

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOLZI

presentadas el 2 de diciembre de 2009¹

I. Introducción

crear acciones privilegiadas y dispone sobre este particular lo siguiente:

1. Mediante el presente recurso, presentado el 21 de abril de 2008, 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, «Portugal Telecom») derechos especiales del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») del Estado en Portugal Telecom.

«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.»

II. Marco jurídico

3. El artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n° 44/95, de 22 de febrero de 1995, relativo a la primera fase de privatización, dispone lo siguiente:

2. El artículo 15, apartado 3, de la Lei Quadro das Privatizações² (Ley marco de las privatizaciones portuguesa) prevé la posibilidad de

«Si el contrato de sociedad de Portugal Telecom 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».

1 — Lengua original: francés.

2 — Ley n° 11/90, de 5 de abril de 1990.

4. Los estatutos de Portugal Telecom, que es una sociedad holding de gestión de acciones, precisan, en su artículo 4, apartado 2, que el capital social de la misma consta de 1.025.800.000 acciones ordinarias y de 500 acciones de clase A.

5. Según el artículo 5 de los estatutos de Portugal Telecom, 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.

6. Los estatutos de Portugal Telecom 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 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 Portugal Telecom, y
 - además, se precisará la mayoría de los votos correspondientes a dichas acciones también en lo que se refiere a las decisiones relativas a la aprobación de los objetivos generales y principios fundamentales de las políticas de Portugal Telecom, 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.
- en sociedad anónima de la empresa pública Correios e Telecomunicações de Portugal, y siguió mediante la desvinculación de la misma de las actividades de telecomunicaciones y el reagrupamiento de éstas en una sociedad autónoma, Telecom Portugal SA. A continuación, en 1994, varias empresas con capital totalmente público, es decir, Telecom Portugal SA, Telefones de Lisboa e Porto SA y Teledifusora de Portugal SA, se fusionaron para constituir Portugal Telecom.
8. A partir de 1995, Portugal Telecom se privatizó en cinco fases sucesivas, en el marco del régimen establecido a tal efecto por la Ley marco de las privatizaciones.
9. Durante la primera fase, establecida en el Decreto-ley nº 44/95, alrededor del 27 % del capital social fue objeto de cesión.
10. Con ocasión de la segunda fase, que tuvo lugar entre los meses de abril de 1996 y agosto de 1997, se cedió en torno al 22 % del capital social, reduciéndose así la participación estatal al 51 %.
11. En la tercera fase, que comenzó en agosto de 1997 y finalizó en abril de 1999, se vendió una participación adicional equivalente al 26 % del capital social.

III. Antecedentes del litigio

7. Portugal Telecom, constituida en 1994, constituye el resultado de un amplio proceso de reestructuración del sector portugués de las telecomunicaciones. Dicho proceso se inició en 1992, a través de la transformación

12. De la documentación del expediente se desprende que la República Portuguesa conservó, hasta finales de 1997, la titularidad de la mayoría de las acciones ordinarias de Portugal Telecom.

13. Al cabo de la cuarta fase, la República Portuguesa redujo su participación en el capital social de Portugal Telecom en un tramo suplementario del 13,5 % de las acciones de la misma.

14. Por último, al finalizar la quinta fase de la privatización, se vendió el último tramo de la participación pública en Portugal Telecom, con excepción de 500 acciones con derechos especiales (las acciones de clase A) que conservó el Estado.

IV. Procedimiento administrativo previo

15. 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 incumbían 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 Portugal Telecom.

16. La Comisión reprochaba a la República Portuguesa que fuera titular de acciones privilegiadas de Portugal Telecom («golden shares») y que existiera un derecho de veto del Estado respecto a toda adquisición de una participación que represente más del 10 % del capital social de Portugal Telecom por parte de accionistas que ejerzan una actividad competidora con la de dicha sociedad.

17. Al no quedar satisfecha con la respuesta de la República Portuguesa, expresada en una carta de 21 de febrero de 2006, la Comisión le envió un dictamen motivado de 10 de abril de 2006.

18. La República Portuguesa respondió a dicho dictamen motivado mediante una carta de 24 de julio de 2006, en la que rebatía el incumplimiento que se le imputaba.

19. 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, con fecha de 21 de abril de 2008.

V. Pretensiones de las partes

20. La Comisión 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 derechos especiales del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») del Estado en Portugal Telecom.

- Condene en costas a la República Portuguesa.

21. La República Portuguesa solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso.
- Condene en costas a la Comisión Europea.

VI. Sobre el incumplimiento*A. Sobre la admisibilidad del recurso***1. Alegaciones de las partes**

22. En su escrito de contestación, la República Portuguesa alega que el recurso es inadmisible por dos motivos. En primer lugar, considera que la Comisión, al no haber presentado en el expediente los textos normativos ni los estatutos de Portugal Telecom 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 cual no ha podido demostrar el incumplimiento alegado. En segundo lugar, la República Portuguesa afirma que, en su recurso, la Comisión ha ampliado el objeto del litigio definido durante la fase administrativa previa del procedimiento, dado que dicha institución alega ahora la existencia de otros poderes especiales del Estado, es decir, el de nombrar uno o dos miembros de la comisión ejecutiva que se elija, en su caso, en el seno del consejo de administración, así como la posesión de un derecho de veto sobre determinadas decisiones estratégicas, como la venta de activos importantes, la fusión con otras

sociedades y las decisiones que impliquen cambios de propiedad de la empresa.

