

EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES
ADMINISTRATIVAS PREVIAS
EN LAS EMPRESAS PRIVATIZADAS
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJCE DE 13 DE MAYO DE
2003, ASUNTO C-463/00 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS/REINO DE ESPAÑA)

Por MARIOLA URREA CORRES *

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: ACERCAMIENTO AL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE LAS ACCIONES DE ORO.—II. LAS «GOLDEN SHARES» A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—III. EL ASUNTO DE LAS ACCIONES DE ORO ESPAÑOLAS Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO: 1. ASPECTOS FORMALES: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ANTE LA COMISIÓN, LAS CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD Y LA PARTICIPACIÓN DEL REINO UNIDO COMO PARTE COADYUVANTE. 2. ASPECTOS MATERIALES: LAS ACCIONES DE ORO COMO OBSTÁCULO A LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES: 2.1. *Conceptualización técnica de las autorizaciones administrativas previas y calificación jurídica de la infracción comunitaria.* 2.2. *Las acciones de oro: entre el respeto al principio de neutralidad y la garantía de las libertades comunitarias.* 2.3. *La operatividad de la excepción del interés general: una opción no admitida para el caso español.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNAS ACCIONES DE ORO COMPATIBLES CON EL DCE.

* Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de La Rioja.

I. INTRODUCCIÓN: ACERCAMIENTO AL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE LAS ACCIONES DE ORO

El ordenamiento jurídico español estableció mediante ley 5/1995¹ un régimen privilegiado para la participación del Estado en la estructura accionarial y de gestión de empresas que, habiendo sido originariamente públicas, estuvieran sometidas a un proceso de privatización. Las prerrogativas que la ley 5/1995 concedió al Estado español se conocen popularmente como ‘acciones de oro’ y adoptaron la forma jurídica de autorizaciones administrativas previas². La reglamentación establecida por la citada ley para tales autorizaciones administrativas fue desarrollada con carácter general por el Real Decreto 1525/1995 de 15 de septiembre³ y en relación con las entidades que operan en los sectores del petróleo (Repsol, S.A), de las telecomunicaciones (Telefónica de España, S.A., y Telefónica Servicios Móviles, S.A.), de la banca [Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria)], del tabaco (Tabacalera, S.A.) y de la electricidad (ENDESA, S.A.) por los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998 respectivamente⁴.

Pues bien, en virtud de la legislación nacional que hemos expuesto, el régimen de autorización administrativa previa será aplicable tanto a la

¹ Ley 5/1995 de 23 de marzo de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (*BOE*, n.º 10, de 11 de enero de 1997, p. 907).

² Para una somera descripción de otros regímenes diferentes establecidos por los Estados miembros me remito a GARAU SOBRINO, F.: «La jurisprudencia comunitaria sobre inversiones en empresas públicas en proceso de privatización ¿Tarjeta roja a la normativa española?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, julio-agosto, 2002, pp. 63-74, en pp. 66-67.

³ *BOE*, n.º 230, de 26 de septiembre de 1995, p. 28616.

⁴ Real Decreto 3/1996 de 15 de enero relativo a Repsol, S.A. (*BOE*, n.º 14, de 16 de enero de 1996, p. 1133); Real Decreto 8/1997, de 10 de enero relativo a Telefónica de España, S.A., y a Telefónica Servicios Móviles, S.A. (*BOE*, n.º 10, de 11 de enero de 1997, p. 907); Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria) (*BOE*, n.º 15, de 17 de enero de 1998, p. 1851); Real Decreto 552/1998, de 2 de abril relativo a Tabacalera, S.A. (*BOE* n.º 80, de 3 de abril de 1998, p. 11370), modificado por Real Decreto 67/2000, de 21 de enero (*BOE* n.º 28 de 2 de febrero de 2000, p. 4700); y Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a ENDESA, S.A. (*BOE* n.º 129, de 30 de mayo de 1998, p. 17939).

adopción de una serie de acuerdos relativos a la disolución voluntaria, escisión o fusión de una entidad, sustitución del objeto social o la enajenación o gravamen de los activos o participaciones sociales, como también a la realización de ciertas operaciones sobre el capital social y sus participaciones⁵ decididas por los órganos sociales de aquellas entidades mercantiles que cuenten con una participación directa e indirecta del Estado en su capital social superior al 25 % de éste y estén controladas por el socio estatal⁶.

