SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 8 de julio de 2010 *

En el asunto C-171/08,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 21 de abril de 2008,

Comisión Europea, representada por las Sras. E. Montaguti y M. Teles Romão y por el Sr. P. Guerra e Andrade, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Portuguesa, representada por el Sr. L. Inez Fernandes, en calidad de agente, asistido por el Sr. M. Gorjão Henriques, advogado,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: portugués.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Tizzano (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. E. Levits, M. Ilešič y M. Safjan y la Sra. M. Berger, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Mengozzi;
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 29 de octubre de 2009;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 2 de diciembre de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 56 CE y 43 CE, al mantener en Portugal Telecom SGPS SA (en lo sucesivo, «PT») derechos especiales del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») del Estado en PT.

Marco jurídico

Normativa nacional

2 El artículo 15, apartado 3, de la Lei Quadro das Privatizaçoes (Ley marco de las privatizaciones portuguesa) de 5 de abril de 1990 *(Diário da República,* série I, nº 80, de 5 de abril de 1990; en lo sucesivo, «LQP»), prevé la posibilidad de crear acciones privilegiadas y dispone sobre este particular lo siguiente:

«El instrumento legislativo que se menciona en el artículo 4, apartado 1 (mediante el cual se aprueban los estatutos de la empresa que se deba privatizar o transformar en sociedad anónima), puede, por otra parte, establecer, con carácter excepcional, cuando así lo exijan razones de interés nacional, la existencia de acciones privilegiadas destinadas a seguir perteneciendo al Estado y que, independientemente de la cantidad de las mismas, conferirán a este último un derecho de veto por lo que se refiere a las modificaciones estatutarias y otras decisiones relativas a un ámbito determinado, debidamente delimitado en los estatutos.»

3 El artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley nº 44/95, de 22 de febrero de 1995, relativo a la primera fase de privatización, dispone lo siguiente:

«Si el contrato de sociedad de [PT] prevé la existencia de acciones con derechos especiales distintos a las acciones con dividendo prioritario, dichas acciones deberán, de modo obligatorio, ser mayoritariamente propiedad del Estado o de otros accionistas públicos.»

Estatutos de PT

4 De los autos se desprende que, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de los estatutos de PT, el capital social de dicha sociedad consta de 1.025.800.000 acciones ordinarias y de 500 acciones de clase A.

5 Según el artículo 5, apartado 1, de los estatutos de PT, las acciones de clase A deben ser mayoritariamente propiedad del Estado o de otros accionistas públicos y les corresponden determinados privilegios en forma de derechos especiales, previstos en los artículos 14, apartado 2, y 19, apartado 2, de los referidos estatutos.

6 Las citadas disposiciones enumeran dichos derechos especiales del siguiente modo:

— al menos un tercio del número total de administradores, incluido el presidente del consejo de administración, deberá elegirse por mayoría de los votos conferidos a las acciones de la clase A, es decir, con los votos del Estado y del resto de los accionistas públicos;

— de los 5 o 7 miembros de la comisión ejecutiva que se designe en el seno del consejo de administración, 1 o 2 de los mismos, respectivamente, deberán elegirse por mayoría de los votos conferidos a las acciones de la clase A;

— el nombramiento de al menos uno de los administradores que se elijan para ocuparse, en particular, de determinadas tareas de administración deberá, para ser aprobado, obtener la mayoría de los votos conferidos a las acciones de la clase A;

— no se podrá aprobar decisión alguna de la asamblea general relativa a las cuestiones que se enumeran a continuación con el voto en contra de la mayoría de las acciones de la clase A:

  — la aplicación de los resultados del ejercicio,

  — la modificación de los estatutos y los aumentos de capital,

  — la limitación o supresión de los derechos de preferencia,

  — la fijación de las condiciones relativas a los aumentos de capital,

  — la emisión de obligaciones o de otros valores mobiliarios y la fijación del valor de aquellas que pueda autorizar el consejo de administración, así como la limitación o la supresión del derecho de preferencia en el marco de la emisión de obligaciones convertibles en acciones y la fijación, por parte del consejo de administración, de las condiciones de emisión de obligaciones de ese tipo,

— el traslado del domicilio social a cualquier otro lugar dentro del territorio nacional,

— la autorización para la adquisición de acciones ordinarias que representen más del 10 % del capital social por parte de accionistas que ejerzan una actividad que compita con las ejercidas por sociedades controladas por PT,

— se precisará la mayoría de los votos correspondientes a las acciones de clase A también en lo que se refiere a las decisiones relativas a la aprobación de los objetivos generales y principios fundamentales de las políticas de PT, así como a la definición de los principios generales de la política en materia de participación en sociedades o grupos, de adquisiciones y de cesiones, en caso de que resulte necesaria la autorización previa de la asamblea general.