23. La Comisión rebate la totalidad de dichas alegaciones.

2. Apreciación

24. Considero que los dos motivos de inadmisibilidad del recurso que invoca la República Portuguesa no pueden prosperar.

25. Por lo que se refiere a la presunta obligación que le incumbe a la Comisión de adjuntar los textos legislativos pertinentes, así como los estatutos de Portugal Telecom, la República Portuguesa no puede sostener que, al no haber acompañado dichos documentos a su demanda, la Comisión se ha basado únicamente en una mera presunción, sin aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste verifique la existencia del incumplimiento.³

26. En efecto, aunque es cierto que la Comisión no adjuntó dichos textos a su recurso,

también lo es que reprodujo el contenido de las disposiciones de los textos legislativos pertinentes y de los estatutos de Portugal Telecom, tanto en la documentación relativa a la fase administrativa previa como en su recurso. Por tanto, la Comisión ha respetado suficientemente la obligación que le incumbe de indicar las disposiciones de las cuales, en su opinión, se deriva el incumplimiento imputado.

27. Por otra parte, observo que la República Portuguesa no ha rebatido en ningún momento ni la existencia de dichas disposiciones ni el hecho de que éstas confieran al Estado acciones privilegiadas con derechos especiales, tal y como indicó la Comisión tanto durante la fase administrativa previa como ante el Tribunal de Justicia. Al contrario, en sus respuestas al escrito de requerimiento y al dictamen motivado, la República Portuguesa confirmó en varias ocasiones que, en virtud de dichos textos, poseía efectivamente en el capital de Portugal Telecom 500 acciones de clase A, a las cuales corresponden derechos especiales.

28. En cualquier caso, incluso suponiendo que la Comisión haya incumplido una obligación que le incumbe, dicho incumplimiento no podría, a mi juicio, motivar la inadmisibilidad del recurso en modo alguno, dado que esa consecuencia es manifiestamente desproporcionada respecto al incumplimiento alegado. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya ha desestimado en parte la objeción planteada por la República Portuguesa al adoptar *ex officio* una diligencia de ordenación del procedimiento consistente en requerir a las partes del litigio para que presentaran los estatutos de Portugal Telecom ante su Secretaría, gestión que ambas han realizado efectivamente. Observo asimismo que la lectura

3 — Véase, sobre este particular, la sentencia de 6 de noviembre de 2003, Comisión/Reino Unido (C-434/01, Rec. p. I-13239), apartado 21.

de los estatutos de Portugal Telecom permite confirmar, sin que quepa la menor duda, el contenido de las disposiciones pertinentes que reproducía la Comisión tanto en su dictamen motivado como en su demanda.

B. *Sobre el fondo*

1. Alegaciones de las partes

29. Por lo que se refiere a la presunta ampliación del objeto del litigio según la cual la Comisión se basó en imputaciones adicionales en su demanda, resulta preciso recordar que, según una jurisprudencia bien asentada, la exigencia de no ampliar o modificar el objeto del litigio, tal y como se define en el dictamen motivado, no puede llegar a imponer en todos los supuestos una coincidencia perfecta entre las imputaciones del escrito de requerimiento, la parte dispositiva del dictamen motivado y las pretensiones del recurso.⁴ Por tanto, a mi juicio, el hecho de que la Comisión, en su recurso, haya detallado las imputaciones que ya había formulado de manera más general en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, mencionando ámbitos adicionales en los cuales el Estado portugués dispone de derechos especiales en Portugal Telecom como titular de la mayoría de las acciones de clase A, no tiene incidencia alguna en el alcance del litigio.⁵

30. Por consiguiente, a mi juicio, el presente recurso es admisible.

31. La Comisión alega, para empezar, que el hecho de que la República Portuguesa disponga de los antedichos derechos especiales por ser titular de la mayoría de las acciones de clase A de Portugal Telecom constituye una restricción a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento. En su opinión, dichos derechos especiales restringen la posibilidad de participación efectiva de los accionistas ordinarios en la gestión y el control de la sociedad en proporción al valor de sus acciones, y les privan, además, del poder de tomar decisiones estratégicas sobre las cuales el Estado posee un derecho de veto.

32. Por otra parte, las acciones privilegiadas que posee la República Portuguesa pueden obstaculizar, asimismo, la adquisición de acciones de control en dicha sociedad, lo que resulta incompatible con las disposiciones del artículo 43 CE.

33. La Comisión precisa a continuación que las acciones privilegiadas en cuestión no pueden considerarse de tipo privado por las dos razones siguientes. Por una parte, aunque consta que los derechos especiales que les corresponden sólo se prevén en los estatutos

4 — Véanse las sentencias de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania (C-191/95, Rec. p. I-5449), apartado 56, y de 11 julio de 2002, Comisión/España (C-139/00, Rec. p. I-6407), apartado 19.

5 — Véase, sobre este particular, la sentencia de 27 de noviembre de 2003, Comisión/Finlandia (C-185/00, Rec. p. I-14189), apartado 87.

de Portugal Telecom, su creación debe, sin embargo, considerarse a la luz de las disposiciones pertinentes de la Ley marco de las privatizaciones y del Decreto-ley n° 44/95, según las cuales la mayoría de dichas acciones privilegiadas debe atribuirse al Estado y seguir perteneciendo al mismo. Por otra parte, los estatutos en cuestión fueron adoptados tras la primera fase de privatización, es decir, cuando el Estado poseía aún una importante mayoría en Portugal Telecom.