Determinado el ámbito de aplicación material y subjetivo del régimen de autorización administrativa previa, el tenor literal del artículo 2 de la ley 5/1995 establece el *presupuesto objetivo* que debe concurrir para que esta reglamentación administrativa pueda ser aplicada⁷. En este sentido, la normativa en cuestión exige que en un solo acto o en actos sucesivos la participación pública del socio estatal en las entidades a las que se refiere la propia norma sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 % del capital social y siempre

⁵ Según el apartado 2 del artículo 3 de la ley 5/1995 tales operaciones se describen como actos de disposición sobre el capital social que determinen 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%, así como la adquisición de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10% del capital social.

⁶ No conviene olvidar que el artículo 1 de la Ley 5/1995 al determinar el ámbito de aplicación subjetivo del régimen de autorizaciones administrativas establece como condición añadida que las entidades mercantiles anteriormente referidas no deben realizar una actividad en la que concurra alguna de las circunstancias siguientes: «a) prestar servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales; b) desarrollar actividades sujetas por Ley y por 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».

⁷ Sobre el ámbito objetivo de esta legislación véase SERNA BILBAO, M. N.: «La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo», *Revista de Administración Pública*, n.º 143, mayo-agosto, 1997, pp. 435-561.

que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 %, o bien cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio la participación pública del socio estatal quede reducida a un porcentaje inferior al 15 % del capital social.

Este es, por tanto, el contexto normativo que ofrece el ordenamiento jurídico español en relación con las acciones de oro cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario Europeo ha sido objeto de reciente pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸. Con todo, conviene precisar que no es éste el primer pronunciamiento del Tribunal sobre regímenes de intervención administrativa estatal en empresas privatizadas. De hecho, con anterioridad al caso que nos ocupa, el TJUE tuvo la ocasión de pronunciarse en sentencias de 4 de junio de 2002⁹ sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario Europeo de las reglamentaciones adoptadas en otros Estados miembros como fue el caso de Portugal, Francia y Bélgica (II).

Sin desconocer esta jurisprudencia del Tribunal, que utilizaremos como referente útil y necesario, no debemos olvidar, sin embargo, que el objeto principal del presente comentario no es idéntico al de las sentencias citadas y, por lo tanto, nos circunscribiremos específicamente al estudio del recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra España en el que el Tribunal declara incompatible con la libre circulación de capitales (artículo 56 CE) y con el derecho de establecimiento (artículo 43 CE) el régimen jurídico de autorización administrativa previa establecida en los artículos 1 y 3 de la ya citada ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, así como en los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998 que sirven de desarrollo a la misma (III). Al analizar la compatibilidad de este régimen con el Derecho Comunitario Europeo se plantearán, como tendremos oportunidad de apreciar, interesantes reflexiones de carácter formal (III.1) y material (III.2). Algunas de las reflexiones de naturaleza material lo serán de contenido puramente teórico, como es la relativa a la *con-*

⁸ Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, (C-463/00). El texto de la sentencia no ha sido todavía publicado en la Recopilación de jurisprudencia del Tribunal pero puede consultarse en <http://www.curia.eu.int>.

⁹ Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, (C-367/98, *Rec.*, p. I-4731); sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, (C-483/99, *Rec.*, p. I-4781); sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Bélgica*, (C-503/99, *Rec.*, p. I-4809).

ceptualización de las acciones de oro y la *calificación jurídica* de la infracción que su adopción pudiera provocar en relación con el ordenamiento comunitario (III.2.1), mientras que otras tendrán una eminente proyección práctica al centrarse en el análisis de las acciones de oro como obstáculos a las libertades fundamentales no protegidas, por tanto, por el principio de neutralidad (III.2.2) aunque en ocasiones puedan resultar compatibles con el Derecho Comunitario en la medida en que resulten auténticas excepciones por razón de interés general (III.2.3).