Antecedentes del litigio y procedimiento administrativo previo

7 Desde 1992, el sector de las telecomunicaciones portugués ha sido objeto de un amplio proceso de reestructuración que concluyó, en 1994, en la constitución de PT, una sociedad holding de gestión de participaciones nacida como consecuencia de la fusión de varias empresas con capital totalmente público.

8 El proceso de privatización de PT se inició en 1995. Se produjo en cinco fases sucesivas, en el marco del régimen establecido a tal efecto por la LQP.

9 El 4 de agosto de 1995, cuando el Estado portugués mantenía la titularidad del 54,2 % del capital social de PT, se aprobaron los estatutos de dicha sociedad.

10 Al finalizar la quinta fase de la privatización, se vendieron todas las participaciones públicas en PT, con excepción de 500 acciones de clase A que, de conformidad con el artículo 5, apartado 1, de los estatutos de PT, tenían atribuidos derechos especiales y que, con arreglo al artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley nº 44/95, son atribuidas en su mayoría al Estado o a otros accionistas públicos.

11 El 19 de diciembre de 2005, la Comisión envió un escrito de requerimiento a la República Portuguesa en el que le reprochaba el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 56 CE y 43 CE, al mantener la titularidad, tanto el Estado portugués como otros accionistas públicos, de acciones privilegiadas con derechos especiales del capital social de PT.

12 Al no quedar satisfecha con la respuesta dada por la República Portuguesa, en escrito de 21 de febrero de 2006, la Comisión le envió un dictamen motivado de 10 de abril de 2006, en el que le instaba a atenerse al mismo en un plazo de dos meses contados a partir de su recepción. La República Portuguesa respondió mediante escrito de 24 de julio de 2006, en el que negaba el incumplimiento que se le imputaba.

13 La Comisión, al considerar que la República Portuguesa no había adoptado las medidas necesarias para conformarse a lo establecido en el dictamen motivado, decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la admisibilidad del recurso

Alegaciones de las partes

14 En su escrito de contestación, la República Portuguesa impugna, con carácter previo, la admisibilidad del recurso por dos motivos. En primer lugar, considera que la Comisión, al no haber aportado a los autos los textos normativos ni los estatutos de PT que contienen las disposiciones que concretan el incumplimiento que se le imputa, no ha respetado las reglas relativas a la carga de la prueba, por lo que ha basado su recurso en meras presunciones.

15 En segundo lugar, afirma que el recurso es parcialmente inadmisible en la medida en que la Comisión ha introducido en su recurso nuevas alegaciones que no figuraban en el dictamen motivado, de manera que ha ampliado el objeto del litigio definido durante la fase administrativa previa del procedimiento. A este respecto, la República Portuguesa se refiere, en particular, a las disposiciones estatutarias en virtud de las cuales el Estado tiene una mayor influencia en la elección de los miembros de la comisión ejecutiva o mantiene la titularidad de derechos especiales como un derecho de veto sobre las decisiones relativas a la venta de activos importantes, la fusión con otras sociedades y los cambios de propiedad de la empresa.

16 La Comisión rebate la totalidad de dichas alegaciones.

17 Por lo que respecta, por una lado, a la carga de la prueba, alega esencialmente que, en la medida en que la infracción se imputa a la República Portuguesa y no a PT, la prueba de la infracción guarda relación más bien con el comportamiento de dicho Estado miembro que con los estatutos de PT. De este modo, no es necesario que la Comisión aporte los referidos estatutos para demostrar el incumplimiento imputado. En cualquier caso, la propia República Portuguesa ha admitido desde la respuesta al escrito de requerimiento la existencia de dichas disposiciones de los referidos estatutos, así como la de los derechos especiales del Estado previstos en dichas disposiciones y se opuso a la infracción que se le imputa precisamente sobre la base de éstas.

