

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
de 13 de mayo de 2003 \*

En el asunto C-463/00,

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada inicialmente por la Sra. M. Patakia y el Sr. M. Desantes, y posteriormente por la Sra. M. Patakia y el Sr. G. Valero Jordana, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

**Reino de España**, representado por la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

\* Lengua de procedimiento: español.

apoyada por

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado por la Sra. R. Magrill, en calidad de agente, asistida por los Sres. D. Wyatt, QC, y J. Crow, Barrister, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto que se declare que 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 (BOE nº 72, de 25 de marzo de 1995, p. 9366), en relación con el artículo 1 de la misma Ley, y los Reales Decretos de desarrollo promulgados conforme al artículo 4 de dicha Ley [Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol, S.A. (BOE nº 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 nº 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 nº 15, de 17 de enero de 1998, p. 1851); Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera, S.A. (BOE nº 80, de 3 de abril de 1998, p. 11370), y Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa, S.A. (BOE nº 129, de 30 de mayo de 1998, p. 17939)], en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa

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

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

— y sin ajustarse al principio de proporcionalidad,

son incompatibles con los artículos 43 CE y 56 CE,

### EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissechet, M. Wathelet y R. Schintgen, Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (Ponente) y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. S. von Bahr y A. Rosas, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;  
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 5 de noviembre de 2002, en la que la Comisión estuvo representada por la Sra. M. Patakia y el Sr. G. Valero Jordana; el Reino de España, por la Sra. N. Díaz Abad, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Sr. J.E. Collins, en calidad de agente, asistido por los Sres. D. Wyatt y J. Crow;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de febrero de 2003;

dicta la siguiente

### Sentencia

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 21 de diciembre de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 226 CE, un recurso contra el Reino de España que tiene por objeto que se declare que 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 (BOE nº 72, de 25 de marzo de 1995, p. 9366; en lo sucesivo, «Ley 5/1995»), en relación con el artículo 1 de la misma Ley, y los Reales Decretos de desarrollo promulgados conforme al artículo 4 de dicha Ley [Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol, S.A. (BOE nº 14, de 16 de enero de 1996, p. 1133; en lo sucesivo, «Real Decreto 3/1996»); Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España, S.A., y a Telefónica Servicios Móviles, S.A. (BOE nº 10, de 11 de enero de 1997, p. 907; en lo sucesivo, «Real Decreto 8/1997»); Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria) (BOE nº 15, de 17 de enero de 1998, p. 1851; en lo sucesivo, «Real Decreto 40/1998»); Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera, S.A. (BOE nº 80, de 3 de abril de 1998, p. 11370; en lo sucesivo, «Real Decreto 552/1998»), y Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa, S.A. (BOE nº 129, de 30 de mayo de 1998, p. 17939; en lo sucesivo, «Real Decreto 929/1998»)], en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa

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

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

— y sin ajustarse al principio de proporcionalidad,

son incompatibles con los artículos 43 CE y 56 CE.

- 2 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2001, se admitió la intervención del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en apoyo de las pretensiones del Reino de España.

### Marco jurídico del litigio

#### *Derecho comunitario*

- 3 A tenor del artículo 56 CE, apartado 1:

«En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.»

4 En virtud del artículo 58 CE, apartado 1, letra b):

«Lo dispuesto en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

[...]

b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.»

5 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 (DO L 178, p. 5), contiene una nomenclatura de los movimientos de capitales contemplados en el artículo 1 de dicha Directiva. En particular, se enumeran en ella los siguientes movimientos:

«I. Inversiones directas [...]

1. Creación y ampliación de sucursales o de nuevas empresas pertenecientes exclusivamente al proveedor de fondos y adquisición total de empresas existentes.

2. Participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos.

[...]»

- 6 Con arreglo a las notas explicativas que figuran al final del anexo I de la Directiva 88/361, se entiende por «inversiones directas»:

«Cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas, empresas comerciales, industriales o financieras, y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y el empresario, o la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. Así pues, este concepto debe entenderse en su sentido más amplio.

[...]