34. Por consiguiente, según la Comisión, la creación de acciones privilegiadas en Portugal Telecom no resulta de una aplicación normal del Derecho de sociedades y constituye, en todo caso, una medida estatal, que entra así en el ámbito de aplicación del artículo 56 CE, apartado 1.

35. La Comisión sostiene, por otra parte, que el artículo 295 CE no puede justificar la atribución de acciones privilegiadas al Estado, dado que el Tribunal de Justicia ha señalado en varias ocasiones que los Estados miembros no pueden alegar sus regímenes de la propiedad para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado CE que sean consecuencia de un régimen de autorización

administrativa relativo a empresas privatizadas.⁶ En opinión de la Comisión, la atribución al Estado portugués de derechos especiales que le brindan la posibilidad de oponer su veto a la adopción de determinadas decisiones relativas a la vida de la empresa se debe equiparar a un régimen de autorización administrativa.

36. En su escrito de réplica, la Comisión pone asimismo en tela de juicio la calificación de derecho fundamental que la República Portuguesa atribuye al derecho de poseer acciones con derechos especiales. Sobre este particular, afirma que, si bien la libertad de asociación, el derecho de iniciativa económica privada y el derecho de propiedad constituyen sin duda derechos fundamentales, no es así por lo que se refiere al derecho de poseer acciones privilegiadas. Respecto a la presunta violación de tales derechos fundamentales en el caso en que se prohibiera a una autoridad pública poseer dichas acciones, la Comisión subraya que, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en Niza el 7 de diciembre de 2000,⁷ el ejercicio de los derechos mencionados puede

6 — La Comisión se refiere, en particular, a las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731), apartado 48; Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. I-4781), apartado 44, y de 13 de mayo de 2003, Comisión/España (C-463/00, Rec. p. I-4581), apartados 66 y 67.

7 — DO C 364, p. 1.

someterse a restricciones que respondan a objetivos de interés general.

37. La Comisión añade, por último, que las restricciones que se derivan de los derechos especiales que posee la República Portuguesa en Portugal Telecom no pueden verse justificadas por los objetivos de interés general que aquélla invoca y que, en cualquier caso, no son conformes con el principio de proporcionalidad.

38. Según la Comisión, la necesidad de garantizar al Estado, en todo momento, la disponibilidad de la red de telecomunicaciones, que desempeña un papel esencial en particular en caso de situaciones de crisis, guerra o terrorismo, no puede considerarse un objetivo legítimo de interés general, dado que la República Portuguesa no ha demostrado la presencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁸

39. La Comisión rechaza, asimismo, el argumento que formula la República Portuguesa según el cual, dado que Portugal Telecom ha conservado las redes de cable y de cobre, así como todas las actividades en los ámbitos mayorista y minorista, la posesión de

derechos especiales en Portugal Telecom se justifica a fin de garantizar cierto grado de competencia en el mercado de las telecomunicaciones, al no existir un marco legislativo nacional y comunitario que atribuya a la autoridad encargada de la competencia portuguesa y al regulador sectorial poderes adecuados. Según la Comisión, dicho argumento no resulta aceptable, dado que equivale a justificar un incumplimiento del Derecho comunitario (del Derecho comunitario de competencia, en el caso que nos ocupa) mediante un nuevo incumplimiento del mismo (es decir, las restricciones a las libertades de circulación de capitales y de establecimiento).

40. Por lo que se refiere a la justificación según la cual, dada la coyuntura actual, la puesta en tela de juicio de los poderes que el Estado portugués posee en Portugal Telecom entrañaría un riesgo notable de perturbación del mercado de capitales, la Comisión se limita a recordar que es jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado.⁹

41. En cualquier caso, la Comisión añade que la atribución al Estado portugués de derechos especiales constituye una medida que va, de modo manifiesto, más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. En concreto, los derechos especiales no se refieren a decisiones de gestión específicas, sino a las decisiones fundamentales de la vida de

8 — Véase, en particular, la sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 72.

9 — Véase, en particular, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 52.

la empresa, a pesar de que su ejercicio no se somete a condición alguna que restrinja el poder discrecional de la autoridad estatal, salvo que dichos derechos deben ejercitarse cuando razones de interés nacional lo exijan.

42. La República Portuguesa invoca, en primer lugar, que el derecho de poseer acciones con derechos especiales constituye un derecho fundamental de los accionistas y, como tal, un principio general del Derecho comunitario que los órganos jurisdiccionales comunitarios deben salvaguardar, de conformidad con las disposiciones del artículo 6 UE y de los artículos 12 y 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Considerar ilegal, como hace la Comisión en el caso de autos, el simple hecho de que una entidad pública posea dichas acciones equivale a una violación de determinados derechos fundamentales, a saber, el derecho de propiedad, el derecho de libertad de asociación y el derecho de iniciativa económica privada.

43. A continuación, la República Portuguesa rebate la existencia de una restricción alegando que la creación de las acciones privilegiadas resulta, directa e inmediatamente, de la voluntad de la propia Portugal Telecom, tratándose, así pues, de una aplicación normal del Derecho de sociedades.