18 Por otro lado, en lo relativo a la supuesta ampliación del objeto del litigio, la Comisión alega que la finalidad de la fase de instrucción del procedimiento por incumplimiento es encontrar posibles elementos de hecho y de Derecho que sean suficientes para apoyar las sospechas de infracción, y no tratar de manera exhaustiva y detallada todos los elementos que constituyen el incumplimiento. De este modo, la Comisión considera que en la fase administrativa previa podía limitarse a mencionar, en general, los derechos especiales del Estado en PT y, a continuación, precisar en el recurso el contenido de sus imputaciones.

Apreciación del Tribunal de Justicia

19 Por lo que respecta a la primera excepción de inadmisibilidad, ha de señalarse de entrada que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento por incumplimiento, iniciado con arreglo al artículo 226 CE, corresponde a la Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin que la Comisión pueda basarse en presunciones (véanse, en particular, las sentencias de 6 de noviembre de 2003, Comisión/Reino Unido, C-434/01, Rec. p. I-13239, apartado 21, y de 14 de junio de 2007, Comisión/Finlandia, C-342/05, Rec. p. I-4713, apartado 23).

20 Ahora bien, aunque es cierto que la Comisión no ha presentado con su recurso el texto completo de la normativa nacional pertinente ni los estatutos de PT, no lo es menos que tanto en el recurso como en el dictamen motivado anexo al mismo, la Comisión ha reproducido y explicado en reiteradas ocasiones el contenido de las disposiciones de la referida normativa y de los citados estatutos, en los que fundó su recurso por incumplimiento.

21 Además, como ha señalado el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, el Gobierno de la República Portuguesa no ha rebatido en ningún momento ni la existencia de dichas disposiciones ni su contenido, tal y como indicó la Comisión tanto durante la fase administrativa previa como ante el Tribunal de Justicia. Al contrario, dicho Gobierno confirmó que, precisamente en virtud de dichos textos, el Estado portugués poseía en el capital de PT acciones privilegiadas a las que corresponden los derechos especiales que señala la Comisión.

22 Además, la lectura del texto íntegro de los estatutos de PT, presentados por las partes a petición expresa del Tribunal de Justicia, ha permitido comprobar la veracidad de las alegaciones de la Comisión en cuanto al contenido de las disposiciones de los referidos estatutos y los derechos especiales del Estado.

23 En tales circunstancias no cabe considerar que la Comisión se haya basado en meras presunciones sin aportar los medios de prueba necesarios para permitir al Tribunal de Justicia apreciar el incumplimiento que imputa a la República Portuguesa.

24 De lo antedicho se desprende que procede desestimar por infundada la primera excepción de inadmisibilidad.

25 Por lo que respecta a la segunda excepción de admisibilidad, ha de señalarse que, según jurisprudencia reiterada, el procedimiento administrativo previo previsto en el artículo 226 CE delimita el objeto de un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo a dicho artículo, por lo que el recurso debe basarse en los mismos motivos y alegaciones que el dictamen motivado (véase la sentencia de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartado 36, y la jurisprudencia citada).

26 No obstante, esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los supuestos una coincidencia perfecta entre las imputaciones de la parte dispositiva del dictamen motivado y las pretensiones del recurso cuando el objeto del litigio, tal como se define en el dictamen motivado, no se ha ampliado ni modificado (véanse las sentencias de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03, Rec. p. I-6985, apartado 28, y de 7 de septiembre de 2006, Comisión/Reino Unido, C-484/04, Rec. p. I-7471, apartado 25).

27 Ahora bien, procede señalar que en el caso de autos la Comisión no ha ampliado ni modificado el objeto del litigio, tal como se había definido en el dictamen motivado.

28 A este respecto, basta con señalar que tanto en la parte dispositiva del dictamen motivado como en las pretensiones del recurso, la Comisión indicó claramente que imputaba a la República Portuguesa haber incumplido las obligaciones derivadas de los artículos 43 CE y 56 CE por el hecho de que el Estado y otros accionistas públicos mantenían la titularidad de acciones privilegiadas con derechos especiales en PT.