Con todo, reducir el análisis de este trabajo al estudio de la fundamentación jurídica del fallo al que llega en esta ocasión el Tribunal es una tarea obviamente necesaria y ya de por sí compleja pero, como precisaremos a continuación, resulta por sí sola insuficiente. A nuestro juicio, el verdadero interés que suscita este pronunciamiento del Tribunal, contrastado con los pronunciamientos anteriormente existentes sobre la materia, reside en averiguar, a modo de conclusión, la consolidación de aquellos principios generales que deben vertebrar el régimen jurídico de las «acciones de oro» y que necesariamente deben guiar al legislador de los Estados miembros con el fin de garantizar que su regulación resulte compatible con el ordenamiento jurídico comunitario (IV).

II. LAS «GOLDEN SHARES» A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Como ya hemos precisado, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia objeto de este comentario no es el primero en relación con las también conocidas en el ámbito europeo como «golden shares». De hecho, el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado el 23 de mayo de 2000 declarando incompatible una normativa italiana que concedía una serie de poderes especiales a su gobierno en determinadas empresas públicas¹⁰.

Sin embargo, los pronunciamientos verdaderamente relevantes a los efectos de poder ser tomados en cuenta como precedentes jurisprudenciales son, sin duda, la cascada de pronunciamientos que el Tribunal emitió el

¹⁰ Sentencia del TJCE de 23 de mayo de 2000, *Comisión /Italia* (C-58/99, *Rec.*, p. I-3811). Al respecto véase DE PASQUALE, P.: «Golden share all'italiana», *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2000, p. 1233; MERUSI, F.: «La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore», *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2000, p. 1236.

4 de junio de 2002 en relación con los regímenes jurídicos adoptados en materia de privatizaciones de empresas públicas en Portugal, Francia y Bélgica¹¹. El Tribunal de Justicia, instado a actuar a partir de la interposición de sendos recursos de incumplimiento por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas, declaró incompatible con el Derecho Comunitario Europeo el régimen jurídico adoptado en Portugal por entender que provocaba un obstáculo a la libre circulación de capitales que no podía justificarse, como pretendió argumentar el gobierno portugués, por motivos económicos¹². En el mismo sentido se pronunció el órgano judicial comunitario en relación con el asunto de Francia. En esta ocasión, el Tribunal de Justicia consideró a la normativa nacional incompatible por entender que el régimen establecido suponía una restricción a los movimientos de capitales que, aunque pudiera estar justificado por razón de interés público legítimo, el sistema establecido no se ajustaba a criterios suficientemente objetivos y precisos, yendo más allá de lo que resulta necesario para alcanzar la finalidad propuesta que no era otra que garantizar la seguridad del abastecimiento de productos petrolíferos en caso de crisis¹³.

Por el contrario, en relación con la normativa belga, el Tribunal la declaró compatible con el ordenamiento comunitario por entender que se trataba de un régimen de intervención estatal *a posteriori*, articulado a través de un derecho de veto cuyo ejercicio requería ser motivado, estaba limitado a unos plazos de tiempo estrictos y quedaba sometido a un efectivo control jurisdiccional¹⁴. En definitiva, el Tribunal consideró que «la normativa controvertida se halla justificada por el objetivo que consiste en garantizar la seguridad del abastecimiento energético en caso de crisis»¹⁵.

La relevancia de exponer en esta sede los citados asuntos viene justificada en la medida en que, como tendremos ocasión de concluir, el análisis contrastado de los mismos en relación con la sentencia pronunciada

¹¹ Un detallado comentario a estas sentencias puede consultarse en GIPPINI FOURNIER, E./RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A.: «Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, julio-agosto, 2002, pp. 38-62.

¹² Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal* (C-367/98, *cit.*), apartados 46 y 52.

¹³ Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia* (C-483/99, *cit.*), apartados 42, 47, 50 y 53.

¹⁴ Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Bélgica* (C-503/99, *cit.*), apartados 46, 49, 51 y 52.