Por lo que se refiere a las empresas mencionadas en el punto I 2 de la nomenclatura que tengan el estatuto de sociedades por acciones, habrá participación con carácter de inversión directa cuando el paquete de acciones que posea una persona física, una empresa o cualquier otro tenedor, ofrezca a dichos accionistas, ya sea en virtud de las disposiciones de la legislación nacional sobre las sociedades por acciones, o de otra forma, la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.

[...]»

- 7 La nomenclatura que figura en el anexo I de la Directiva 88/361 contempla igualmente los siguientes movimientos:

«III. Operaciones de títulos reservados normalmente al mercado de capitales [...]

[...]

A. Transacciones sobre títulos del mercado de capitales

1. Adquisición, por parte de no residentes, de títulos nacionales negociados en bolsa [...]

[...]

3. Adquisición, por parte de no residentes, de títulos nacionales no negociados en bolsa [...]

[...]»

8 El artículo 295 CE dispone:

«El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.»

*Derecho nacional*

9 La Ley 5/1995 regula los requisitos para la privatización de empresas del sector público español. En sus artículos 1 a 4 prevé:

«Artículo 1. Ámbito de aplicación subjetiva

Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley:

1. Las entidades de naturaleza mercantil que en la fecha de entrada en vigor de esta Ley cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 de éste y estén controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable, siempre que en la actividad que desarrolle la entidad, por sí o mediante la participación en otras sociedades, concorra alguna de las circunstancias siguientes:

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

- b) Desarrollar actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen.
  
- c) Estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

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

## Artículo 2. Presupuesto de aplicación

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

1. Cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por 100.
  
2. Cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social.

### Artículo 3. Autorización administrativa previa

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

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

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

- a) Las operaciones consistentes en actos de disposición sobre el capital social que determinen, en un solo acto o en varios sucesivos, la reducción de la participación social pública, respecto de la empresa sujeta al régimen especial previsto en esta Ley, en un porcentaje igual o superior al 10 por 100.

- b) La adquisición, directa o indirecta, incluso a través de terceros fiduciarios o interpuestos, de participaciones sociales u otros valores que puedan dar derecho, directa o indirectamente, a la suscripción o adquisición de aquéllas, cuando tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por 100 del capital social.

[...]

#### Artículo 4. Régimen de la autorización administrativa.

1. El régimen de la autorización administrativa previa se establecerá mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro competente por razón de la materia y previo dictamen del Consejo de Estado.

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

- a) Su ámbito subjetivo de aplicación.
- b) Los actos de disposición concretos que quedan sujetos a previa aprobación administrativa de entre los recogidos en el artículo 3.
- c) El órgano competente para otorgar la autorización.

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

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

- 10 Las disposiciones generales de desarrollo de la Ley 5/1995 se regulan en el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre (BOE nº 230, de 26 de septiembre de 1995, p. 28616; en lo sucesivo, «Real Decreto 1525/1995»).
- 11 Además, conforme al artículo 4 de dicha Ley, los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998 establecen el régimen de autorización aplicable a las entidades que operen en los sectores del petróleo, de las telecomunicaciones, de la banca, del tabaco y de la electricidad, respectivamente. En cada uno de estos Reales Decretos se determina, como exige el artículo 4, apartado 2, de la Ley 5/1995, su ámbito subjetivo de aplicación, mediante la remisión a la mencionada Ley, los actos sujetos al régimen de autorización, el órgano administrativo competente para otorgar la autorización y la fecha de expiración del régimen, que, según el Real Decreto de que se trate, oscila entre el 5 de octubre de 2000 y el 8 de junio de 2008.

### **Procedimiento administrativo previo**

- 12 Mediante escrito de 26 de octubre de 1998, la Comisión informó al Gobierno español de que consideraba que el régimen de autorización administrativa previa establecido por la Ley 5/1995 y por los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998 podía infringir las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento. En consecuencia, la Comisión instó a dicho Gobierno a comunicarle sus observaciones en un plazo de dos meses.