44. Considera por otra parte que, aun suponiendo que la creación de las acciones privilegiadas en cuestión deba considerarse imputable al Estado, ésta no infringiría en modo alguno los artículos 56 CE y 43 CE, dado que dichas acciones no tienen por objeto afectar a los intermediarios comerciales o impedir la libre circulación de capitales. En efecto, se trata, según la República Portuguesa, de una medida que no afecta a las modalidades de adquisición de participaciones, sino a las modalidades de gestión de las mismas, que se aplica de manera no discriminatoria, de modo que se aplica, por analogía, la lógica subyacente en la jurisprudencia Keck y Mithouard.¹⁰

45. En cualquier caso, basando su argumentación en las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas en el marco de los asuntos Federconsumatori y otros,¹¹ la República Portuguesa estima que el simple hecho de ser titular de derechos especiales en Portugal Telecom no afecta negativamente al valor de dicha sociedad y, por consiguiente, no hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de circulación de capitales por los inversores de otros Estados miembros, considerando sobre todo que el Estado portugués nunca ha recurrido, hasta el día de hoy, a su derecho de veto.

10 — Sentencia de 24 de noviembre de 2003 (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

11 — Punto 25 de las citadas conclusiones (sentencia de 6 de diciembre de 2007, C-463/04 y C-464/04, Rec. p. I-10419).

46. La República Portuguesa estima, por último, que incluso suponiendo que las disposiciones contenidas en los estatutos de Portugal Telecom pudiesen ser imputadas al Estado y que existiese una restricción a las libertades fundamentales de circulación de capitales y de establecimiento, tales obstáculos se verían justificados por razones imperiosas de interés general.

47. En primer lugar, según la República Portuguesa, el hecho de que Portugal Telecom posea grandes infraestructuras de transporte y de difusión de telecomunicaciones hace que resulte necesario que el Estado sea titular de derechos especiales, de modo que pueda salvaguardar la prestación de los servicios de telecomunicaciones en situaciones de crisis, guerra, terrorismo, riesgos naturales u otras amenazas nuevas. Sobre este particular, la República Portuguesa rebate la interpretación de la sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España,¹² por parte de la Comisión y afirma que el Tribunal de Justicia no ha querido supeditar el reconocimiento de la existencia de una razón de seguridad pública a la prueba de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

48. En segundo lugar, la República Portuguesa invoca como justificación la necesidad de

garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. Según ella, éste forma parte de los servicios que deben prestarse, con una calidad determinada, a todos los usuarios finales del territorio, independientemente del lugar en el que se encuentren, y a un precio asequible. Dado que el operador al que incumbe dicho servicio es Portugal Telecom, la existencia del riesgo considerable de que el servicio universal se viese comprometido si fuese confiado a la voluntad exclusiva de los accionistas privados justifica que el Estado conserve una posibilidad de intervención en la sociedad en cuestión a través de la titularidad de derechos especiales.

49. En tercer lugar, según la República Portuguesa, los derechos especiales atribuidos al Estado resultan necesarios y proporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. En su opinión, los derechos especiales que se le otorgan no difieren de un régimen de oposición a posteriori, es decir, del poder de privar de todo efecto una decisión adoptada por la asamblea general ordinaria en los casos previamente enunciados en los estatutos de Portugal Telecom. Además, dichos derechos se limitan a situaciones particulares y definidas de antemano. Por consiguiente, se está en presencia de un régimen comparable al que fue objeto del asunto Comisión/Bélgica,¹³ régimen que el Tribunal de Justicia declaró compatible con el Tratado.

12 — Sentencia antes citada, apartados 71 a 73.

13 — Sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809).

2. Apreciación

a) Sobre la existencia de restricciones al artículo 56 CE

50. Al Tribunal de Justicia se le plantea nuevamente la compatibilidad, con respecto al Derecho comunitario, de un régimen jurídico que confiere al Estado, tras un proceso de privatización, acciones de una sociedad a las que corresponden derechos especiales («golden shares») que le permiten ejercer una influencia notable en la actividad de la empresa afectada.¹⁴

51. El Tribunal de Justicia ha apreciado siempre dichas normativas nacionales a la luz de la libre circulación de capitales, cuya violación genera, con carácter accesorio, un incumplimiento de la libertad de establecimiento.

52. Para empezar, resulta preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, el artículo

56 CE, apartado 1, prohíbe, de manera general, todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros.¹⁵

53. Si bien el Tratado no define el concepto de movimientos de capitales, 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 [artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam] (DO L 178, p. 5), contiene una lista indicativa de operaciones que se consideran movimientos de capitales.¹⁶ Así, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, en particular, las inversiones en forma de participación que confieran la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de la empresa (inversiones directas), así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión financiera sin intención de influir en la gestión y control de una empresa (inversiones de cartera).¹⁷

54. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia ha afirmado que las normativas nacionales que pueden impedir o limitar la adquisición

14 — Debe señalarse que, por lo que se refiere a la República Portuguesa, se encuentran pendientes ante el Tribunal de Justicia otros dos recursos por incumplimiento del mismo tipo (asuntos Comisión/Portugal, C-543/08, relativo a las acciones especiales que posee el Estado portugués en la sociedad Energias de Portugal, y Comisión/Portugal, C-212/09, referente a las acciones especiales del Estado portugués en GALP Energia SGPS SA).

15 — Véanse, en particular, las sentencias del 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, antes citada, apartados 35 y 40; de 13 de mayo de 2003, Comisión/Reino Unido (C-98/01, Rec. p. I-4641), apartados 38 y 43, y de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos (C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141), apartado 18.

16 — Véanse, en particular, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 37, y la sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania (C-112/05, Rec. p. I-8995), apartado 18.