¹⁵ *Ibidem*, apartado 55.

recientemente en el caso español, permiten extraer unos principios generales que, a nuestro juicio, pueden orientar en torno a las características que deben necesariamente concurrir en las reglamentaciones nacionales sobre 'acciones de oro' para resultar compatibles con el Derecho Comunitario. A este respecto, y sin perjuicio de un mayor desarrollo posterior¹⁶, podemos adelantar que el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia de 2002, encuadró los regímenes especiales para la adquisición de participaciones sociales y la toma de acuerdos sociales en empresas privatizadas en el marco de los movimientos de capitales; entendió que tales regímenes suponen una restricción a la libre circulación de capitales; y, en este sentido, apuntó que tal restricción sólo podría ser considerada compatible con el ordenamiento comunitario si la normativa sometida a examen ofrecía una serie de garantías que concretó en el cumplimiento de los siguientes requisitos: aplicación no discriminatoria, justificada en razones imperiosas de seguridad pública o de interés general y proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos perseguidos.

A la vista de los principios que hemos extraído de la jurisprudencia comunitaria, y teniendo presente que estaba en vigor la ley 5/1995 y los Reales Decretos de desarrollo en los que el legislador diseñó el régimen jurídico de autorizaciones administrativas previas que daban forma legal a las 'acciones de oro' españolas, parecía más que evidente que la Comisión de las Comunidades Europeas plantearía contra España un recurso por incumplimiento. Efectivamente, así ocurrió.

III. EL ASUNTO DE LAS ACCIONES DE ORO ESPAÑOLAS Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO

1. ASPECTOS FORMALES: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ANTE LA COMISIÓN, LAS CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD Y LA PARTICIPACIÓN DEL REINO UNIDO COMO PARTE COADYUVANTE

Siguiendo el procedimiento establecido a estos efectos en el artículo 226 del Tratado para el planteamiento de recursos de incumplimiento contra aquellos Estados que violen el Derecho Comunitario, la Comisión remitió al gobierno español escrito de 26 de octubre de 1998 en el que advertía de la posible incompatibilidad del régimen jurídico de las autorizaciones

¹⁶ *Vid.* epígrafes III.2.2 y III.2.3, así como el epígrafe IV.

administrativas previas en las empresas privatizadas con las disposiciones del Tratado que regulan la libre circulación de capitales (artículo 56 TCE) y el derecho de establecimiento (artículo 43 TCE).

El gobierno español respondió, mediante escritos de 27 de enero de 1999 y de 18 de marzo de 1999, afirmando la conformidad de tales medidas con el Tratado constitutivo. La Comisión, no conforme con la respuesta recibida, remitió el 2 de agosto de 1999 dictamen motivado en el que se concedía al Gobierno español el plazo de dos meses para adecuarse a lo en él establecido¹⁷. El citado dictamen fue nuevamente respondido por el Gobierno español el 3 de noviembre de 1999 reiterando su convencimiento de que el sistema de privatizaciones era perfectamente compatible con el ordenamiento jurídico comunitario. Agotada la fase administrativa del procedimiento, la Comisión interpuso ante el Tribunal de Justicia el correspondiente recurso por incumplimiento contra España.

Antes de admitir a trámite el recurso, el Tribunal analizó las causas de inadmisibilidad presentadas por España las cuales se centraron, de una parte, en la expiración del régimen de autorizaciones administrativas previas establecido para el caso de la Corporación Bancaria de España (Argenteria) y para Tabacalera y, de otra parte, en la falta de congruencia en las disposiciones legales mencionadas por la Comisión en la demanda. El 24 de febrero de 2001 el Tribunal decidió no tomar en consideración tales causas de inadmisibilidad y admitir a trámite en su conjunto el recurso de incumplimiento.

En defensa de las tesis españolas participó en el recurso como parte coadyuvante el Reino Unido. Así lo había hecho también en los asuntos contra Francia y Bélgica (no en el asunto contra Portugal) que, como hemos tenido ocasión de precisar anteriormente, también fueron enjuiciados por el Tribunal de Luxemburgo.

