Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 8 de noviembre de 2012 *

«Incumplimiento de Estado — Artículos 43 CE y 56 CE - Régimen que sujeta a una autorización previa la adquisición de derechos de voto que representan más del 20 % del capital social de determinadas "sociedades anónimas estratégicas" — Medidas para comprobar a posteriori determinados acuerdos adoptados por tales sociedades»

En el asunto C-244/11,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 258 TFUE, el 20 de mayo de 2011,

Comisión Europea, representada por la Sra. E. Montaguti y el Sr. G. Zavvos, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Helénica, representada por los Sres. P. Mylonopoulos y K. Boskovits, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen, en funciones de Presidente de la Sala Cuarta, y el Sr. J.-C. Bonichot, las Sras. C. Toader y A. Prechal (Ponente) y el Sr. E. Jarašiūnas, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 21 de junio de 2012;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

* Lengua de procedimiento: griego.

Sentencia

1 Mediante su recurso la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 49 TFUE, relativos a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, respectivamente, al establecer las prescripciones contenidas en el artículo 11, apartado 1, en relación con el artículo 11, apartado 2, y las contenidas en el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008 relativa a la creación de un fondo nacional de cohesión social (FEK A' 6/29.1.2008).

Marco jurídico

2 El artículo 11 de la Ley 3631/2008 dispone:

«1. Por lo que respecta a las sociedades anónimas estratégicas que ocupen o hayan ocupado una posición de monopolio, en particular cuando se trate de sociedades que posean, exploten o gestionen redes nacionales de infraestructuras, la adquisición por un accionista que no sea el Estado griego o por sociedades vinculadas a éste [...] o por accionistas que actúen conjuntamente y de manera concertada, de derechos de voto que representen más del 20 % del capital social total estará sujeta a previa autorización del comité interministerial de privatización instaurado por la Ley 3049/2002, de conformidad con el procedimiento previsto en ésta.

2. Se concederá la autorización siempre que se cumplan los criterios de interés general que permitan garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes. Con carácter indicativo, los criterios de valoración que se tienen en cuenta son los siguientes: a) experiencia de los accionistas terceros en el ámbito de actividad de las sociedades antes mencionadas, b) su solvencia, c) la información relativa a sus estrategias de inversión, d) la transparencia de sus transacciones, e) sus planes de negocio detallados, f) la magnitud y el tipo de su programa de inversiones, g) su régimen de propiedad, h) la preservación de los empleos, i) la estructura de su capital social y, en particular, la participación de fondos establecidos fuera de la Unión Europea, en virtud del principio de transparencia y de reciprocidad, j) el sistema de toma de decisiones.

3. Los acuerdos de dichas empresas estratégicas relativos a los extremos que se indican a continuación estarán sujetos a la autorización del Ministro de Hacienda, con fines de interés general:

a) disolución de la empresa, liquidación y designación de liquidadores;

b) reestructuración de las empresas arriba mencionadas: conversión, fusión con otra sociedad, fusión por creación de una nueva sociedad anónima, escisión de la forma que sea o escisión de una o varias ramas que pueda amenazar la prestación de servicios en sectores que revistan importancia estratégica;

c) transmisión, transformación o conversión, cesión, prestación a modo de garantía, así como transformación o modificación de la afectación de los elementos estratégicos del activo de las empresas mencionadas y de las redes e infraestructuras de base necesarias para la vida económica y social del país y para su seguridad.

4. Se concederá la autorización referida en el apartado anterior mediante decreto ministerial publicado en un plazo de treinta (30) días a contar desde la fecha de presentación del acuerdo al ministro. La falta de respuesta dentro de dicho plazo será equivalente a la concesión de la autorización exigida.

[…]»

Procedimiento administrativo previo

3 El 8 de mayo de 2008, la Comisión remitió a la República Helénica un escrito de requerimiento en el que hacía constar que el artículo 11, apartados 1 y 3, de la Ley 3631/2008 es contrario a los artículos 43 CE y 56 CE.

4 Por considerar que la respuesta dada por la República Helénica era insatisfactoria, mediante escrito de 1 de diciembre de 2008, la Comisión remitió un dictamen motivado a dicho Estado miembro.

5 Mediante escrito de 28 de enero de 2009, la República Helénica respondió a dicho dictamen motivado manteniendo su punto de vista, según el cual las disposiciones nacionales controvertidas no van en contra de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento.