17 — Véanse las sentencias de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 21; y las sentencias antes citadas Comisión/Francia, apartados 36 y 37; de 13 de mayo de 2003, Comisión/Reino Unido, apartados 39 y 40, y Comisión/Países Bajos, apartado 19.

de acciones en las empresas afectadas y disuadir a los inversores de otros Estados miembros de invertir en el capital de dichas empresas deben calificarse de «restricciones» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.¹⁸

55. La República Portuguesa rebate, en primer lugar, la existencia de restricción alguna con respecto a la libre circulación de capitales, afirmando que la creación de las acciones en cuestión resulta, directa e inmediatamente, de la voluntad de la propia Portugal Telecom y, por consiguiente, de una aplicación normal del Derecho de sociedades. Dicho de otra manera, la creación de las acciones privilegiadas controvertidas no resulta imputable a la República Portuguesa, por lo cual no constituye una medida estatal en el sentido del artículo 56 CE.

56. Esta argumentación no me convence en modo alguno.

57. Es cierto que ni la Ley marco de las privatizaciones ni el resto de los textos normativos que regulan las distintas fases de la privatización de Portugal Telecom imponen la atribución al Estado de la mayoría de las acciones privilegiadas de dicha sociedad. El Decreto-ley n° 44/95, que pone en práctica la primera fase de privatización, dispone tan sólo que, si

el contrato de sociedad prevé la existencia de acciones con derechos especiales, éstas deberán ser mayoritariamente propiedad del Estado o de otras entidades públicas. Son los estatutos de Portugal Telecom los que establecen explícitamente la presencia de acciones privilegiadas en el capital social de dicha sociedad, en el sentido del artículo 24 del Código de sociedades mercantiles.

58. No obstante, consta en autos que las disposiciones de los estatutos de Portugal Telecom que atribuyen la mayoría de las acciones privilegiadas al Estado portugués fueron introducidas inmediatamente después de la adopción del Decreto-ley n° 44/95, el 4 de abril 1995, es decir, en un momento en el que el Estado ejercía un control mayoritario sobre la empresa. Por otra parte, la República Portuguesa confirmó en la vista que el Estado poseía, por aquel entonces, el 54,2 % del capital social de Portugal Telecom.

59. Así pues, si fue el Estado, actuando en calidad de legislador, el que autorizó la creación de las acciones privilegiadas de Portugal Telecom, fue asimismo el Estado, en calidad de accionista mayoritario de dicha sociedad, el que introdujo de hecho dichas acciones modificando los estatutos de Portugal Telecom, de conformidad con la posibilidad que

18 — Véanse las sentencias Comisión/Francia, antes citada, apartado 41; de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 61; de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia (C-174/04, Rec. p. I-4933), apartados 30 y 31, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España (C-274/06), apartado 20.

le brindaban a dichos efectos la Ley marco de las privatizaciones y el Decreto-ley n° 44/95.¹⁹

60. Habida cuenta de lo que antecede, me parece imposible afirmar que la creación de las acciones privilegiadas pueda imputarse exclusivamente a la voluntad de Portugal Telecom.

61. ¿Admitir una argumentación contraria tendría como consecuencia que los Estados miembros pudieran eludir la aplicación de las disposiciones del artículo 56 CE por el mero hecho de que no haya sido el «Estado-legislador» sino el «Estado-accionista» el que haya creado las acciones privilegiadas tras la autorización concedida por el «Estado-legislador»? Está claro que avalar esa línea de razonamiento comprometería ampliamente la eficacia de la prohibición que se prevé en el artículo 56 CE, apartado 1.

62. Por lo que se refiere a la parte de las alegaciones formuladas por la República Portuguesa relativa al hecho de que la creación de las acciones privilegiadas constituye meramente el resultado de una aplicación normal del Derecho de sociedades, me permito

apuntar que dichas acciones están destinadas a permanecer bajo la titularidad del Estado, de conformidad con el artículo 15, apartado, 3 de la Ley marco de las privatizaciones, apartándose del artículo 4 del Código de sociedades mercantiles que dispone, en efecto, que en las sociedades anónimas los derechos especiales sólo se pueden atribuir a determinadas categorías de acciones y se transmiten con éstas.²⁰

63. Por consiguiente, tal y como ha expuesto de modo pertinente la Comisión en su escrito de réplica (sin oposición alguna sobre este punto por parte de la República Portuguesa), nos encontramos en presencia de un contrato de sociedad que se inspira de las formas contractuales del Derecho privado, al que la normativa nacional asocia efectos exorbitantes con respecto al Derecho común, en particular la prohibición de libre circulación de las acciones privilegiadas.

64. Por lo demás, no me convence, en modo alguno, la alegación de la República Portuguesa relativa a la presunta pertinencia de la distinción entre acciones privilegiadas creadas en el marco de la aplicación normal del Derecho nacional de sociedades y las acciones privilegiadas de origen público.

19 — La interesante cuestión de si, en caso de que los estatutos de Portugal Telecom no se hubiesen adoptado, se podría constatar un incumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario constituye una hipótesis totalmente teórica, dado que, en el caso de autos, los estatutos de dicha sociedad fueron efectivamente modificados inmediatamente después de la adopción del Decreto-ley n° 44/95, en el sentido indicado por el legislador y el poder reglamentario portugués. La Comisión confirmó durante la vista que el incumplimiento que se imputa se refiere al conjunto de la normativa portuguesa pertinente, incluida la remisión a los estatutos de Portugal Telecom que contiene.

20 — Resulta preciso añadir que el artículo 328, apartado 2, del Código de sociedades mercantiles autoriza cláusulas excepcionales que excluyan el carácter transmisible de las acciones, a saber, las cláusulas de consentimiento de la sociedad, aquellas relativas a los derechos de preferencia del resto de los accionistas y las que supediten la transmisión a determinadas condiciones. La excepción que se prevé en la Ley marco de las privatizaciones no está comprendida en ninguna de las tres categorías arriba reseñadas.

