lo que al asunto C-463/00, Comisión/España, se refiere, a la luz de los supuestos examinados por el Tribunal de Justicia en las sentencias de 4 de junio de 2002, en las demandas dirigidas contra Portugal y Francia, el régimen constituido por la Ley 5/1995 y por los distintos reales decretos de aplicación podría no ser compatible con las exigencias del derecho comunitario. La autorización administrativa previa, instaurada tanto para la adopción de acuerdos que afecten a la persecución del objeto social (disolución, escisión o fusión de la sociedad; enajenación o gravamen de determinados activos esenciales; cambio de objeto social), [15] como para las operaciones que impliquen cierta modificación en la estructura accionarial (reducción

15 — Artículo 3, apartado 1, de la Ley 5/1995.

de la participación social pública o disposición significativa del capital social),[16] no está sujeta a ninguna condición, a excepción de una referencia a la garantía de la continuidad empresarial en la prestación del servicio, formulada de manera general en la exposición de motivos de la Ley 5/1995. Es dudoso, pues, que los particulares puedan conocer con suficiente precisión el alcance de sus derechos, por lo que el régimen sería contrario a la seguridad jurídica.

hasta transcurrido el plazo del que dispone el ministro para manifestar su oposición o hasta que renuncie prematuramente a hacerlo. En este sentido, no es tan distinto del régimen español que, como argumenta el Gobierno demandado, está sometido al silencio administrativo positivo.

La diferencia de plazo para hacer valer la oposición tampoco tiene carácter decisivo: veintiún días en el caso belga; un mes, prorrogable excepcionalmente otros quince días, en el español.

42. El resultado no es necesariamente el mismo si se toma como listón de adecuación al derecho comunitario el régimen belga de oposición a la cesión de activos. Como indiqué con anterioridad, el Tribunal de Justicia, para desestimar la acción por infracción, había subrayado diversos aspectos: carácter *a posteriori* de la intervención, sujeción a plazos estrictos, limitación de las decisiones que pueden resultar afectadas, así como de los motivos susceptibles de ser invocados para oponer el veto, motivación formal de la resolución y control jurisdiccional efectivo.

Además, como alegó el Gobierno español en el acto de la vista sin que la Comisión lo haya contradicho,[18] también la denegación de autorización, como acto administrativo, debe motivarse y queda sujeta, por ese mismo título, a control jurisdiccional efectivo. No hay razón para pensar que dicho control sea menos efectivo en España que en Bélgica.

43. Ya en su momento[17] expliqué que, bien mirado, aquel régimen belga no establece un control *a posteriori,* puesto que la medida no surte efecto jurídico *práctico*

Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, no existe motivo suficiente para dudar de que el régimen español de autorización previa se haya establecido con el fin de

16 — Artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995.

17 — Véase el apartado 39 *supra.*

18 — Parafraseo así la fórmula empleada en el apartado 51 de la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, aunque no estoy convencido de que, para la demostración del contenido del derecho nacional, baste el mero acuerdo de las partes o la aquiescencia de la contraria.

garantizar, en el marco de un proceso de privatización, «la continuidad empresarial que demande la prestación del servicio cumplido por la empresa», tal como se expresa con perfecta claridad en la exposición de motivos de la Ley 5/1995. Si, según alega el Gobierno demandado, por dicha continuidad se entiende la preocupación por la seguridad del abastecimiento, la solidaridad económica y social y la protección de los intereses de los consumidores, es manifiesto que el régimen persigue una razón imperiosa de interés general, distinta de cualquier finalidad únicamente económica. Por lo demás, no creo que presente mayor imprecisión que la mera invocación de «los intereses nacionales en el ámbito de la energía», que se daba en el caso belga. [19]

En definitiva, nuevamente la única diferencia relevante entre las normativas belga y española es la diferente naturaleza de las operaciones para las que se requiere autorización. Y una vez más se impone afirmar que, pese a que el régimen español tiene un ámbito de aplicación material más amplio, ya que se destina, además de a diferentes acuerdos de mutación social o de enajenación de activos, a la adquisición del 10 por ciento del capital social, tales diferencias de alcance no afectan en modo alguno a la *objetividad y precisión de los criterios* a los que la autorización queda subordinada. El mayor número de supuestos de autorización se explica por la diversidad del fin perseguido.