¹⁷ En este sentido, me gustaría llamar la atención sobre la expiración el 17 de febrero de 2001 del Real Decreto 40/1998, así como la expiración el 5 de octubre de 2002 del Real Decreto 552/1998. Este hecho que fue manifestado por el Gobierno de España en su escrito de alegaciones remitido al Tribunal de Justicia para cuestionar, en parte, la admisibilidad del recurso, no fue tenido en cuenta por el Tribunal dado que la posible incompatibilidad de la legislación nacional con el Derecho Comunitario Europeo existía en el plazo de tiempo de dos meses que la Comisión le concedió al Gobierno español a través de su dictamen motivado para adecuar su normativa al ordenamiento comunitario, siendo irrelevante para el Tribunal los hechos acaecidos con posterioridad a esa fecha. A este respecto véase sentencia de 5 de diciembre de 2002, *Comisión/Luxemburgo* (C-174/01, pendiente de publicación en la Recopilación Oficial) apartado 18.

A la vista de los precedentes jurisprudenciales conocidos sobre la materia, no resultaba difícil aventurar un pronunciamiento del Tribunal declarando la incompatibilidad de las acciones de oro españolas con el Derecho Comunitario Europeo. En efecto, las peores previsiones se han confirmado. El 13 de mayo de 2003 el Tribunal de Justicia declaró incompatible con el artículo 56 del TCE 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, así como cada uno de los Reales Decretos que sirven de desarrollo.

2. ASPECTOS MATERIALES: LAS ACCIONES DE ORO COMO OBSTÁCULO A LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

2.1. *Conceptualización técnica de las autorizaciones administrativas previas y calificación jurídica de la infracción comunitaria*

Una de las primeras cuestiones con las que nos encontramos al analizar el régimen de las acciones de oro es precisamente el de su encuadre jurídico, bien en el artículo 56 del TCE que regula la prohibición de todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, o bien en el artículo 43 del TCE que regula la prohibición de cualquier tipo de restricción al derecho de establecimiento. El estudio del asunto que nos ocupa ofrece en esta cuestión el primer punto de desencuentro jurídico entre el criterio mantenido por el Tribunal en su sentencia y el propuesto por el Abogado General en sus conclusiones generales¹⁸. Así, mientras el Tribunal de Justicia articula toda su fundamentación en torno a la libertad de circulación de capitales, el Abogado General, por su parte, construye su discurso conectando el régimen de autorizaciones administrativas previas con el derecho de establecimiento.

¹⁸ Debemos advertir, no obstante, que este punto de desencuentro entre el Tribunal de Justicia y el Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, en relación con la conceptualización de las 'acciones de oro' no es nuevo. De hecho, tanto la tesis sostenida por el Tribunal de Justicia como la del Abogado General proceden de las sentencias dictadas por aquél el 4 de junio de 2002 en relación con Portugal, Francia y Bélgica [*Comisión/Portugal* C-367/98, *cit.*]; [*Comisión/Francia* (C-483/99, *cit.*)] y [*Comisión/Bélgica* (C-503/99, *cit.*)], así como de las conclusiones generales presentadas por éste el 3 de julio de 2001.

Esta diferencia de análisis tiene su origen, en nuestra opinión, en el diferente criterio de interpretación del que el Tribunal y el Abogado General parten al estudiar la norma sometida a examen: el *criterio de interpretación literal* uno y el *criterio de interpretación teleológico* otro. Así, el Tribunal de Justicia, en defecto de una definición del concepto de movimiento de capitales en el Tratado, interpreta la reglamentación española a la luz de uno de los anexos de la Directiva 88/361/CEE de 24 de junio de 1988¹⁹, donde se indica que «una inversión directa en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones, así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales, constituye movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 TCE»²⁰.