65. En efecto, incluso suponiendo que el origen de dichas acciones se deba buscar en el Derecho privado, su creación seguiría siendo imputable a la República Portuguesa. A mi juicio, es indudable que los Estados miembros, en calidad de firmantes del Tratado, deben respetar las reglas relativas a las libertades fundamentales de circulación, con independencia de que intervengan en su calidad de autoridad pública o como un ente privado. Defender una tesis distinta equivaldría a brindar a los Estados miembros los medios de eludir dichas reglas, dado que, en su calidad de legisladores, podrían modificar sin dificultad el Derecho privado nacional e imponer, por ejemplo, a las sociedades en las que posean una participación que incluyan en sus estatutos disposiciones que les confieran determinados derechos especiales.²¹

66. De ello resulta que la creación de las acciones privilegiadas en cuestión es, sin lugar a dudas, imputable a la República Portuguesa.

67. Por lo que se refiere a la naturaleza restrictiva de la normativa portuguesa, incluida la remisión a los estatutos de Portugal Telecom que contiene, se ha de señalar que las

acciones privilegiadas que atribuye al Estado permiten a este último ejercer una influencia que va más allá del valor efectivo de las acciones que posee. En efecto, en virtud de dichas acciones, no sólo deben ser previamente aprobados por el Estado portugués numerosas decisiones de gestión relativas a la estructura de la empresa y aspectos considerables de su actividad, sino que también, como se deduce de la enumeración contenida en el punto 6 de estas conclusiones, la propia adquisición de acciones en el capital social de Portugal Telecom está supeditada en ciertos casos a dicho consentimiento previo. La normativa portuguesa instaura así un régimen de autorización administrativa previa para la adopción de determinadas decisiones de gestión y de adquisición de acciones de Portugal Telecom, como ha señalado acertadamente la Comisión.

68. Independientemente del hecho de que la República Portuguesa no haya nunca recurrido a los poderes especiales que le confiere la titularidad de la mayoría de las acciones privilegiadas del capital social de Portugal Telecom, la circunstancia de que la adopción de decisiones de tal importancia pueda condicionarse a una autorización previa del Estado podría generar un efecto disuasorio sobre las inversiones directas de los operadores de otros Estados miembros en Portugal Telecom, dado que, en tales condiciones, no podrían participar en la gestión y control de esta última de modo proporcional al valor de sus acciones.²²

21 — Véanse asimismo, en este sentido, los puntos 22 y 23 de las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada.

22 — Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Países Bajos antes citada, apartado 27.

69. Por otra parte, la atribución de dichos derechos especiales al Estado hace menos atractivas las inversiones de cartera, puesto que los accionistas privados podrían ver disminuir el valor bursátil de sus acciones en caso de ejercicio por parte del Estado de su derecho de veto contra una decisión que se correspondiese con los intereses de Portugal Telecom.

70. No me parece que tales consideraciones puedan ser invalidadas por los demás argumentos que expone la República Portuguesa.

71. Para empezar, la objeción según la cual el artículo 295 CE confiere a los Estados miembros el derecho de poseer acciones privilegiadas del tipo de las que se trata en el caso de autos no me convence en modo alguno.

72. Basta con indicar, a este respecto, que, como ha señalado acertadamente la Comisión,²³ no es posible ignorar las preocupaciones que, en función de las circunstancias, pueden justificar que los Estados miembros conserven cierta influencia en las empresas inicialmente públicas que se privaticen posteriormente, cuando dichas empresas actúen en el ámbito de los servicios estratégicos o de interés general. Tales preocupaciones no autorizan, sin embargo, a los Estados miembros a invocar sus regímenes de la propiedad, a los que se refiere el artículo 295 CE, para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean

consecuencia de un régimen de autorización administrativa relativo a empresas privatizadas. En efecto, dicho artículo no sustrae los regímenes de la propiedad vigentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado.²⁴

73. Por otra parte, tampoco me convence la alegación formulada por la República Portuguesa según el cual el Tribunal de Justicia debería aplicar, en el caso de autos, la lógica subyacente de la sentencia Keck y Mithouard, antes citada.

74. Resulta preciso destacar sobre este particular que, aplicada al caso de autos, dicha lógica llevaría, en opinión de la República Portuguesa, a la conclusión de que, dado que nos encontraríamos en presencia de modalidades, no discriminatorias, de gestión de dichas participaciones (y no de modalidades de adquisición de las mismas), no cabría violación alguna de la libre circulación de capitales.

75. Ahora bien, por un lado, esta alegación carece de fundamento práctico, dado que consta que entre las decisiones que se supeditan a una aprobación previa del Estado figura *la adquisición* de acciones ordinarias que representen más del 10 % del capital social de Portugal Telecom por parte de accionistas que ejerzan una actividad competidora con la de las sociedades que controla Portugal

23 — Véase el punto 35 de las presentes conclusiones.

24 — Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartados 47 y 48, así como la jurisprudencia citada.

Telecom. Así pues, el incumplimiento que se imputa a la República Portuguesa no desaparecería completamente.