29 Por lo tanto, el hecho de que la Comisión haya detallado en su recurso las imputaciones que había formulado de manera más general en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado haciendo referencia a otros derechos especiales cuya titularidad mantenía el Estado portugués en PT, no ha modificado el objeto del incumplimiento imputado ni, por lo tanto, ha tenido incidencia en el alcance del litigio (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2003, Comisión/Finlandia, C-185/00, Rec. p. I-14189, apartados 84 a 87).

30 Habida cuenta de todo lo anterior, procede desestimar también la segunda excepción de inadmisibilidad propuesta por la República Portuguesa y, por consiguiente, declarar la admisibilidad del recurso de la Comisión.

Sobre el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 56 CE y 43 CE

Alegaciones de las partes

31 En primer lugar, según la Comisión, la creación de acciones privilegiadas en PT no es el resultado de una aplicación normal del Derecho de sociedades y constituye, en cualquier caso, una medida estatal comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 56 CE, apartado 1.

32 A este respecto, la Comisión sostiene que, contrariamente a lo que afirman las autoridades portuguesas, no puede considerarse que las acciones privilegiadas en cuestión sean de una naturaleza puramente privada. En efecto, si bien los derechos especiales que les corresponden únicamente están previstos en los estatutos de PT, no sólo dichos estatutos fueron aprobados en un momento en el que el Estado portugués mantenía el control de la sociedad, sino que debían considerarse a la luz de las disposiciones pertinentes de la LQP y del Decreto-ley nº 44/95. Ahora bien, de los referidos textos legislativos resulta que la mayoría de las citadas acciones privilegiadas ha de atribuirse al Estado y permanecer en propiedad del Estado habida cuenta de que, contrariamente a las acciones privilegiadas de Derecho privado, no son transmisibles.

33 La Comisión sostiene igualmente que la atribución de acciones privilegiadas al Estado no puede quedar excluida del ámbito de aplicación de los artículos 56 CE y 43 CE, en aplicación del artículo 295 CE, el Tratado CE no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros. En efecto, según reiterada jurisprudencia (véanse, en particular, las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98, Rec. p. I-4731, apartado 48, y de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 38), los Estados miembros no pueden invocar sus regímenes de propiedad para justificar obstáculos a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado que sean consecuencia de un régimen de autorización administrativa relativo a empresas privatizadas. Pues bien, en la medida en que los derechos especiales de que se trata confieren a sus titulares derechos de veto sobre numerosas decisiones que PT debe adoptar, instauran, según la Comisión, tal régimen de autorización administrativa.

34 A continuación, la Comisión alega esencialmente que el mantenimiento de la titularidad de derechos especiales en PT por parte del Estado portugués obstaculiza las inversiones tanto directas como de cartera en dicha sociedad, por lo que constituye una restricción a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento.

35 En particular, los referidos derechos especiales restringen la posibilidad de que los accionistas participen efectivamente en la gestión o el control de la referida empresa de manera proporcional al valor de las acciones cuya titularidad ostentan y los privan de la facultad de adoptar decisiones estratégicas, como las que se refieren, en particular, a la venta de activos importantes, las modificaciones significativas de los estatutos, las fusiones con otras sociedades y los cambios de propiedad de la empresa. Además, tales derechos especiales pueden obstaculizar la adquisición de participaciones de control en PT, lo cual también sería incompatible con el artículo 43 CE.

36 Por otro lado, la Comisión también señala que las restricciones derivadas de los derechos especiales cuya titularidad mantiene la República Portuguesa en PT no pueden justificarse por ninguno de los objetivos invocados por las autoridades nacionales.

37 En primer lugar, por lo que respecta a la necesidad invocada por las autoridades portuguesas de garantizar la disponibilidad de la red de telecomunicaciones en caso de crisis, guerra o terrorismo, la Comisión considera que, contrariamente a lo exigido en la jurisprudencia y, en particular, en la sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España (C-463/00, Rec. p. I-4581, apartados 71 y 72), las referidas autoridades no han demostrado la existencia de una «amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» que pueda justificar las acciones de que se trata por razones de seguridad y de orden públicos.