6 Al considerar que no se habían subsanado los incumplimientos invocados dentro del plazo establecido por lo que al régimen de autorización previa y a las medidas de comprobación *a posteriori* establecidas en las disposiciones nacionales controvertidas se refiere, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la existencia de restricciones a las libertades fundamentales

Alegaciones de las partes

7 La Comisión sostiene que el régimen de autorización previa previsto en el artículo 11, apartado 1, de la Ley 3631/2008 y las medidas de control *a posteriori* establecidas en el apartado 3 de dicho artículo suponen restricciones tanto a la libre circulación de capitales como a la libertad de establecimiento.

8 Por cuanto los inversores privados pueden comprar acciones de las sociedades estratégicas de que se trata que se negocien en bolsa, a juicio de la Comisión, el régimen de autorización previa se aplica a las sociedades ya parcialmente privatizadas. Considera que, por lo tanto, tal régimen no queda al margen de las normas fundamentales del Tratado CE en virtud del artículo 295 CE.

9 Señala que, en relación, en primer lugar, con las normas del Tratado en materia de libre circulación de capitales, no se discute que dicho régimen está comprendido en el ámbito de aplicación de tales normas, en la medida en que se refiere a inversiones denominadas «directas», en particular, en forma de participación en una empresa mediante la titularidad de acciones que confiere la posibilidad de participar efectivamente en su gestión y en su control.

10 Por lo que respecta a las medidas de comprobación *a posteriori* previstas en el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008, la Comisión considera que su efecto es obstaculizar la participación efectiva de los accionistas en la gestión y el control de las empresas de que se trata y puede disuadir a los operadores establecidos en otros Estados miembros de invertir en el capital de las referidas sociedades.

11 En segundo lugar, la Comisión alega que el régimen de autorización previa y las medidas de comprobación *a posteriori* constituyen asimismo restricciones a la libertad de establecimiento a efectos del artículo 49 TFUE.

12 La República Helénica sostiene que lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 3631/2008 no supone ninguna restricción a la libre circulación de capitales ni tampoco a la libertad de establecimiento.

13 Puntualiza que dichas disposiciones no se aplican en el contexto de empresas ya privatizadas en las que el Estado conserve privilegios especiales, corrientemente denominados «golden shares», sino en el de empresas estratégicas aún no privatizadas, es decir, de las empresas en las que el Estado no se hubiera desprendido, en el momento de la entrada en vigor de dicha Ley, de su participación estratégica en el capital social que le permita influir de manera decisiva en la formación de la voluntad de los órganos sociales.

14 Pues bien, según la República Helénica, en virtud del artículo 295 CE, las medidas adoptadas por un Estado miembro para la privatización de tales empresas estratégicas controladas por el Estado se sitúan fuera del ámbito de aplicación de las libertades fundamentales consagradas por el Tratado, siempre que el régimen de privatización se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y que establezca medios de impugnación jurisdiccional.

Apreciación del Tribunal de Justicia

15 Por lo que respecta, en primer lugar, a la alegación de la República Helénica basada en el artículo 295 CE, a tenor del cual «el Tratado [...] no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros», debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el efecto de dicho artículo no es sustraer los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado (sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, C-503/04, Rec. p. I-6153, apartado 37).

16 Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien el artículo 295 CE no cuestiona la facultad de los Estados miembros para adoptar un régimen de adquisición de la propiedad inmobiliaria, dicho régimen no puede eludir las normas fundamentales del Derecho de la Unión, en particular, las de no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales (sentencia de 23 de septiembre de 2003, Ospelt y Schlössle Weissenberg, C-452/01, Rec. p. I-9743, apartado 24 y jurisprudencia citada).

17 De lo anterior se deduce, en relación con el artículo 11 de la Ley 3631/2008, que, como ha señalado la República Helénica, forma parte de la normativa nacional en materia de privatizaciones de determinadas sociedades anónimas estratégicas controladas por dicho Estado miembro, que, si bien el artículo 295 CE no cuestiona la facultad de un Estado miembro para establecer tal régimen de privatizaciones, éste debe respetar la normas fundamentales del Tratado de las que forman parte, en particular, las libertades fundamentales a que se refiere el presente asunto.

18 Por otra parte, si un Estado decide transformar empresas públicas en sociedades anónimas cuyas acciones cotizan en bolsa y pueden, en principio, adquirirse libremente en el mercado, permitiendo que se instale en esas sociedades un accionariado de carácter no estatal en una medida nada desdeñable, como ocurre en las sociedades anónimas estratégicas controvertidas, no es posible admitir que un Estado miembro pueda invocar el artículo 295 CE para sustraer tales adquisiciones a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, supeditando aquéllas a un régimen de autorizaciones so pena de crear una laguna injustificada en el sistema de protección de tales libertades fundamentales.