- 13 El Gobierno español respondió al mencionado escrito de requerimiento mediante escrito de 27 de enero de 1999, en el que afirmaba que las medidas controvertidas eran conformes con el Derecho comunitario. Mediante un nuevo escrito de 18 de marzo de 1999, dicho Gobierno precisó su punto de vista.
- 14 Al no considerar satisfactoria la respuesta, la Comisión dirigió al Reino de España, el 2 de agosto de 1999, un dictamen motivado, instando a dicho Estado miembro a atenerse a su contenido en un plazo de dos meses.
- 15 El Gobierno español respondió al dictamen motivado mediante escrito de 3 de noviembre de 1999. En dicho escrito, explicaba detalladamente el sistema español de privatización de determinadas empresas que operan en el sector público y reiteraba su opinión de que las medidas controvertidas eran compatibles con el Derecho comunitario, en particular con los artículos 43 CE, 56 CE y 295 CE.
- 16 Insatisfecha con esta respuesta, la Comisión interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia.

## Sobre la admisibilidad

### *Motivos y alegaciones de las partes*

- 17 El Gobierno español formula tres motivos de inadmisibilidad.

- 18 En primer lugar, alega que los regímenes previstos en el Real Decreto 40/1998 y en el Real Decreto 552/1998, en su versión modificada por el Real Decreto 67/2000, de 21 de enero (BOE nº 28, de 2 de febrero de 2000, p. 4700), expiraron el 17 de febrero de 2001 y el 5 de octubre de 2000, respectivamente. En consecuencia, debería declararse la inadmisibilidad del recurso en lo que atañe a ambos regímenes.
- 19 En cuanto a los regímenes establecidos por los Reales Decretos 3/1996, 8/1997 y 929/1998, que siguen vigentes, el Gobierno español solicita, en segundo lugar, que se declare la inadmisibilidad del recurso, en la medida en que existe una incongruencia entre las disposiciones legales mencionadas por la Comisión en la demanda. En efecto, la Comisión menciona únicamente el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 5/1995, mientras que, en realidad, dichos regímenes se aplican en virtud del apartado 2 de dicho artículo, que se refiere a los grupos de empresas.
- 20 En tercer lugar, el Gobierno español estima que debe también declararse la inadmisibilidad de la demanda por lo que respecta al apartado 1 del artículo 3 de la Ley 5/1995, que contempla los acuerdos adoptados por los órganos sociales, en la medida en que las observaciones de la Comisión aluden a las «operaciones», mencionadas en el apartado 2 de dicho artículo, y no a tales acuerdos.
- 21 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime los motivos de inadmisibilidad.
- 22 En cuanto a los regímenes previstos en los Reales Decretos 40/1998 y 552/1998, en su versión modificada, alega que sus fechas de vencimiento son posteriores a la fecha límite establecida en el dictamen motivado para atenerse a su contenido, es decir, el 2 de octubre de 1999. Pues bien, según la Comisión, es jurisprudencia reiterada que la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación tal como ésta se presenta al final de dicho plazo.

- 23 Por lo que respecta al hecho de que no se mencione en la demanda el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 5/1995, la Comisión subraya que, en varias ocasiones, se refirió a dicho artículo de modo general, sin hacer distinción alguna entre sus dos apartados. Estima que, aun cuando el Tribunal de Justicia llegue a considerar que los grupos están excluidos del presente recurso, ello no implica que deba declararse su inadmisibilidad en lo que atañe a las sociedades matrices. A su juicio, el Real Decreto 8/1997, relativo a Telefónica de España, S.A., y a Telefónica Servicios Móviles, S.A., no se refiere, en cualquier caso, al grupo en su conjunto, sino que sólo contempla expresamente a dos de sus empresas.
- 24 En cuanto a los acuerdos de los órganos sociales, la Comisión afirma que tanto la primera página de la demanda como las pretensiones contenidas en ésta mencionan los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Ley 5/1995. Asimismo, alega que el cuerpo de la demanda también hace referencia específica a los acuerdos sociales, o bien alude de forma más global a las operaciones sometidas a autorización. En consecuencia, estima que no puede sostenerse que la demanda carezca de precisión.

### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 25 En lo que se refiere al primer motivo de inadmisibilidad, basta con señalar que, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado, sin que el Tribunal de Justicia pueda tener en cuenta los cambios ocurridos posteriormente (véase, en particular, la sentencia de 5 de diciembre de 2002, Comisión/Luxemburgo, C-174/01, Rec. p. I-11171, apartado 18). Habida cuenta de que el dictamen motivado data del 2 de agosto de 1999 y de que el plazo para atenerse a su contenido es de dos meses, el hecho de que los regímenes previstos en los Reales Decretos 40/1998 y 552/1998, en su versión modificada, expiraran el 17 de febrero de 2001 y el 5 de octubre de 2000, respectivamente, no puede influir en que, al término de dicho plazo, se hubiera producido un eventual incumplimiento.
- 26 En consecuencia, debe desestimarse el primer motivo de inadmisibilidad.

- 27 Por lo que respecta a los motivos de inadmisibilidad segundo y tercero, procede destacar que el artículo 38, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento prevé que la demanda ha de contener la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados. Ahora bien, en el presente caso, de la demanda se deduce con claridad que el recurso versa, en particular, sobre los Reales Decretos de desarrollo promulgados conforme a la Ley 5/1995, de los cuales algunos afectan a empresas autónomas y otros a grupos de empresas, y que las disposiciones de dicha Ley sólo se citan en la medida en que constituyen la base jurídica de los Reales Decretos controvertidos. En consecuencia, el hecho de que la Comisión no se refiera expresamente en cada caso al apartado 1 o al apartado 2 del artículo 1 de la Ley 5/1995 carece de relevancia. En lo que atañe a los acuerdos de los órganos sociales contemplados en el artículo 3, apartado 1, de la mencionada Ley, se desprende manifiestamente de la demanda que el recurso versa tanto sobre las medidas adoptadas con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Ley como sobre las adoptadas conforme al apartado 2 del referido artículo. Por consiguiente, la demanda es clara y no incurre en ambigüedad alguna.
- 28 Por tanto, procede desestimar los motivos de inadmisibilidad segundo y tercero.
- 29 De tal circunstancia se deriva que el recurso es admisible en su conjunto.

## Sobre el fondo

### *Motivos y alegaciones de las partes*

- 30 En su demanda la Comisión se refiere, en primer lugar, a su Comunicación 97/C 220/06, de 19 de julio de 1997, relativa a determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias (DO C 220, p. 15; en lo sucesivo, «Comunicación de 1997»). Recuerda que en dicha Comunicación expuso su

punto de vista acerca de la interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento en el marco de las medidas adoptadas por un Estado miembro para la privatización de una empresa pública.

- 31 Conforme al punto 7 de la Comunicación de 1997, debe considerarse que cualquier medida que supedita a la obtención de una autorización administrativa previa el ejercicio del derecho a adquirir participaciones de control, el ejercicio pleno de los correspondientes derechos de voto y la gestión de una empresa constituye una restricción a las operaciones tanto de inversión directa realizadas por inversores nacionales de otro Estado miembro como de inversión de cartera, en la medida en que los procedimientos de autorización podrían utilizarse para impedir que los inversores interesados en realizar inversiones de cartera adquiriesen participaciones no mayoritarias por encima de los límites establecidos.
- 32 A juicio de la Comisión, la posibilidad de someter ciertos actos a la obtención de una autorización administrativa previa, tal como se prevé en la legislación nacional controvertida, no respeta los requisitos establecidos en la Comunicación de 1997 y viola los artículos 43 CE y 56 CE.
- 33 Por lo que respecta, más en particular, a la libre circulación de capitales, la Comisión se remite a la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, Rec. p. I-1335), apartado 14, de la que se desprende que una disposición nacional que supedita una inversión extranjera directa a una autorización previa constituye una restricción a los movimientos de capitales.
- 34 Si bien los Estados miembros pueden, en virtud de excepciones previstas por el Tratado, imponer restricciones a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento en circunstancias relacionadas con el ejercicio de la autoridad

pública, el orden público, la seguridad pública y la salud pública, dichas restricciones deben interpretarse en sentido estricto, de modo que su alcance no pueda determinarse unilateralmente por los Estados miembros. Además, deben satisfacer el criterio de proporcionalidad, deben ser conformes con el principio de seguridad jurídica y no deben aplicarse con fines meramente económicos (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165).