Por su parte, el Abogado General, sin ignorar el concepto de capitales y pagos, entiende más oportuno averiguar qué pretende el Estado miembro cuando regula un régimen como el de las acciones de oro. A partir de este planteamiento llega a la conclusión que el Estado al utilizar facultades de intervención en la formación de la estructura accionarial, en la cesión de activos o en determinados actos de gestión pretende, en realidad, controlar «la formación de la voluntad social de las entidades privatizadas»²¹. Consecuentemente, esta intervención estatal «puede incidir en el derecho de libre establecimiento haciéndolo menos interesante tanto de modo directo, cuando versan sobre el acceso al capital, como indirecto, cuando reducen su atractivo al restringir la capacidad de disposición o gestión de los órganos sociales»²² pero, a su juicio, poco tiene que ver con el libre flujo de capitales regulado en el artículo 56 TCE. En definitiva, siguiendo en este aspecto la argumentación ofrecida por el Abogado

¹⁹ Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DOCE L 178 de 8.07.1988, p. 5). Aunque la Directiva a la que se refiere el Tribunal de Justicia no está en vigor por haber sido sustituida por la nueva regulación que sobre la materia ofrece el Tratado de Amsterdam, debe precisarse, siguiendo a HINOJOSA MARTÍNEZ que su Anexo I «sigue constituyendo un importante marco normativo referencial en cuanto a la clasificación y definición de los movimientos de capitales», HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: «La libre circulación de capitales», en LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NÁNCLARES, J. (coords.): *Derecho Material Comunitario*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 137-153, en p. 141.

²⁰ Así lo ha interpretado en otras ocasiones, véase, sentencia del TJCE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, Rec., p. I-1335).

²¹ Conclusiones del Abogado General de 6 de febrero de 2003, *Comisión/España y Comisión/Reino Unido* (as. ac. C-463/00 y C-98/01), apartado 36.

²² *Idem*.

General, si bien las acciones de oro pudieran ser desde un punto de vista meramente conceptual un capital, en realidad su reglamentación podría suponer una infracción no de la libertad de movimientos de capital, sino más bien del derecho de establecimiento.

En cualquier caso, lo importante del asunto es subrayar que el interesante debate puramente dogmático que genera la *conceptualización técnica* de las acciones de oro, así como la determinación de la *calificación jurídica de la infracción* que provoca en Derecho Comunitario Europeo no afecta, en realidad, a la solución que se ofrezca en relación con su compatibilidad-incompatibilidad con el Derecho Comunitario Europeo ya que el Tribunal de Justicia ofrece un mismo tratamiento para ambas libertades.

2.2. *Las acciones de oro: entre el respeto al principio de neutralidad y la garantía de las libertades comunitarias*

Una de las argumentaciones utilizadas por el gobierno de España (también por el Abogado General²³) en favor de la compatibilidad con el ordenamiento comunitario del régimen de autorizaciones administrativas previas establecido en la ley 5/1995 y en los Reales Decretos de desarrollo fue, curiosamente, el tenor literal del artículo 295 TCE en virtud del cual «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». En este sentido, el artículo 295 TCE simplemente impone a la Comunidad una actitud neutral en relación con el régimen de la propiedad de los Estados miembros. Consecuentemente, resulta forzado aceptar la argumentación del gobierno español en la que presume compatible la reglamentación de sus 'acciones de oro' con el ordenamiento comunitario porque, según indica, «al ser la privatización del sector público empresarial una opción legítima de los Estados miembros, debe aplicarse el principio jurídico de que «quien puede lo más puede lo menos»» (apartado 41).

A nuestro juicio, el debate que se planteó en los primeros asuntos re-

²³ También en este punto, la argumentación del Sr. Ruiz-Jarabo Colomer trae origen de la posición que mantuvo en este mismo sentido en las conclusiones presentadas el 3 de julio de 2001 a los asuntos que dieron lugar a las sentencias del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal* (C-367/98, *cit.*); *Comisión/Francia* (C-483/99, *cit.*) y *Comisión/Bélgica* (C-503/99, *cit.*).