38 En segundo lugar, la Comisión se opone a la tesis de la República Portuguesa de que, al haber conservado PT la gestión de las redes de cable y de las de cobre, así como todas las actividades de mayorista y minorista, la titularidad de derechos especiales del Estado en PT es necesaria para garantizar un cierto grado de competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Según la Comisión, en efecto, tal argumentación conduce a la situación paradójica de tener que justificar una infracción del Derecho comunitario de la competencia con otra infracción de ese mismo Derecho, a saber, una infracción que en el caso de autos consiste en invocar las restricciones de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado que se imputan.

39 En tercer lugar, al hacer la República Portuguesa referencia también a la necesidad de evitar las perturbaciones del mercado de capitales, la Comisión recuerda la jurisprudencia y, en particular, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada (apartado 52), según la cual motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado.

40 Por último, la Comisión alega que, en cualquier caso, las restricciones de que se trata vulneran el principio de proporcionalidad. En efecto, el ejercicio de los derechos especiales de las acciones de clase A no está sujeto a condición alguna, a excepción del requisito de que tales derechos sean ejercidos únicamente cuando lo exijan razones de interés nacional. Ahora bien, aun suponiendo que sean legítimos los objetivos

invocados por dicho Estado miembro, conferirle una facultad tan discrecional iría más allá de lo que es necesario para alcanzarlos.

41 La República Portuguesa niega el incumplimiento alegado aduciendo, en primer lugar, que las acciones de que se trata únicamente son acciones privilegiadas de Derecho privado que no pueden asimilarse a «golden shares». En efecto, el Decreto-ley nº 44/95 se limita a permitir la posibilidad de prever, en los estatutos de PT, acciones privilegiadas sin imponer su creación. Por consiguiente, la existencia de dichas acciones únicamente puede imputarse a la voluntad de la propia sociedad y no a la del Estado.

42 A continuación las autoridades portuguesas alegan que la titularidad de derechos especiales de los accionistas constituye un derecho fundamental característico del Derecho privado o del Derecho de sociedades mercantiles, que, además, se basa en el artículo 295 CE. Es competencia del Tribunal de Justicia salvaguardar los referidos Derechos y ello aunque sus titulares sean entidades públicas. En apoyo de este argumento, las referidas autoridades recuerdan que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario (sentencia de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Rec. p. I-11767, apartados 91 a 93).

43 Además, la República Portuguesa sostiene, con carácter subsidiario, que, aun suponiendo que la existencia de las acciones privilegiadas de que se trata sea imputable al Estado, no puede constituir una restricción prohibida en el sentido de los artículos 56 CE y 43 CE, habida cuenta de que las referidas acciones no constituyen una medida estatal que tenga por objeto regular los intercambios u obstaculizar la libre circulación de servicios o capitales. Por lo tanto, dicho Estado miembro insta al Tribunal de Justicia a considerar la aplicación al caso de autos de la lógica subyacente a la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097). En efecto, habida cuenta de que en el presente asunto se trata de modalidades no discriminatorias de gestión de las participaciones en la sociedad y

no de modalidades de adquisición de dichas participaciones, es imposible cualquier vulneración de la libre circulación de capitales o de la libertad de establecimiento.

44 Asimismo, las autoridades portuguesas subrayan que, aun suponiendo que la existencia de los derechos especiales en PT constituya una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado e invocadas por la Comisión, tal restricción estaría justificada.

45 Dicha justificación se basa, por un lado, en que PT es propietaria de la parte esencial de la infraestructura de transmisión y difusión de telecomunicaciones, respondiendo, por lo tanto, la titularidad de dichos derechos especiales a razones de seguridad y de orden públicos para garantizar la prestación de servicios de telecomunicación en situaciones de crisis, guerra, terrorismo, riesgos naturales u otro tipo de amenazas. A este respecto, el referido Estado miembro precisa que, contrariamente a la interpretación que la Comisión hace de la sentencia Comisión/España, antes citada, la justificación vinculada a tales razones no está condicionada por la existencia de una amenaza actual a un interés fundamental de la sociedad.