76. Por otro lado, y en todo caso, estimo que la influencia que ejerce la República Portuguesa, gracias a sus acciones privilegiadas, sobre las decisiones de gestión de Portugal Telecom, como las controvertidas en el caso de autos, también puede disuadir a los inversores establecidos en otros Estados miembros de adquirir acciones en dicha sociedad. Tal fue, por otra parte, el enfoque que adoptó el Tribunal de Justicia para rechazar la alegación formulada por el Reino de los Países Bajos en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Países Bajos según la cual no podía existir ninguna restricción a la libre circulación de capitales porque las acciones especiales propiedad del Estado neerlandés influían únicamente en las decisiones de gestión de las empresas de correos y de telecomunicaciones afectadas en dicho asunto.²⁵

77. Por último, por lo que se refiere a la presunta naturaleza de derecho fundamental de la titularidad de derechos especiales, alegada por la República Portuguesa, resulta preciso recordar que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados

miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial el CEDH.²⁶ Ahora bien, señalo que la República Portuguesa, durante el transcurso del presente procedimiento, no ha mantenido en ningún momento que el presunto derecho de posesión de derechos especiales en una empresa privatizada se inscriba en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros o figure en instrumento internacional alguno relativo a la protección de los derechos humanos.

78. A la luz de las observaciones que anteceden, considero que la atribución al Estado de la mayoría de las acciones privilegiadas en cuestión constituye, en principio, una restricción en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.

b) Sobre una eventual justificación de las restricciones

79. Es jurisprudencia reiterada que la libre circulación de capitales puede verse limitada

25 — Véase la sentencia antes citada, apartados 16 y 24.

26 — Véase, en este sentido, la sentencia del 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 35, así como la jurisprudencia citada.

por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de interés general, siempre que no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses.²⁷

80. A falta de esta armonización comunitaria, corresponde a cada Estado miembro establecer el nivel de protección de esos intereses legítimos que pretende garantizar y el modo de alcanzarlo, dentro del respeto del Tratado, en particular del principio de proporcionalidad según el cual las medidas adoptadas deben ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.²⁸

81. La República Portuguesa estima que, en el caso de autos, existen varios objetivos de interés general que justifican las restricciones a la libre circulación de capitales, en concreto, motivos de seguridad pública, la exigencia de garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, la necesidad de garantizar cierto grado de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y la

necesidad de evitar una eventual perturbación del mercado de capitales.

82. Por lo que se refiere a los dos últimos motivos de justificación que invoca la República Portuguesa, el Tribunal de Justicia no debería dedicar demasiado tiempo a su examen, dado que éstos ni siquiera constituyen, a mi juicio, objetivos legítimos de interés general que puedan justificar las restricciones a la libre circulación de capitales.

83. En efecto, por lo que respecta, en primer lugar, al riesgo de provocar una perturbación en el mercado de capitales, se trata de un motivo de naturaleza económica que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, no puede en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado.²⁹

84. En segundo lugar, respecto al objetivo que consiste en garantizar cierto grado de competencia en el mercado portugués de las telecomunicaciones —el cual, según la República Portuguesa, no es perfectamente competitivo, dada la conservación por parte de Portugal Telecom de la propiedad de las redes de cable y de cobre, así como de la totalidad de las actividades mayoristas y minoristas— resulta preciso señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado con anterioridad que el interés de reforzar en general la estructura competitiva de un mercado determinado no

27 — Véanse, en este sentido, en particular, las sentencias antes citadas Comisión/Portugal, apartado 49, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, apartado 35.

28 — Véanse, sobre este particular, la sentencia del 14 de marzo de 2000, *Eglise de scientologie* (C-54/99, Rec. p. I-1335), apartado 18; así como las sentencias antes citadas Comisión/Bélgica, apartado 45; Comisión/Portugal, apartado 49, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, apartado 36.

29 — Véase, en particular, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 52.

puede constituir una justificación válida de restricciones a la libertad de circulación de capitales.³⁰

85. En cualquier caso, deberá rechazarse la alegación de que el mantenimiento de acciones privilegiadas con derechos especiales en Portugal Telecom resulta necesario para lograr dicho objetivo, dado que para ello bastaría, a mi juicio, que la República Portuguesa atribuyese los poderes necesarios a las autoridades de regulación competentes.³¹ Sobre este particular, la República Portuguesa no ha explicado las razones por las que la atribución de dichas competencias no resulta posible.

86. Por lo que se refiere a los dos motivos de justificación válidos, basados, respectivamente, en la exigencia de protección de la seguridad pública y en la exigencia de garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, la atribución de acciones privilegiadas al Estado en el capital social de Portugal Telecom no me parece ni necesaria ni proporcionada con respecto a ninguno de dichos objetivos.

30 — Véanse las sentencias antes citadas Comisión/Portugal, apartado 52; Comisión/Italia, apartado 37, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, apartado 44.

31 — Por otra parte, por lo que se refiere a la objeción planteada por la República Portuguesa según la cual el marco normativo interno no confiere a dicha autoridad los poderes apropiados para alcanzar tal objetivo, me limitaré a citar una jurisprudencia bien asentada conforme a la cual un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario; véanse, en particular, las sentencias del 20 de noviembre de 2008, Comisión/España (C-94/08), apartado 21, y de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia (C-568/07, Rec. p. I-4505), apartado 50.

87. Por lo que respecta a la primera justificación indicada, si bien es cierto que Portugal Telecom es propietaria de las grandes infraestructuras de telecomunicaciones que desempeñan un papel esencial en casos de crisis, de guerra o de catástrofe vinculada a riesgos naturales, también lo es que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las exigencias impuestas por la seguridad pública, por constituir una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, deben interpretarse en sentido estricto, de modo que sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.³² Ahora bien, en concreto, el Gobierno portugués no ha demostrado en modo alguno que el procedimiento de autorización administrativa previa que se deriva de su posesión de acciones privilegiadas del capital social de Portugal Telecom se activaría únicamente en caso de existencia de una amenaza «real y suficientemente grave» que afectase a un interés fundamental de la sociedad.