44. La normativa española presenta, además, una característica singular que la destaca de los demás asuntos similares de los que conoce el Tribunal de Justicia, a saber, su carácter expresamente transitorio. Así, cada uno de los reales decretos prevé un plazo de caducidad (generalmente de 10 años después de ocurrido el acontecimiento desencadenante). Esta limitación temporal de sus efectos confirma que se trata de un régimen excepcional concebido para acompañar un proceso de privatización. Parece en sintonía con el objetivo de lograr mercados más abiertos, sin abandonar completamente las prerrogativas de los poderes públicos en áreas que pertenecen a la economía estratégica. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, «no es posible ignorar las preocupaciones que pueden, en función de las circunstancias, justificar que los Estados miembros conserven cierta influencia en las empresas inicialmente públicas que se privaticen posteriormente, cuando dichas empresas actúen en el ámbito de los servicios estratégicos o de interés general». [20] Yo añadiría que estas preocupaciones son tanto más comprensibles cuanto que se acotan con precisión en el tiempo y sirven para prevenir los riesgos

19 — Insisto en que, a pesar de la redacción del apartado 51 de la sentencia Comisión/Bélgica, que se refiere a supuestos en los que «peligren los objetivos de política energética», la realidad que dimana de los textos jurídicos es que el ministro puede oponerse a la cesión, la pignoración o el cambio de destino de determinados activos estratégicos, si dicha operación «atenta contra los intereses nacionales en el ámbito de la energía» (artículo 3, apartado 1, del Real Decreto de 10 de junio de 1994). En otro ámbito, recuérdese que también la Comisión recurre a conceptos jurídicos indeterminados para restringir derechos. Así, por ejemplo, invoca la «falta de interés comunitario» para eludir la instrucción de una queja relativa al derecho de la competencia y limitar, de esta forma, el acceso de los particulares al control administrativo y, en su caso, judicial.

20 — Véanse las sentencias Comisión/Portugal, antes citada, apartado 47; Comisión/Francia, antes citada, apartado 43; y Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 43.

de lo que constituye un trastorno fundamental del estatuto empresarial en sectores sensibles de la economía.

45. Habida cuenta de la novedad que representa la privatización de empresas cuya titularidad o cuyo control públicos habían parecido legítimos durante muchos años, se justifica la diversidad de las medidas sometidas a autorización, así como la relativa imprecisión del fin que se pretende: la continuidad empresarial en la prestación del servicio. Ante lo imprevisible de las dificultades eventuales, se comprende que los poderes públicos no renuncien a cierto margen de discreción. Si, además, se tiene en cuenta la limitación temporal que lleva aparejada, el régimen español no excede el umbral de lo que es necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

46. Por este conjunto de consideraciones, apreciadas a la luz de las sentencias de 4 de junio de 2002 y del principio general de neutralidad del derecho comunitario frente a la iniciativa empresarial pública, consagrado en el artículo 295 CE, al que dediqué lo esencial de mis conclusiones de 3 de julio de 2001, pienso que las posibles restricciones a la libre circulación de capitales está justificada y es adecuada y proporcionada al objetivo perseguido, por lo que conviene desestimar el recurso interpuesto por la Comisión contra el Reino de España. Idéntica solución se impone en relación con la libertad de establecimiento. [21]

Asunto C-98/01, Comisión/Reino Unido

47. La situación jurídica reflejada en el asunto C-98/01, Comisión/Reino Unido, no parece adecuarse, en ningún caso, a los postulados de la jurisprudencia recién reiterada en este nuevo ámbito.

48. En primer lugar, carece de importancia la circunstancia de que las facultades de intervención que los poderes públicos pueden ejercer dimanen de los estatutos de la sociedad (y no de un acto normativo) y que la figura de las acciones sin voto dotadas de poderes especiales esté contemplada en el derecho interno. Si bien es cierto que esta situación se inscribe plenamente en la categoría clásica de «regímenes de la propiedad», no lo es menos que estos últimos no quedan sustraídos a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado, sin que el Tribunal de Justicia haya hecho —ni convenga hacer— distinción alguna en función de la naturaleza exacta de un régimen determinado. A los efectos de la calificación de la restricción, lo decisivo son las consecuencias económicas del régimen, no las particularidades técnicas de cada normativa. De lo contrario, bastaría con que, en lo sucesivo, los Estados miembros

21 — Véase, por analogía, el apartado 59 de la sentencia Comisión/Bélgica.

convirtiesen todo tipo de prerrogativas de derecho público en potestades estatutarias para que quedasen fuera del alcance del Tratado.