19 La Comisión considera además que el régimen de autorización previa y las medidas de comprobación *a posteriori* previstos en el artículo 11 de la Ley 3631/2008 están comprendidos en el ámbito de aplicación tanto del artículo 43 CE, relativo a la libertad de establecimiento, como del artículo 56 CE, relativo a la libre circulación de capitales.

20 Ahora bien, como ha sostenido acertadamente la República Helénica, no puede aceptarse este punto de vista.

21 En efecto, en relación, en primer lugar, con el régimen de autorización previa de que se trata, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, ejerce su derecho de establecimiento el nacional de un Estado miembro que sea titular de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le permita ejercer una influencia efectiva en los acuerdos de la sociedad y determinar sus actividades (véase, en particular, la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Comisión/Portugal, C-212/09, Rec. p. I-10889, apartado 42 y jurisprudencia allí citada).

22 El Tribunal de Justicia ha declarado igualmente que una normativa nacional que no debe aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia efectiva en los acuerdos de una sociedad y determinar las actividades de ésta, sino que se aplica independientemente de la magnitud de la participación que posea el accionista en una sociedad, puede estar comprendida en el ámbito de aplicación tanto del artículo 43 CE como del artículo 56 CE (véase, en particular, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 44).

23 En el caso de autos, debe observarse que el régimen de autorización previa de que se trata sólo se refiere a la adquisición de participaciones en una sociedad anónima estratégica que confieran derechos de voto que representen más del 20 % del capital social total, por lo que únicamente resultarán afectados los accionistas que puedan ejercer una influencia efectiva en la gestión y el control de tal sociedad.

24 A este respecto, procede señalar que la Comisión ha sostenido sin que la contradijera la República Helénica que, al fijar en un 20 % del capital social el umbral de las adquisiciones sujetas al régimen de autorización previa, este régimen impide que los inversores alcancen el nivel exigido para controlar y gestionar una sociedad estratégica e influir en sus acuerdos.

25 De ello se deduce que únicamente se aplica el artículo 43 CE al régimen de autorización previa controvertido.

26 La República Helénica niega, sin embargo, que sea aplicable dicha libertad fundamental por considerar que el objetivo del régimen de autorización previa establecido en el artículo 11, apartado 1, de la Ley 3631/2008 es principalmente controlar las adquisiciones hostiles de carácter especulativo por fondos soberanos establecidos en países terceros.

27 Al respecto, baste señalar, como igualmente ha hecho la Comisión sin que la contradijera la República Helénica, que el artículo 11, apartado 1, de la Ley 3631/2008 se refiere a todos los inversores potenciales, incluidos los establecidos en los Estados miembros de la Unión, y no sólo a los inversores establecidos en Estados terceros. Por lo demás, la República Helénica no ha citado ninguna otra disposición de carácter legal de la que se desprenda, en principio, que el ámbito de aplicación de dicho régimen abarca únicamente a los inversores aludidos en último lugar.

28 Por último, debe rechazarse la alegación de la República Helénica de que el régimen de autorización previa previsto en el artículo 11, apartado 1, de la Ley 3631/2008 no limita la adquisición de participaciones como tal y que, con todo, no constituye, por lo tanto, una restricción a la libertad de establecimiento en la medida en que se refiere únicamente a los derechos de voto relativos a tales participaciones.

29 En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existe tal restricción si un régimen de autorización previa tiene por efecto impedir o restringir el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas, ya que éstos constituyen uno de los principales medios por los que el accionista puede participar activamente en la gestión de una empresa o en su control (véase, en este sentido, en relación con las normas relativas a la libre circulación de capitales, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06, apartados 21 a 24).

30 En segundo lugar, en cuanto a las medidas de comprobación *a posteriori* de que se trata, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tal régimen debe apreciarse únicamente a la luz del artículo 43 CE por cuanto se refiere a acuerdos relativos a la gestión de la sociedad y, por lo tanto, sólo afecta a los accionistas que pueden ejercer una influencia efectiva sobre ésta. Por lo demás, aun suponiendo que tal régimen produzca efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales, éstos serían la consecuencia ineluctable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no estaría justificado que se examinaran autónomamente a la luz del artículo 56 CE (sentencia de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia, C-326/07, Rec. p. I-2291, apartado 39).