88. Con respecto a la exigencia de garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, la posesión por parte de la República Portuguesa de acciones privilegiadas con derechos especiales de Portugal Telecom no puede considerarse una medida necesaria para alcanzar dicho objetivo. En efecto, a mi juicio, los sistemas de compensación de los costes generados por la prestación del servicio universal de telecomunicaciones instaurado en cada Estado miembro, de conformidad

32 — Véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, apartado 72, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, apartado 39.

con el Derecho comunitario derivado,³³ pueden garantizar de modo suficientemente eficaz la prestación de dicho servicio universal, del que se encarga, en el caso que nos ocupa, Portugal Telecom. Por otra parte, la República Portuguesa no puede afirmar de modo válido y coherente que las acciones privilegiadas tengan por objeto impedir que dicho servicio universal se encuentre exclusivamente en manos de accionistas privados, puesto que este Estado miembro decidió de modo absolutamente voluntario privatizar totalmente Portugal Telecom.

89. A mayor abundamiento, estimo que el régimen controvertido instituido por la República Portuguesa va, de modo manifiesto, más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos supuestamente perseguidos.

90. Procede, en particular, rechazar la alegación de la República Portuguesa de que los derechos especiales que posee son análogos a los derechos especiales atribuidos al Reino de Bélgica que fueron objeto del asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Bélgica, antes

citada, y que el Tribunal de Justicia declaró compatibles con el artículo 56 CE.

91. En efecto, en dicho asunto, las acciones especiales que poseía el Reino de Bélgica en las sociedades SNTC y Distrigaz le conferían un derecho *de oposición a posteriori* que se ejercía con respecto a decisiones de gestión enumeradas de modo detallado y sólo cuando los objetivos de la política nacional se encontraran comprometidos. Además, el ejercicio de dicho derecho de oposición debía ser motivado formalmente y podía ser objeto de un control jurisdiccional efectivo.³⁴

92. Sin embargo, en el caso de autos, como ya se ha indicado, nos encontramos en presencia de un régimen de autorización administrativa previa. Además, dicha autorización previa no se refiere a decisiones de gestión limitadas, sino a una gran diversidad de decisiones fundamentales para la vida de la sociedad, incluida la adquisición, en determinados casos, de participaciones que representen más del 10% del capital social de Portugal Telecom. Del mismo modo, el ejercicio de dichas facultades por parte del Estado tan sólo se supedita, en el caso que nos ocupa, a la condición de que «así lo exijan razones de interés nacional».³⁵ Por otra parte, si bien es cierto que cabría un recurso ante los tribunales contra el derecho de veto que pudiese ejercer el Estado, también lo es que los textos normativos pertinentes no facilitan al juez nacional criterios suficientemente precisos que le permitan controlar de

33 — Véanse, sobre este particular, la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (DO L 74, p. 13), y la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DO L 108, p. 51).

34 — Véase la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 49 a 52.

35 — Véase el artículo 15, apartado 3, de la Ley marco de las privatizaciones portuguesa.

manera efectiva el ejercicio del poder discrecional del Estado.

República Portuguesa acciones privilegiadas con derechos especiales en la empresa privatizada Portugal Telecom constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE.

93. Por consiguiente, estimo que la República Portuguesa no puede invocar, en el caso de autos, la aplicación por analogía de la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada.

c) Sobre la existencia de restricciones contempladas en el artículo 43 CE

94. De ello se desprende que la República Portuguesa no ha aportado elemento alguno que permita demostrar que los objetivos que invoca para justificar la instauración del régimen de autorización administrativa previa controvertido en el marco del presente asunto no podían alcanzarse recurriendo a medidas menos restrictivas como, por ejemplo, un sistema de declaración *a posteriori*.³⁶

96. La Comisión afirma que la atribución al Estado portugués de las citadas acciones de Portugal Telecom conlleva, asimismo, una infracción del artículo 43 CE.

95. Habida cuenta de lo que antecede, resulta preciso concluir que la normativa nacional (incluida la remisión a los estatutos de Portugal Telecom que contiene) que confiere a la

97. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando la normativa controvertida contiene restricciones a la libertad de establecimiento, dichas restricciones son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales, a los que se encuentran indisolublemente ligadas.³⁷ Por consiguiente, no resulta preciso analizar el régimen en cuestión a la luz de las normas del Tratado relativas a la libertad de establecimiento.

36 — El Tribunal de Justicia considera, en efecto, que un sistema de declaración *a posteriori* constituye, en general, una medida menos restrictiva con respecto al ejercicio de la libre circulación de capitales, siempre que dicho sistema se base en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y siempre que cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo pueda disponer de una posibilidad de recurso. Véanse las sentencias antes citadas Comisión/Portugal, apartado 50; de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, apartado 69, y de 17 de julio de 2008, Comisión/España (C-207/07), apartado 48.

37 — Véanse, en particular, las sentencias Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 59; de 23 de mayo de 2000, Comisión/Italia (C-58/99, Rec. p. I-3811), apartado 20; de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 86, y Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 43.

VII. Conclusión

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

- Declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE al mantener en Portugal Telecom SGPS SA los derechos especiales del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas del Estado en Portugal Telecom SGPS SA.

- Condene en costas a la República Portuguesa.