49. En segundo lugar, el Reino Unido ha alegado de forma muy convincente que las facultades de que dispone en virtud de los artículos 10 y 40 de los estatutos de BAA no constituyen restricciones prohibidas, porque ni limitan el acceso a su capital social ni son susceptibles de aplicación discriminatoria en función de la nacionalidad. Al no constituir obstáculos a las libertades fundamentales, no sería necesario justificarlas ni sujetar su ejercicio a criterios objetivos y precisos.

A pesar de las apariencias, la normativa británica no se distingue de la francesa de modo esencial.

50. A tenor del artículo 10 de los estatutos de BAA, el titular (público) de la acción especial puede oponerse a la disolución de la sociedad, a la disolución o cesión de una filial que posea uno de los aeropuertos designados y a la enajenación total o parcial de un aeropuerto o de su gestión. Este derecho no está sometido a condición alguna ni tampoco a control jurisdiccional, por tratarse de un acto de disposición ordinario del titular de una acción. Pues bien, la normativa francesa (artículo 2, apartado 3, del Decreto nº 93-1298) preveía la posibilidad de vetar acuerdos de enajenación o pignoración de activos y el Tribunal de Justicia consideró que un poder discrecional de esa amplitud «en relación con el control de la identidad de los titulares» era incompatible con el Tratado. El Gobierno británico ha aducido que no interpreta el artículo 10 en el sentido de que le permite rehusar la autorización según la identidad del adquirente o cesionario, sino sólo en cuanto a la oportunidad de realizar la operación de enajenación.

Esta alegación carece de eficacia, ya que no está recogida en los textos y aún menos se acompaña de las necesarias medidas para garantizar su observancia.

51. El artículo 40 de los estatutos de BAA limita, en la práctica, la participación de toda persona o empresa en la sociedad al 15 por ciento de su capital con derecho a voto. Esta proporción permite afirmar al Gobierno demandado que el acceso al mercado no se ve obstaculizado. En el caso francés (artículo 2, apartado 1, del Decreto nº 93-1298), la autorización era necesaria desde el momento en que se rebasaba la décima, la quinta o la tercera parte del capital social o de los derechos de voto. No creo que la diferencia de un mínimo del 5 por ciento entre ambas normativas conduzca a apreciaciones distintas. Además, si

bien es cierto que en el Reino Unido se aplica, en principio, de manera automática y nunca *intuitu personae*, también lo es que el titular de la acción especial puede, en cualquier momento, renunciar a ella o aceptar una modificación de los estatutos que permita a un inversor determinado un acceso al capital de mayor proporción, sin que esta operación sea revisable judicialmente.

52. Como quiera que el régimen británico no presenta ninguna de las garantías que el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta al examinar la normativa belga, en particular la sujeción a criterios objetivos controlables por los órganos jurisdiccionales, no cabe aplicarle por analogía la solución recogida en la sentencia Comisión/Bélgica.

53. En estas condiciones, el régimen establecido en los artículos 10 y 40 de los estatutos de BAA debe considerarse, conforme a las sentencias de 4 de junio de 2002, contrario a la libertad de circulación de capitales, sin que sea necesario examinar separadamente las medidas controvertidas a la luz de los preceptos relativos a la libertad de establecimiento. [22]

22 — Apartados 56 de las sentencias Comisión/Portugal y Comisión/Francia, antes citadas.