31 Por consiguiente, sólo se aplica el 43 CE a dichas medidas de comprobación.

Sobre la justificación de las restricciones

Alegaciones de las partes

32 En primer lugar, en cuanto a los objetivos que persigue el artículo 11 de la Ley 3631/2008, la Comisión considera que el objetivo de esta disposición es no sólo garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes, como se desprende del apartado 2 de dicho artículo, sino que igualmente persigue otros dos objetivos, a saber, garantizar, en un contexto de transparencia, la privatización de las empresas estratégicas para la economía nacional y permitir que el Estado elija a un inversor estratégico para tales empresas, así como la mejora de su competitividad.

33 Según la Comisión, si bien puede invocarse el primer objetivo para justificar una restricción a la libertad de establecimiento, de la jurisprudencia se deriva que las exigencias relativas al orden público y a la seguridad pública deben interpretarse en sentido estricto y sólo pueden 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). Ahora bien, a juicio de la demandante, la República Helénica no explica por qué una participación del 20 % del capital de dichas empresas podría perjudicar un interés fundamental de la sociedad.

34 Señala que, además, no se define claramente el ámbito de aplicación del artículo 11 de la Ley 3631/2008. Matiza que, en efecto, no es cierto que éste abarque únicamente los sectores y los servicios públicos a los que se refiere la jurisprudencia o también otros sectores.

35 En cuanto al segundo objetivo, la Comisión recuerda que, para que esté justificado un régimen de autorización previa como el controvertido, que supone una excepción a una libertad fundamental, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas, de manera que configure el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales a fin de que no se ejerza de manera arbitraria. Además, toda persona afectada por una medida restrictiva basada en tal excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional (véanse, en particular, las sentencias de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 38, y de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, C-463/00, Rec. p. I-4581, apartado 69).

36 Pues bien, sostiene que no se definen de antemano de forma pormenorizada y precisa los criterios establecidos en el artículo 11 de la Ley 3631/2008. Por lo tanto, a su juicio, los criterios prescritos dejan un amplio margen de interpretación a las autoridades que equivale a una facultad discrecional. Agrega que tal marco legislativo priva a los posibles inversores de la seguridad jurídica exigida y los desincentiva, por cuanto, en principio, no conocen de antemano los criterios de autorización o de desestimación de su inversión.

37 Observa, por último, que, en lo que atañe al tercer objetivo que persigue la medida nacional controvertida, es de naturaleza económica y, con arreglo a reiterada jurisprudencia, no puede servir de justificación a obstáculos a las libertades fundamentales (véase, en particular, la sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98, Rec. p. I-4731, apartado 52).

38 La República Helénica replica que las disposiciones nacionales controvertidas sólo tienen un objetivo que, por lo demás, se deduce expresamente del artículo 11, apartado 2, de la Ley 3631/2008, es decir, garantizar la continuidad de servicios de base y del funcionamiento de redes consideradas necesarias para la vida económica y social de un país, en particular, el abastecimiento necesario del país en energía y en agua y la prestación de servicios de telecomunicaciones.

39 Observa que, por lo tanto, el objetivo de las medidas de que se trata es preservar el interés general, en particular el orden público, la seguridad pública y la salud pública, motivos que, de conformidad con el Tratado y reiterada jurisprudencia, pueden justificar restricciones a las libertades fundamentales, como lo ha declarado, en particular, el Tribunal de Justicia en relación con la seguridad de abastecimiento en los sectores del petróleo, las telecomunicaciones y la energía (véase, en particular, la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 69 y jurisprudencia allí citada).

40 En cuanto al ámbito de aplicación del régimen de autorización previa, la República Helénica sostiene que se halla claramente definido por los criterios generales y por los objetivos que se derivan de la normativa nacional, en particular del artículo 11, apartado 1, de la Ley 3631/2008, que se refiere a las sociedades anónimas «que ocupan o hayan ocupado una posición de monopolio, en particular cuando se trate de sociedades que posean, exploten o gestionen redes nacionales de infraestructuras», en relación con el apartado 2 de dicho artículo, que dispone que debe concederse la autorización en interés general y únicamente con la finalidad de «garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes».

41 Afirma que de los términos de la Ley 3631/2008, así como de su exposición de motivos, se desprende que dicho régimen *ex ante* se aplica a un círculo cerrado de empresas, a saber, las sociedades controladas por el Estado que poseen, explotan o gestionan redes e infraestructuras de base. Considera que, por lo tanto, no es preciso enumerarlas en dicha Ley.