sueltos por el Tribunal en esta materia, así como el planteado más recientemente en el asunto español carece de conexión con la capacidad de los Estados para determinar el régimen de la propiedad. De hecho, en la medida en que el artículo 295 TCE confiere competencia exclusiva a los Estados para determinar el régimen de la propiedad, este precepto tiene como única función revestir jurídicamente la decisión de política económica que puede adoptar un Estado para iniciar procesos de privatización de empresas públicas. Por otro lado, la posición más o menos privilegiada que el Estado desee conservar en el control de tales empresas una vez privatizadas poco tiene que ver ya con el artículo 295 TCE y mucho con el correcto funcionamiento de las libertades fundamentales del Tratado²⁴. No podemos compartir, por tanto, la conclusión del Abogado General en virtud de la cual pretende derivar de la jurisprudencia del Tribunal en la cuestión de las acciones de oro la consecuencia de «la quiebra de la intervención pública en las empresas».

En nuestra opinión, los pronunciamientos judiciales objeto de comentario desmienten radicalmente esta tesis. De hecho, el Tribunal de Luxemburgo lejos de rechazar la intervención pública en las empresas, subraya la preocupación que para los Estados conlleva el proceso de privatizaciones²⁵, comparte la necesidad de que el Estado controle alguno de estos procesos en los que puedan estar en juego intereses generales o estratégicos y admite expresamente tal posibilidad siempre, claro está, que la reglamentación nacional en cuestión sea compatible con alguna de las excepciones que el Tratado articula en relación con las libertades fundamentales²⁶. Evitándose así que el contenido de la normativa nacional viole los fundamentos del ordenamiento comunitario.

Con todo, para advertir lo inadecuado de presentar el asunto de las acciones de oro como un problema jurídico a caballo entre el respeto al principio de neutralidad y la garantía de las libertades fundamentales, basta con llevar hasta sus últimas consecuencias la argumentación propuesta por el Abogado General. Así, una interpretación del principio de neutralidad del artículo 295 TCE que admitiera que los regímenes de propiedad exis-

²⁴ BAZEX, M.: «La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme?», *Revue française de Droit Administrative*, 1994, p. 294.

²⁵ Véase en este sentido la Comunicación de la Comisión relativa a determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias (DOCE C 220 de 19 de julio de 1997, p. 15).

²⁶ Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Bélgica* (C-503/99, cit.).

tentes en los Estados miembros pueden sustraerse a la aplicación del régimen jurídico de las libertades fundamentales vaciaría de contenido el propio Tratado constitutivo y, por tanto, peligraría la propia esencia del proceso de integración europea. Siendo ello cierto, no lo es menos el presupuesto contrario. Admitir que el rigor en la aplicación de las libertades fundamentales resulta incompatible con el artículo 295 TCE sería tanto como negar la competencia exclusiva del Estado para determinar conforme a criterios de política económica qué régimen de la propiedad desea mantener. Como puede apreciarse en este discurso, aceptar cualquiera de estas dos hipótesis argumentales nos situaría en la tesitura jurídica de tener *que vestir a un santo con los ropajes de otro*. No creemos, sin embargo, que las 'acciones de oro' hayan colocado al Tribunal en este brete.

2.3. *La operatividad de la excepción del interés general: una opción no admitida para el caso español*

El Estado español al regular el proceso de privatización de una pluralidad de empresas ha optado, como ya ha hemos puesto de manifiesto, por un mecanismo de autorizaciones administrativas previas que le permiten mantener un grado de control sobre la adopción de una serie de actos de los órganos de decisión de las empresas objeto de reglamentación. Como quiera que el Tribunal admite como presupuesto de partida, en contra del criterio del Abogado General²⁷, que este tipo de intervención estatal restringe el funcionamiento de las libertades fundamentales (artículo 56 y 43 TCE), debe analizar en cada asunto nuevo que se le plantee si tal restricción puede estar justificada por alguna de las excepciones que, en su caso, admite el Tratado en relación con el funcionamiento de las citadas libertades comunitarias.