35 En cualquier caso, la Comisión alega que las consideraciones de carácter meramente económico o administrativo no pueden figurar entre las razones imperiosas de interés general que permiten justificar restricciones a las libertades previstas por el Tratado. Así, considera que la empresa de fabricación de tabaco Tabacalera, S.A., y la asociación de bancos Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria), no pueden, en principio, ampararse en ninguna justificación basada en razones imperiosas de interés general. Estima también que los regímenes de autorización relativos a las demás empresas de que se trata no establecen condición alguna y pueden aplicarse en cualesquiera situaciones al libre albedrío de la Administración. Además, en lo que atañe a Telefónica de España, S.A., y Telefónica Servicios Móviles, S.A., el Real Decreto 8/1997 cubre también los servicios de telefonía móvil prestados fuera de España. En cuanto a Endesa, S.A., la Comisión afirma que dicha sociedad se creó, en particular, para favorecer el desarrollo del grupo de que forma parte en los mercados internacionales y, especialmente, en Sudamérica. Por lo tanto, a su juicio, es evidente que no contribuye al mantenimiento de un servicio estratégico para la economía española.

36 Según la Comisión, el régimen controvertido —en particular el artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995, pero también el apartado 1 de dicho artículo— viola en cualquier caso el principio de proporcionalidad. En su opinión, los regímenes de autorización administrativa previa, necesariamente más intervencionistas que los regímenes de control *a posteriori*, deben someterse a criterios muy estrictos. Sin embargo, no es esto lo que sucede en el presente caso, puesto que el régimen controvertido no es transparente ni permite a los particulares conocer con exactitud el alcance de sus derechos y obligaciones, sin que tampoco se definan ni puedan preverse los requisitos para la concesión de la autorización.

- 37 La Comisión afirma que el Gobierno español no ha demostrado que la autorización administrativa previa sea el método menos intervencionista de que dispone ni que sea el único medio eficaz para supervisar, inspeccionar y, eventualmente, prohibir determinadas inversiones que resulten contrarias a objetivos perseguidos. Asimismo, en su opinión, dicho régimen confiere a la Administración la facultad de discriminar arbitrariamente a los inversores nacionales de otros Estados miembros.
- 38 En la vista, la Comisión indicó que compartía las apreciaciones formuladas por el Tribunal de Justicia en sentencias dictadas tras la interposición de este recurso en asuntos de naturaleza comparable, a saber, las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731), Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. I-4781) y Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809). Según la Comisión, el Tribunal de Justicia declaró en dichas sentencias que los regímenes de autorización previa, como el controvertido en el presente caso, son incompatibles con la libre circulación de capitales.
- 39 El Gobierno español alega con carácter subsidiario, dado que invoca la inadmisibilidad del recurso, que esta apreciación de la Comisión carece de fundamento y que el recurso debe ser desestimado en cuanto al fondo. En primer lugar, describe detalladamente el proceso de privatización del sector público empresarial español, así como su marco constitucional, para demostrar su perfecta conformidad con el Derecho nacional. El Reino de España afirma que, en el inicio del proceso de privatización, sólo pretendía adoptar medidas de acompañamiento que garantizaran el cumplimiento de la misión específica encomendada a las entidades de que se trata.
- 40 A continuación, dicho Gobierno se remite al Real Decreto 1525/1995, que, en su exposición de motivos, prevé que «la aplicación del régimen de autorización establecido en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y, por consiguiente, la del presente Real Decreto se realizará de acuerdo con lo establecido por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en materia de derecho de establecimiento y de libre circulación de capitales». En consecuencia, estima que se ha respetado también escrupulosamente el Derecho comunitario.