46 Por otro lado, la restricción de que se trata también está justificada por la necesidad de garantizar un cierto grado de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y por la de evitar, por razones imperiosas de interés general, una posible perturbación del mercado de capitales.

47 Por último, según la República Portuguesa, los derechos especiales atribuidos al Estado son proporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. En efecto, dichos derechos están limitados a situaciones particulares y definidas de antemano y no difieren de un régimen de oposición *a posteriori*. Por consiguiente, la República Portuguesa considera que se ha instaurado un régimen comparable al que fue objeto de la sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809), régimen que el Tribunal de Justicia declaró compatible con el Tratado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Sobre el incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 56

48 Con carácter previo ha de recordarse que, según jurisprudencia reiterada, el artículo 56 CE, apartado 1, prohíbe con carácter general las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos, C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141, apartado 18 y la jurisprudencia citada).

49 Al no existir en el Tratado una definición del concepto de «movimientos de capitales» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, el Tribunal de Justicia ha reconocido un valor indicativo a la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado [CE, artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam] (DO L 178, p. 5). De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, en particular, las inversiones denominadas «directas», a saber, las inversiones en forma de participación en una empresa mediante la titularidad de acciones que confiera la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control, así como las inversiones denominadas «de cartera», a saber, las inversiones en forma de adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión,

pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa (véase la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 19 y la jurisprudencia citada).

50 En relación con estas dos formas de inversiones, el Tribunal de Justicia precisó que deben calificarse como «restricciones» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las empresas afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas (véanse las sentencias Comisión/Portugal, antes citada, apartados 45 y 46; de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-483/99, Rec. p. I-4781, apartado 40; Comisión/España, antes citada, apartados 61 y 62; de 13 de mayo de 2003, Comisión/Reino Unido, C-98/01, Rec. p. I-4641, apartados 47 y 49; de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia, C-174/04, Rec. p. I-4933, apartados 30 y 31, y Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 20).

51 En el caso de autos, la República Portuguesa niega el carácter nacional de la medida objeto del litigio en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado anterior, alegando la naturaleza privada de las acciones privilegiadas en cuestión cuya introducción en los estatutos de PT resulta únicamente de la voluntad de la referida sociedad y no de la del Estado.

52 A este respecto procede destacar que es cierto desde luego que la LQP y el Decreto-ley nº 44/95 se limitan a admitir la posibilidad de prever acciones privilegiadas en el contrato de sociedad de PT y que dichas acciones fueron introducidas y atribuidas al Estado precisamente en virtud de lo dispuesto en los estatutos de dicha sociedad, aprobados en aplicación de la referida legislación.

53 No obstante, no es menos cierto que, como confirmaron en la vista las propias autoridades portuguesas, las referidas disposiciones fueron adoptadas el 4 de abril de 1995, a saber, no sólo inmediatamente después de la adopción del referido Decreto-ley, sino sobre todo en un momento en que la República Portuguesa era titular de una participación mayoritaria en el capital social de PT, por lo que ejercía un control sobre dicha sociedad.

54 En tales circunstancias, procede considerar que la propia República Portuguesa ha autorizado, por una parte, en su calidad de legislador la creación de acciones privilegiadas en el seno de PT y por otra parte, ha decidido, en su calidad de autoridad pública, en aplicación del artículo 15, apartado 3, de la LQP y del artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley nº 44/95, introducir acciones privilegiadas en PT, atribuirlas al Estado y definir sus derechos especiales.

55 Además, también ha de señalarse que, como señaló el Abogado General en el punto 62 de sus conclusiones, la creación de las referidas acciones privilegiadas no se deriva de una aplicación normal del Derecho de sociedades, ya que las acciones privilegiadas previstas en PT están destinadas, con carácter de excepción al código portugués de sociedades mercantiles, a permanecer bajo la titularidad del Estado, razón por la que no son transmisibles.

56 En consecuencia, la creación de las referidas acciones privilegiadas debe considerarse imputable al Estado por lo que está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 56 CE, apartado 1.