42 Señala, que, en realidad, al adoptar la referida Ley, sólo se trataba de seis empresas. Respondiendo a una pregunta sobre este extremo en el acto de la vista, la República Helénica explicó que se trataba más concretamente de la empresa que ostenta el monopolio en materia de telecomunicaciones, que mientras tanto ha sido privatizada y a la que ya no se aplica la Ley 3631/2008, el antiguo monopolio de los suministros de electricidad, las empresas de suministro de agua potable de Atenas y de Salónica (Grecia) y los organismos públicos para la gestión de los puertos del Pireo (Grecia) y de Salónica.

43 Afirma que asimismo puede deducirse de la Ley 3631/2008 que la medida *ex post* sólo se aplica a las sociedades estratégicas que posean, exploten o gestionen redes e infraestructuras de base en la medida en que su objetivo es únicamente controlar las trasformaciones o las modificaciones de la afectación de los elementos del activo de esas empresas y, en particular, como se deduce del artículo 11, apartado 3, letra c), de dicha Ley, los acuerdos de gestión de tales sociedades relativos a las «redes e infraestructuras de base necesarias para la vida económica y social del país, así como para su seguridad».

44 En segundo lugar, la Comisión sostiene que el objetivo de la medida nacional controvertida consistente en garantizar la prestación de servicios de base y el funcionamiento continuo de las redes puede alcanzarse mediante medidas de carácter normativo menos restrictivas que un régimen de autorización previa de determinadas tomas de participación en las sociedades estratégicas o unas medidas de comprobación *a posteriori* de ciertos acuerdos de gestión adoptados por tales sociedades.

45 Por lo que respecta, en primer lugar, al régimen de autorización previa controvertido, la Comisión recuerda que, en relación con un régimen de autorización previa de la adquisición de participaciones o de activos, el Tribunal de Justicia ha declarado que el régimen de que se trataba no permitía asegurar en todos los casos que la seguridad del suministro de energía quedara garantizada si surgía una amenaza real y suficientemente grave para este suministro después de que se hubiera concedido la autorización de la operación de que se tratara (sentencia de 17 de julio de 2008, Comisión/España, C-207/07, apartado 52) e igualmente que la mera supervisión de la entidad pública en el momento en que ésta tome el control de una empresa no permite garantizar que, una vez reconocidos los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por esa entidad, ésta vaya a utilizarlos de forma adecuada, garantizando la seguridad del abastecimiento energético (sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 45).

46 La Comisión alega, además, que el carácter desproporcionado del régimen de autorización previa radica en el hecho de que los criterios sobre cuya base debe decidirse acerca de tal autorización, según están establecidos en el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3631/2008, son inadecuados para alcanzar el objetivo expresado en la Ley consistente en garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes.

47 Alega que de dicha disposición se desprende que, si bien deben cumplirse y tomarse en consideración todos los criterios mencionados al adoptar la decisión de autorización, éstos se enumeran no con carácter exhaustivo, sino únicamente a título indicativo. Por lo tanto, los criterios sobre cuya base se concede o se deniega una autorización no están detallados ni necesariamente los conocen de antemano los operadores económicos interesados.

48 Por otra parte, el marco normativo adoptado en el plano de la Unión en determinados sectores, como los de la energía y de las telecomunicaciones, deja a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para adoptar, con observancia del Tratado y, especialmente, del principio de proporcionalidad, disposiciones relativas a las obligaciones de servicio público impuestas a la empresas que sean menos restrictivas respecto a las libertades fundamentales (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Comisión/España, antes citada, apartados 43 a 45).

49 La República Helénica replica que el régimen de autorización previa es totalmente adecuado para alcanzar el objetivo perseguido, no va más allá de lo razonable y constituye asimismo un instrumento necesario, en el sentido de que las medidas horizontales de carácter normativo no son suficientes para alcanzar dicho objetivo.

50 En cuanto a la alegación de que el referido régimen *ex ante* no es adecuado porque sólo se refiere al momento de la toma de una participación estratégica, pasa por alto el hecho de que tal régimen se completa mediante una medida de control *ex post*.

51 Sostiene que los criterios de valoración previstos en el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3631/2008 se refieren a determinados elementos que se toman en consideración para la evaluación del plan de empresa del tercer inversor. Añade que tales elementos son totalmente objetivos y convergen en un criterio esencial que es la presentación por el tercer inversor de un plan de empresa serio y el ofrecimiento de garantías relativas a ese plan con el fin de evitar que se devalúe la empresa de que se trate y que no quede amenazada la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes de base.