- 41 Asimismo, el Gobierno español se remite al principio de neutralidad del Tratado con respecto al régimen de la propiedad, consagrado en el artículo 295 CE. Comparte la opinión del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, expresada en las conclusiones que presentó en los asuntos sobre los que recayeron las sentencias Comisión/Portugal, Comisión/Francia y Comisión/Bélgica, antes citadas, de que, en virtud del artículo 295 CE, debían considerarse compatibles con el Derecho comunitario regímenes similares vigentes en Portugal, Francia y Bélgica. En opinión del Gobierno español, al ser la privatización del sector público empresarial una opción legítima de los Estados miembros, debe aplicarse el principio jurídico de «quien puede lo más puede lo menos».
- 42 En cualquier caso, considera que el régimen de autorización administrativa previa que deriva de la Ley 5/1995 es compatible con la libre circulación de capitales y con la libertad de establecimiento. A su juicio, todos los acuerdos de los órganos sociales enumerados en el artículo 3, apartado 1, de dicha Ley giran en torno al mantenimiento del objeto social de la empresa o de su patrimonio y, por tanto, quedan justificados por la conservación de la continuidad empresarial. Además, las condiciones en las que un inversor nacional de otro Estado miembro puede adquirir participaciones de control, previstas en el apartado 2 de dicho artículo, son las mismas que las que se establecen para los nacionales españoles. Por consiguiente, estima que el régimen de que se trata no efectúa ningún tipo de discriminación por razón de la nacionalidad.
- 43 El Gobierno español alega que, si bien la normativa controvertida puede eventualmente afectar a la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales no se ve en ningún caso menoscabada. En efecto, afirma que el régimen de autorización administrativa previa no tiene por objeto limitar el acceso de capitales procedentes de otros Estados miembros a los mercados financieros nacionales ni regular el régimen jurídico de las operaciones realizadas con este fin. El Derecho positivo existente en cada Estado miembro constituye un dato para el mercado y no puede reputarse contrario a la libre circulación de capitales. Además, sostiene que el régimen de que se trata se refiere únicamente a los derechos políticos de los accionistas, como los derechos de voto, y no a sus derechos económicos.
- 44 En opinión del Gobierno español, el régimen de autorización administrativa previa se justifica, en cualquier caso, por razones imperiosas de interés general,

ligadas a una exigencia estratégica y a la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos. Alega que todos los Reales Decretos de que se trata hacen referencia a dicha necesidad. En efecto, los Estados miembros han de constituirse en garantes de la seguridad del abastecimiento, de la solidaridad económica y social, así como de la protección de los intereses de los consumidores.

- 45 El Gobierno español opina que el régimen controvertido respeta también el principio de proporcionalidad. A su juicio, la garantía de continuidad del servicio público constituye un criterio claro, objetivo y no discriminatorio, por lo que responde al principio de seguridad jurídica, aun cuando deje paso a la aplicación de una facultad discrecional. Además, considera que la actuación de la Administración en el ejercicio de esta facultad queda siempre sometida a la legalidad.
- 46 Según el Gobierno español, el establecimiento de un catálogo cerrado de causas por las cuales se podría denegar la autorización administrativa, como exige la Comisión, no sólo no es necesario, sino que anquilosaría la acción de la Administración.
- 47 Además, el Gobierno español sostiene que todos los actos de aplicación de la normativa de que se trata quedan supeditados al control jurisdiccional conforme al sistema de recursos previstos en el Derecho nacional, que encuentran incluso su fundamento en los artículos 9.3, 103 y 106 de la Constitución española. En consecuencia, estima que el régimen objeto del recurso no carece de transparencia.
- 48 El Gobierno español se remite, por último, al artículo 86 CE, apartado 2. Sin desarrollar exhaustivamente su argumentación, alega que dicha norma tiene carácter general y permite a los Estados miembros adoptar medidas que introduzcan excepciones con respecto no sólo a los artículos del Tratado relativos a la competencia, sino también a sus demás disposiciones.