La solución respetuosa del postulado del artículo 295 CE

54. No obstante, por las razones que expuse en mis conclusiones de 3 de julio de 2001, y que invito al Tribunal de Justicia a reconsiderar, sigo convencido de que un régimen de esas características está, en todo caso, cubierto por el principio de neutralidad del artículo 295 CE. Sólo la correcta ponderación de esta disposición permite salvar la incoherencia que supone, por un lado, condenar a un Estado miembro que, manteniendo determinadas prerrogativas en su seno, ha accedido a desprenderse de su participación social en algunas empresas estratégicas, facilitando la interpenetración de los mercados nacionales querida por los Tratados, y tolerar, por otro lado, sin la menor justificación, que otro Estado miembro impida o restrinja tal integración mediante la propiedad pública de las mismas empresas.

55. Las sentencias de 4 de junio de 2002 declaran que el artículo 295 CE, que prescribe rotundamente que el Tratado CE «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros», no lo sustrae a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado. La doctrina así reiterada sin mayor precisión se equipara a una *petitio principii,* cuyo resultado práctico es la pérdida de eficacia de una disposición de importancia primor-

dial, que los redactores del Tratado se habían preocupado de subrayar. [23]

56. Del análisis histórico y teleológico se desprende que la expresión «régimen de la propiedad» del artículo 295 CE no remite al ordenamiento civil de las relaciones patrimoniales, sino al conjunto ideal de normas de todo tipo, tanto de origen jurídico-privado, como de derecho público, que son capaces de otorgar la titularidad económica de una empresa, es decir, que facultan a quien la ostenta para ejercer una influencia decisiva en la definición y en la ejecución de todos o de algunos de sus objetivos económicos. Paralelamente se deduce de la interpretación finalista que la distinción entre empresas públicas y privadas, a efectos del Tratado, no puede reposar en la mera composición de su accionariado, sino que depende de la posibilidad que tenga el Estado de imponer determinadas políticas económicas, distintas de la búsqueda del máximo beneficio que caracteriza la actividad privada.

57. En definitiva, el respeto, por parte del Tratado, del régimen de la propiedad en los Estados miembros, consagrado en el artículo 295 CE, debe extenderse a toda medida que, a través de la intervención en el sector público, entendido en sentido económico, permite al Estado contribuir a la configuración de la actividad económica de la nación. Supone que no quepa considerar dichas medidas *per se* incompatibles con el Tratado; pues están amparadas en la presunción de validez que les otorga la legitimidad del artículo 295 CE.

A estos efectos, es particularmente esclarecedor que la reserva del artículo 295 CE se formule como una prohibición de «prejuzgar». Si el Tratado «ne préjuge en rien», quiere decir, como mínimo, que una medida nacional que afecte al régimen de adopción de decisiones del sector público ha de estimarse compatible con el Tratado, *salvo que se pruebe lo contrario*. Y prejuzgar es precisamente suponer que una medida de por sí no discriminatoria va a ser utilizada de un modo discriminatorio no justificado.

58. Sobre la base de estos elementos llego, por lo que se refiere a la acción entablada contra España, a la misma solución desestimatoria a la que parece orientar la aplicación de las sentencias de 4 de julio de 2002.

También la normativa británica tendría ocasión de disfrutar de esta presunción de legalidad si existiese la obligación, para el Gobierno del Reino Unido, de adoptar decisiones motivadas en uso de las facultades que le otorga la acción especial y que tales decisiones pudiesen ser objeto de control jurisdiccional. A falta de estas garantías, el régimen establecido en BAA no es conforme con las exigencias del Tratado.

23 — Mediante su posición sistemática, el carácter contundente e incondicional de su tenor y el hecho de que deriva su autoridad directamente de la Declaración Schuman, de 9 de mayo de 1950, como demostré en mis conclusiones de 3 de julio de 2001.

VI. Costas

59. En el asunto C-463/00, Comisión/España, la demandante debe ser condenada en costas, en virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento.

60. En el asunto C-98/01, Comisión/Reino Unido, han de imponerse las costas al Estado miembro demandado, según los criterios empleados por la jurisprudencia.

61. La coadyuvante soportará sus propias costas, de conformidad con el artículo 69, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento.

VII. Conclusión

62. A la luz de las consideraciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso interpuesto contra el Reino de España, asunto C-463/00, con imposición de costas a la Comisión. El Reino Unido, parte coadyuvante, cargará con sus propias costas.

— Estime el recurso interpuesto contra el Reino Unido, asunto C-98/01, con imposición de costas al Estado demandado.