57 A continuación, por lo que respecta al carácter restrictivo del sistema de titularidad de acciones privilegiadas por parte del Estado en PT, previsto por la legislación nacional en relación con los estatutos de la referida sociedad, ha de hacerse constar que tal sistema puede disuadir a los operadores de otros Estados miembros de invertir en el capital de dicha sociedad.

58 En efecto, en virtud de dicho sistema, la aprobación de un número considerable de decisiones importantes relativas a PT, enumeradas en el apartado 6 de la presente sentencia y relativas tanto a la adquisición de acciones que superen el 10 % del capital de la citada sociedad como a la gestión de ésta, requieren el consentimiento del Estado portugués, dado que, como se exige en los estatutos de PT, dichas decisiones no pueden aprobarse sin la mayoría de los votos conferidos a las acciones de clase A.

59 A este respecto, ha de precisarse, además, que tal mayoría es necesaria, en particular, para toda decisión por la que se modifiquen los estatutos de PT, de modo que la influencia del Estado portugués en PT únicamente puede reducirse si el propio Estado lo consiente.

60 De este modo, en la medida en que el mantenimiento de la titularidad de dichas acciones privilegiadas por parte del Estado portugués confiere a dicho Estado una influencia sobre la gestión de PT que no está justificada por la magnitud de la participación que mantiene en dicha sociedad, puede disuadir a los operadores de otros Estados miembros de efectuar inversiones directas en PT al no poder participar en la gestión y el control de dicha sociedad de modo proporcional al valor de sus acciones (véase, en particular, la sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania, C-112/05, Rec. p. I-8995, apartados 50 a 52).

61 Asimismo, disponer de las acciones especiales controvertidas puede generar un efecto disuasorio sobre las inversiones de cartera en PT en la medida en que la negativa del Estado portugués a aprobar una decisión importante, que los órganos de la sociedad de que se trate hayan presentado como beneficiosa para los intereses de ésta, puede, en efecto, pesar sobre el valor de las acciones de dicha sociedad y, por lo tanto, sobre el aliciente de una inversión en tales acciones (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 27).

62 En tales circunstancias, procede considerar que el mantenimiento por parte del Estado portugués de la titularidad de las acciones privilegiadas de que se trata constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.

63 Los argumentos basados en la aplicabilidad al caso de autos del artículo 295 CE y en la supuesta lógica subyacente a la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, que invocan las autoridades portuguesas no invalidan una conclusión en este sentido.

64 Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 295 CE, según el cual «el Tratado […] no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros», basta con recordar que, según reiterada jurisprudencia, dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado, por lo que no puede invocarse para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean consecuencia de privilegios que se atribuyan a los Estados miembros en su condición de accionistas de una empresa privatizada (véase la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 67 y la jurisprudencia citada).

65 Por lo que respecta, en segundo lugar, a la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, ha de señalarse que las medidas de que se trata no son análogas a las normas relativas a las modalidades de venta que en dicha sentencia se consideró que quedaban fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

66 En efecto, según dicha sentencia, no puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban, en el territorio del Estado miembro de importación, ciertas modalidades de venta, siempre que, en primer lugar, se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y, en segundo lugar, afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros. El motivo es que tal aplicación no puede impedir el acceso de estos últimos al

mercado del Estado miembro de importación ni dificultarlo más que el de los productos nacionales (sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, apartado 37).

67 Ahora bien, en el presente asunto, si bien es cierto que las restricciones controvertidas son indistintamente aplicables tanto a los residentes como a los no residentes, es necesario señalar que afectan a la situación del adquirente de una acción como tal, y pueden, por tanto, disuadir a los inversores de otros Estados miembros de efectuar tales inversiones y, en consecuencia, condicionar el acceso al mercado (véase la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 61 y la jurisprudencia citada).

68 Una vez hecha esta precisión, procede analizar si, y en su caso en qué condiciones, puede admitirse la restricción objeto del litigio sobre la base de las razones de justificación invocadas por la República Portuguesa.

69 Según jurisprudencia consolidada, las medidas nacionales que restringen la libre circulación de capitales pueden justificarse por las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (véase la sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania, antes citada, apartados 72 y 73 y la jurisprudencia citada).