- 49 El Gobierno del Reino Unido, que interviene en el presente asunto en apoyo de las pretensiones del Gobierno español, subraya que ha de establecerse una distinción entre la facultad legal para someter a autorización previa la adquisición de participaciones de una sociedad, establecida en el artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995, y la facultad legal de veto sobre acuerdos sociales relativos a la cesión de bienes y activos de la empresa o a su gestión corriente, prevista en el apartado 1 del mencionado artículo. Estima que, a diferencia de la primera facultad, la segunda no puede constituir una restricción a la libertad de establecimiento ni a la libre circulación de capitales, de modo que no requiere justificación alguna.
- 50 En opinión del Gobierno del Reino Unido, el análisis de la Comisión es erróneo dado que considera que cualquier medida que obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de libertades del Tratado debe no sólo carecer de carácter discriminatorio, sino que también debe estar justificada por razones relativas a la necesidad de responder proporcionalmente a exigencias imperativas. Sostiene que se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las medidas que no restringen el acceso al mercado no requieren tal justificación (véase, en particular, la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097, apartado 17).

### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

#### Sobre el artículo 56 CE

- 51 Con carácter preliminar, procede recordar que el artículo 56 CE, apartado 1, establece la libre circulación de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. A tal efecto, dicho artículo prevé, en el marco de las disposiciones del capítulo del Tratado titulado «Capital y pagos», que quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros.

- 52 Aunque el Tratado no define los conceptos de movimientos de capitales y de pagos, es sabido que la Directiva 88/361, junto con su nomenclatura anexa, tiene valor indicativo para definir el concepto de movimientos de capitales (véase la sentencia de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C-222/97, Rec. p. I-1661, apartados 20 y 21).
- 53 En efecto, los puntos I y III de la nomenclatura recogida en el anexo I de la Directiva 88/361, así como las notas explicativas que allí figuran, indican 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, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 C.E. Con arreglo a las mencionadas notas explicativas, la inversión directa, en particular, se caracteriza por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión y en el control de una sociedad.
- 54 A la luz de estas consideraciones, procede examinar si constituye una restricción a los movimientos de capitales entre los Estados miembros el régimen resultante de la Ley 5/1995 y de los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998, por el que se someten a la autorización previa de la Administración nacional los acuerdos de entidades mercantiles relativos a

— la disolución, la escisión o la fusión de la entidad;

— la enajenación o el gravamen de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social;

— la sustitución del objeto social;

- los actos de disposición sobre el capital social que determinen la reducción de la participación del Estado en un porcentaje igual o superior al 10 %, y
  
- la adquisición de participaciones sociales que tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 % del capital social,

cuando la participación estatal se reduzca al menos en un 10 % del capital social, quedando por debajo del 50 %, o se reduzca a menos de un 15 % del capital social.

- 55 El Gobierno español alega, con carácter preliminar, que las medidas previstas en el artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995 se aplican sin distinción por razón de la nacionalidad. En consecuencia, afirma que no se dispensa un trato discriminatorio a los nacionales de otros Estados miembros. Por tal motivo, las medidas de que se trata no constituyen una restricción a la libre circulación de capitales.
- 56 No es posible acoger este argumento. En efecto, de los apartados 44 y 40, respectivamente, de las sentencias Comisión/Portugal y Comisión/Francia, antes citadas, se desprende que la prohibición prevista en el artículo 56 CE va más allá de la eliminación de toda desigualdad de trato de los operadores de los mercados financieros basada en su nacionalidad.
- 57 Una normativa que, como el artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995, limita la adquisición de participaciones constituye una restricción a la libre circulación de capitales.

- 58 Por lo que respecta a las medidas previstas en el artículo 3, apartado 1, de la Ley 5/1995, el Gobierno del Reino Unido alega, basándose en la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, que no restringen el acceso al mercado, de modo que no pueden afectar a la libre circulación de capitales.
- 59 Este argumento no puede estimarse. Las medidas de que se trata no producen efectos análogos a los de las normativas que la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, excluye del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación).
- 60 Según dicha sentencia, no puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban, en el territorio del Estado miembro de importación, ciertas modalidades de venta, siempre que, en primer lugar, se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y, en segundo lugar, afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros. El motivo es que tal aplicación no puede impedir el acceso de estos últimos al mercado del Estado miembro de importación ni dificultarlo más que el de los productos nacionales (sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. p. I-1141, apartado 37).
- 61 Ahora bien, en el presente caso, si bien es cierto que las restricciones controvertidas referentes a las operaciones de inversión son indistintamente aplicables tanto a los residentes como a los no residentes, es necesario señalar que afectan a la situación del adquirente de una participación como tal, de modo que pueden disuadir a los inversores de otros Estados miembros a efectuar tales inversiones y, en consecuencia, condicionar el acceso al mercado (véase también la sentencia dictada hoy Comisión/Reino Unido, C-98/01, Rec. 2003, p. I-4641, apartado 47).