52 Por otra parte, la República Helénica refuta la alegación de que, con violación del principio de seguridad jurídica, los criterios previstos en el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3631/2008 no son claros y dejan una amplia facultad discrecional a las autoridades públicas que no puede ser objeto de control judicial.

53 Considera que en los asuntos invocados por la Comisión, o bien no se indicó en modo alguno a los inversores afectados las circunstancias específicas y objetivas en las que se concedería o se denegaría una autorización previa (sentencia de 13 de mayo 2003, Comisión/España, antes citada, apartado74), o bien no existían criterios tan específicos como los previstos en la Ley 3631/2008 (sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 52).

54 La República Helénica alega además que no puede sostenerse que la medida de control *ex ante* no sea necesaria porque el objetivo perseguido de una continuidad en los servicios y en el funcionamiento de las redes pueda alcanzarse mediante medidas horizontales de carácter normativo, como las previstas en las directivas pertinentes en los sectores de las telecomunicaciones y de la energía.

55 Sostiene que las directivas de que se trata sólo establecen un marco dentro del cual los Estados miembros definen las políticas generales en materia de seguridad de abastecimiento y sólo suponen un planteamiento común mínimo. Precisa que las decisiones fundamentales relativas al grado y a las medidas de protección de la seguridad pública siguen correspondiendo a las autoridades nacionales competentes sin perjuicio de la observancia del principio de proporcionalidad.

56 En lo que atañe además a la adecuación de las medidas de comprobación *a posteriori* según lo previsto en el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008, la Comisión reconoce que, en la sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809), el Tribunal de Justicia declaró que las medidas de comprobación *a posteriori* de que se trataba en dicho asunto suponían una restricción justificada a la libre circulación de capitales.

57 No obstante, según la Comisión, el contenido de dicha sentencia no es aplicable en el caso de autos toda vez que las características del régimen nacional controvertido en el referido asunto eran distintas de las del régimen nacional controvertido en el presente asunto.

58 La Comisión sostiene que, en el caso de autos, la normativa nacional controvertida tampoco establece ningún criterio que las autoridades deban tener en cuenta para decidir si se proponen oponerse al acuerdo de que se trate ni las circunstancias objetivas en las que pueda tener lugar tal intervención con el fin de preservar los objetivos de interés general que se pretenden alcanzar.

59 Infiere que, por consiguiente, sobre el particular, las autoridades ostentan una facultad discrecional especialmente amplia en materia de intervención en la vida de las empresas de que se trata, por lo que las decisiones adoptadas en ejercicio de tal facultad no pueden ser objeto de un control judicial eficaz.

60 En cuanto a la adecuación de las medidas relativas a la oposición según el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008, la República Helénica sostiene que, como las medidas que fueron objeto de la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, enumeran con carácter limitativo los acuerdos pertinentes, es decir, ya los acuerdos directamente vinculados a la existencia de la empresa, acuerdos previstos en las letras a) y b) de dicho apartado 3, ya los acuerdos relativos a la transformación o la modificación de la afectación «de los elementos estratégicos del activo de las empresas mencionadas y de las redes e infraestructuras de base necesarias para la vida económica y social del país, así como para su seguridad», previstas en la letra c) de la misma disposición.

61 Aduce que, aunque no se enumeren los elementos estratégicos del activo de las empresas interesadas, resulta patente que, al igual que las medidas controvertidas en el asunto Comisión/Bélgica, antes citado, la normativa de que se trata determina de manera limitativa los elementos estratégicos del activo comprendidos en su ámbito de aplicación, es decir, las redes y las infraestructuras de base.

62 En relación con los criterios relativos al ejercicio del derecho de oposición y del control judicial de una decisión de oposición, la República Helénica señala que, tanto a escala nacional como a escala de la Unión, los órganos jurisdiccionales pueden controlar y controlan efectivamente la cláusula de

seguridad pública y sus diferentes elementos, a pesar de su carácter moldeable, como cláusulas que establecen excepciones a las libertades fundamentales de circulación consagradas por los Tratados (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartados 33 a 35, y de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros, 72/83, Rec. p. 2727, apartado 34).