En este sentido, el gobierno de español alegó ante el propio Tribunal que el régimen sometido a control estaba justificado por razones imperiosas de interés general ligadas a exigencias estratégicas y a la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos. Esta argumentación que fue admitida por el Tribunal como posible para el caso del régimen de administraciones previas establecido en el caso de Repsol, Telefónica

²⁷ Conclusiones del Abogado General de 6 de febrero de 2003, *Comisión/España y Comisión/Reino Unido* (as. ac. C-463/00 y C-98/01, *cit.*), apartado 57.

de España y Telefónica Servicios Móviles, así como en el caso de ENDESA, fue directamente rechazada en el supuesto de Tabacalera y del grupo Corporación Bancaria de España (Argentaria) ya que «no constituyen entidades destinadas a prestar servicios públicos» (apartado 70).

A los efectos de proseguir con este comentario, conviene tener presente que si, como ya hemos precisado, el Tribunal de Justicia sólo permite construir la compatibilidad de las ‘acciones de oro’ con el ordenamiento jurídico comunitario a través de una excepción al régimen de libertad de movimientos de capital (o, en su caso, al de establecimiento), la reglamentación establecida por los Estados miembros deberá satisfacer necesariamente el criterio de proporcionalidad y, en ningún caso, deberá aplicarse con fines meramente económicos²⁸. Además, «debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional»²⁹. Bajo estos parámetros procedió a analizar el Tribunal en qué medida la normativa relativa a Repsol, Telefónica y ENDESA «permite que en el Estado miembro de que se trate quede garantizado, en caso de amenaza real y grave, un abastecimiento mínimo de productos petrolíferos y de electricidad, así como un mínimo de servicios de telecomunicaciones, sin ir más allá de lo necesario a tal efecto» (apartado 73).

La conclusión a la que llegó el Tribunal ya ha sido anunciada a lo largo del presente trabajo, a saber, la reglamentación establecida en el ordenamiento español en relación con los regímenes de autorización administrativa previa citados no contienen criterios objetivos y precisos que permitan a los inversores afectados conocer las circunstancias específicas en las que se concede o deniega la autorización previa (apartado 74), otorga una facultad discrecional muy elevada a la administración (apartado 76) no siendo proporcionados los medios establecidos para lograr la finalidad propuesta. En este sentido, el Tribunal de Justicia, en contra de la opinión del Abogado General, no consideró relevante el carácter expresamente transitorio del régimen de autorizaciones administrativas contenido en la legislación española y la declaró incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario.

²⁸ Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1993, *Kraus* (C-19/92, *Rec.*, p. I-1663); Sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94, *Rec.*, p. I-4165).

²⁹ Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España* (C-463/00, *cit.*), apartado 69.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNAS ACCIONES DE ORO COMPATIBLES CON EL DCE

Evidentemente, la participación del Estado en la toma de decisiones de una empresa no plantea problemas como los que estamos analizando cuando aquél se presenta como un operador económico más y, en consecuencia, pretende mantener una posición de paridad con el resto. Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia aquí analizada, podemos afirmar como punto de partida que el Tribunal de Justicia no acepta legalizar *sin más* regímenes administrativos que reserven al Estado un papel preferente en actividades empresariales. Ni siquiera en relación con empresas cuya titularidad poseía originariamente. Es más, en estos supuestos el Tribunal de Justicia parte de la presunción de que tales regímenes suponen un obstáculo al correcto funcionamiento de las libertades fundamentales.

Con el fin de que la presunción quede destruida y el régimen en cuestión resulte compatible con el ordenamiento comunitario, la normativa nacional deberá poder subsumirse en el régimen de una excepción por razones imperiosas de interés general. Para lograrlo, el Tribunal de Justicia someterá a un estricto control jurisdiccional el régimen estatal cuyo éxito dependerá, en gran medida, del respeto al principio de proporcionalidad, es decir, de una correcta adecuación de los medios establecidos en la legislación nacional objeto de control con el fin por ella perseguido.

No podemos concluir este comentario sin subrayar que la perseverancia manifestada por el Abogado General en defensa de la no admisión de la presunción de incompatibilidad del régimen jurídico de las 'acciones de oro' con el Derecho Comunitario no ha provocado en el Tribunal de Justicia una revisión de sus planteamientos. Consecuentemente, la jurisprudencia en materia de intervención estatal preferente en empresas privatizadas parece estar ya firmemente consolidada.