70 Por lo que respecta, en primer lugar, a las justificaciones basadas en razones imperiosas de interés general, invocadas por las autoridades portuguesas, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el interés en reforzar la estructura competitiva del mercado de que se trate en general no puede constituir una justificación

válida de restricciones a la libre circulación de capitales (sentencias Comisión/Italia, antes citada, apartados 36 y 37, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06, apartado 44).

71 Asimismo, por lo que respecta a la necesidad de evitar una posible perturbación del mercado de capitales, basta con señalar, como hace la Comisión, que dicho objetivo se deriva de uno de los motivos de naturaleza económica que, según reiterada jurisprudencia, no puede servir de justificación a una restricción a la libre circulación de capitales (véase, en particular, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 52).

72 A continuación, por lo que atañe a las excepciones permitidas por el artículo 58 CE, no puede negarse que el objetivo de garantizar la seguridad de la disponibilidad de la red de telecomunicaciones en caso de crisis, guerra o terrorismo, invocado por las autoridades portuguesas, puede constituir una razón de seguridad pública (véase, por analogía, en lo relativo al aprovisionamiento de energía, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 38) y justificar, en su caso, un obstáculo a la libre circulación de capitales.

73 No obstante, ha quedado acreditado que las exigencias de la seguridad pública deben, sobre todo en cuanto excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea. Así pues, la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase, en particular, la sentencia de 14 de marzo de 2000, Église de scientologie, C-54/99, Rec. p. I-1335, apartado 17).

74 Ahora bien, al haberse limitado la República Portuguesa a invocar el referido motivo sin precisar las razones por las que considera que el mantenimiento de la titularidad de acciones privilegiadas por parte del Estado permite evitar que se lesione un interés

fundamental de la sociedad, no puede admitirse en el caso de autos una justificación por razón de la seguridad pública.

75 En aras de la exhaustividad ha de señalarse, contrariamente a lo que afirman las autoridades nacionales, que, por lo que respecta a la proporcionalidad de la restricción de que se trata, el ejercicio de los derechos especiales que la titularidad de acciones privilegiadas en PT confiere al Estado portugués no está sujeto a requisito o circunstancia específica y objetiva alguna.

76 En efecto, si bien el artículo 15, apartado 3, de la LQP dispone que la creación de acciones privilegiadas en PT, que confiere derechos especiales al Estado, está supeditada al requisito, por otra parte formulado de manera bastante general e imprecisa, de que la exijan razones de interés nacional, procede declarar, no obstante, que ni dicha Ley ni los estatutos de PT establecen los criterios en relación con las circunstancias en que pueden ejercerse los referidos derechos especiales.

77 De este modo, tal incertidumbre constituye una grave vulneración de la libre circulación de capitales en la medida en que confiere a las autoridades nacionales, en lo que respecta al ejercicio de tales derechos, un margen de apreciación tan discrecional que dicho margen no puede considerarse proporcionado en relación con los objetivos perseguidos (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia, C-326/07, Rec. p. I-2291, apartados 51 y 52).

78 Por consiguiente, procede declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al mantener en PT derechos especiales como los previstos en los estatutos de la referida sociedad a favor del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») del Estado en PT.

— Sobre el incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 43 CE

79 La Comisión solicita también que se declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE, por la razón de que el mantenimiento de la titularidad de acciones privilegiadas del Estado en PT puede obstaculizar la adquisición de participaciones de control en dicha sociedad.

80 A este respecto basta con señalar que, según reiterada jurisprudencia, en la medida en que las medidas nacionales controvertidas originan restricciones a la libertad de establecimiento, dichas restricciones son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales antes examinados, a los que se encuentran indisociablemente ligadas. En consecuencia, una vez demostrada la infracción del artículo 56 CE, apartado 1, no es necesario analizar separadamente las medidas controvertidas a la luz de las normas del Tratado relativas a la libertad de establecimiento (véase, en particular, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 43).

Costas

81 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Puesto que la Comisión ha pedido que se condene a la República Portuguesa y han sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) **Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al mantener en Portugal Telecom SGPS SA derechos especiales como los previstos en los estatutos de la referida sociedad a favor del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») del Estado en Portugal Telecom SGPS SA.**

2) **Condenar en costas a la República Portuguesa.**

Firmas