63 Manifiesta que, en el caso de autos, los criterios del control judicial son más específicos aún en la medida en que se refieren a la amenaza de los servicios de base y del funcionamiento de las redes de las empresas de que se trata debido a los acuerdos sociales relativos a la transformación o a la modificación de la afectación de los elementos estratégicos de su activo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

64 De los autos se desprende y se ha confirmado en el acto de la vista que el objetivo único a la luz del cual debe examinarse la justificación de las restricciones a la libertad de establecimiento que suponen el régimen de autorización previa y las medidas de comprobación *a posteriori* previstos en el artículo 11 de la Ley 3631/2008 es garantizar la continuidad de determinados servicios de base y del funcionamiento de las redes consideradas necesarias para la vida económica y social de un país, en particular, el abastecimiento necesario del país en energía y en agua, la prestación de servicios de telecomunicaciones y la gestión de los dos mayores puertos del país.

65 En este contexto, debe recordarse que, en el caso de empresas que desarrollan actividades y prestan servicios públicos en los sectores del petróleo, de las telecomunicaciones y de la energía, el Tribunal de Justicia ha declarado que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de tales productos o la prestación de tales servicios en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública y, por lo tanto, puede eventualmente justificar un obstáculo a la libre circulación de capitales (sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 71).

66 Además, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la persecución de intereses generales relativos al orden público, la seguridad pública y la salud pública puede justificar, en su caso, determinadas restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales (sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 45 y jurisprudencia allí citada).

67 No obstante, en relación con un objetivo relacionado con la seguridad del abastecimiento energético, el Tribunal de Justicia ha recordado que sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencia de 17 de julio de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 47).

68 En relación, más concretamente, en primer lugar, con el régimen de autorización previa, una medida de tal naturaleza no resulta, en principio, apropiada para alcanzar el objetivo invocado ni proporcionada a éste.

69 En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en principio, no puede considerarse que la mera adquisición de una participación que ascienda a más de un 10 % del capital social de una sociedad que opere en el sector de la energía o cualquier otra adquisición que confiera una influencia significativa sobre tal sociedad pueda, en principio, considerarse, de por sí, una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del aprovisionamiento (sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 48 y jurisprudencia allí citada).

70 Pues bien, el régimen de que se trata produce sus efectos aun antes de que la sociedad haya adoptado un acuerdo, es decir, sin que se haya demostrado la existencia de un riesgo, siquiera potencial, de perjudicar la seguridad del abastecimiento de energía (sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 50).

71 Además, no es seguro que en el momento de la concesión de la autorización puedan concretarse todas las hipótesis de amenazas reales y suficientemente graves para la seguridad del suministro de energía ni que tales hipótesis puedan ser tenidas en cuenta (sentencia de 17 de julio de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 53).

72 Por lo demás, la limitación del ejercicio de los derechos de voto, incluso, en su caso, el no reconocimiento de tales derechos a que da lugar el mecanismo previsto en el artículo 11, apartado 1, de la Ley 3631/2008 se aplica a todos los acuerdos que den lugar a una votación de los accionistas y no sólo a los que puedan poner en riesgo de manera puntual el objetivo expresado en la Ley (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 47).

73 En cuanto a la apreciación de la proporcionalidad del régimen de autorización previa, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tal régimen es desproporcionado toda vez que la imposición de obligaciones positivas a las empresas del sector en cuestión permite, en principio, alcanzar el objetivo perseguido, es decir, la seguridad del abastecimiento energético, menoscabando en menor medida la libre circulación de capitales (sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 47).

74 En un contexto análogo al del presente asunto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si la normativa nacional de que se trate define tales criterios de forma no exhaustiva, de ello se deduce que éstos dejan a las autoridades un amplio margen de apreciación difícilmente controlable por los órganos jurisdiccionales (sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, antes citada, apartado 52).

75 La incertidumbre que rodea a las circunstancias en las que pueden ejercerse esas facultades confiere un carácter discrecional a tales facultades, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales para ejercerlas. Dicho margen de apreciación es desproporcionado en relación con los objetivos perseguidos (sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 52).

76 En el caso de autos, los criterios aplicables al ejercicio de la facultad de las autoridades para aprobar o no una solicitud de adquisición de participaciones en las sociedades anónimas de que se trata, si bien se enumeran en el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3631/2008, ello se hace expresamente «con carácter indicativo».

77 Ni la referencia general en el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3631/2008 a los «criterios de interés general que permitan garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes», ni los nueve criterios de evaluación que en él se enumeran sólo con carácter indicativo, que se refieren esencialmente a la elección de un socio estratégico que ofrezca las mejores garantías para asegurar de forma duradera la continuidad de los servicios y de las redes, permiten determinar las circunstancias específicas y objetivas en las que puede ejercerse la facultad de oposición a la adquisición de participaciones.

78 Además, las disposiciones que establecen las razones por las que las autoridades pueden denegar una autorización de adquisición de una participación en sociedades anónimas estratégicas están redactadas en términos generales e imprecisos que no permiten que los interesados distingan con exactitud los distintos supuestos en los que puede denegarse dicha autorización. Es así, en particular, la expresión «criterios de interés general que permitan garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes». Además, los nueve criterios de valoración enumerados en la Ley

3631/2008 no se refieren a supuestos de amenazas reales y suficientemente graves para la seguridad del abastecimiento y, por lo tanto, no puede considerarse que tengan una relación directa con el objetivo perseguido.

79 De ello se deduce que tal régimen de autorización previa confiere a la administración una facultad discrecional difícilmente controlable por los órganos jurisdiccionales y que supone un riesgo de discriminación.

80 Por lo que respecta, en segundo lugar, a las medidas de comprobación *a posteriori* de determinados acuerdos adoptados por las sociedades anónimas estratégicas de que se trata, tal como prevé el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008, la República Helénica sostiene que debe aceptarse, ya que reviste semejanzas con el régimen controvertido en la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, a propósito del cual el Tribunal de Justicia declaró que estaba justificado por el objetivo de garantizar la seguridad de los abastecimientos en energía en casos de crisis.

81 El Tribunal de Justicia ha señalado que, de los apartados 49 a 52 de la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, se desprende que el régimen nacional controvertido se caracterizaba por el hecho de que enumeraba taxativamente los activos estratégicos afectados y los acuerdos de gestión que podían cuestionarse de forma puntual. Por último, la intervención de la autoridad administrativa quedaba estrictamente limitada a los casos en que peligraran los objetivos de la política energética. Las decisiones adoptadas en este contexto debían estar formalmente motivadas y estaban sujetas a un control judicial efectivo (sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 78).

82 Pues bien, al igual que los regímenes examinados por el Tribunal de Justicia en sus citadas sentencias de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, y Comisión/Italia, el régimen controvertido en el presente asunto, aunque revista carácter *ex post* y, por lo tanto, es menos restrictivo que un régimen *ex ante*, no puede estar justificado a la luz de los criterios que se derivan de la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada.

83 En efecto, en primer lugar, en cuanto a los acuerdos enumerados en el artículo 11, apartado 3, letras a) y b), de la Ley 3631/2008, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, contrariamente a las decisiones controvertidas en el asunto en el que recayó la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada (apartado 50), tales acuerdos no constituyen acuerdos de gestión específicos, sino acuerdos fundamentales en la vida de una empresa (sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 79).

84 En segundo lugar, la precisión, en las letras b) y c), de dicho apartado 3, según la cual se hace referencia a los acuerdos en la medida en que «puedan amenazar la prestación de servicios en sectores que revistan una importancia estratégica» o que versen sobre «la afectación de los elementos estratégicos del activo de las empresas mencionadas y de las redes e infraestructuras de base necesarias para la vida económica y social del país, y para su seguridad», difícilmente puede considerarse que sea una enumeración específica de los activos estratégicos afectados.

85 Por último, si bien, como alega la República Helénica, el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008 debiera interpretarse en el sentido de que el derecho de oposición que en él se establece sólo puede ejercerse para garantizar la continuidad de los servicios prestados y del funcionamiento de las redes, no es menos cierto que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en que puede ejercerse tal derecho, los inversores no pueden saber cuando éste podrá ser de aplicación.

86 Así, como sostiene la Comisión, las circunstancias en las que el derecho de oposición puede ejercerse son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y reservan a las autoridades nacionales una facultad de apreciación demasiado amplia.

87 Por consiguiente, debe declararse que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE, relativo a la libertad de establecimiento, al establecer las prescripciones previstas en el artículo 11, apartado 1, en relación con el artículo 11, apartado 2, y las previstas en el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008.

Costas

88 En virtud del artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas a la República Helénica y haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

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

1) Declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE, relativo a la libertad de establecimiento, al establecer las prescripciones previstas en el artículo 11, apartado 1, en relación con el artículo 11, apartado 2, y las previstas en el artículo 11, apartado 3, de la Ley 3631/2008, relativa a la creación de un fondo nacional de cohesión social.

2) Condenar en costas a la República Helénica.

Firmas