- 62 En estas circunstancias, debe considerarse que la normativa basada, por un lado, en el artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995 y, por otro lado, en el apartado 1 de dicho artículo constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE.
- 63 Esta apreciación no puede verse desvirtuada por el hecho, invocado por el Gobierno español, de que el Real Decreto 1525/1995 prevea en su exposición de motivos que el régimen de que se trata debe aplicarse de conformidad con el Derecho comunitario.
- 64 En efecto, por una parte, tal afirmación no demuestra la compatibilidad con el Derecho comunitario, a falta de justificación apropiada, de la exigencia de autorización previa. Por otra parte, esta norma abstracta no garantiza con seguridad que la aplicación concreta del régimen de que se trata vaya a efectuarse siempre conforme a las exigencias del Derecho comunitario.
- 65 En consecuencia, procede examinar si, por lo que respecta a las diferentes empresas contempladas por los Reales Decretos de que se trata, puede entenderse justificada la restricción controvertida y, de ser así, en qué circunstancias.
- 66 Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia (véanse las sentencias, antes citadas, Comisión/Portugal, apartado 47; Comisión/Francia, apartado 43, y Comisión/Bélgica, apartado 43), no es posible ignorar las preocupaciones que pueden, en función de las circunstancias, justificar que los Estados miembros

conserven cierta influencia en las empresas inicialmente públicas que se privaticen posteriormente, cuando dichas empresas actúen en el ámbito de los servicios estratégicos o de interés general.

- 67 Tales preocupaciones no autorizan, sin embargo, a los Estados miembros a alegar sus regímenes de propiedad, contemplados en el artículo 295 CE, para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean consecuencia de privilegios que se les atribuyan en su condición de accionistas de una empresa privatizada. En efecto, dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado (véanse las sentencias, antes citadas, Comisión/Francia, apartado 44, y Comisión/Bélgica, apartado 44).
- 68 La libre circulación de capitales, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se halla justificada por razones contempladas en el artículo 58 CE, apartado 1, o por razones imperiosas de interés general. Además, para que pueda justificarse de esta manera, la normativa nacional en cuestión debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, a fin de respetar el criterio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Comisión/Portugal, apartado 49; Comisión/Francia, apartado 45, y Comisión/Bélgica, apartado 45).
- 69 El Tribunal de Justicia ha declarado ya que un régimen de autorización administrativa previa como el controvertido en el caso de autos debe ser proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, en particular, mediante un sistema de declaraciones *a posteriori* (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821, apartados 23 a 28; de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 35; Comisión/Portugal, antes citada, apartado 50, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 46). Este régimen 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 (sentencias, antes citadas, Analir y otros, apartado 38; Comisión/Portugal, apartado 50, y Comisión/Francia, apartado 46).

- 70 En el presente caso, el Gobierno español alega que el régimen de que se trata se encuentra justificado por razones imperiosas de interés general ligadas a exigencias estratégicas y a la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios públicos. A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que la empresa Tabacalera, S.A., que produce tabaco, y el grupo Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria), integrado por bancos comerciales que operan en el sector bancario tradicional y de los que no se alega que efectúen tareas propias de un banco central o de un órgano similar, no constituyen entidades destinadas a prestar servicios públicos. Mediante la mera referencia a «algunas líneas de actividad» antiguamente asignadas a las cajas de ahorro públicas, el Gobierno español no demuestra que concurren circunstancias específicas de las que se derive que dicho grupo bancario asume una función de servicio público. En consecuencia, los regímenes controvertidos referentes a Tabacalera, S.A., y a Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria), carecen de justificación.
- 71 En cuanto a las otras tres entidades de que se trata, que operan en los sectores del petróleo, las telecomunicaciones y la electricidad, no puede negarse que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de tales productos o la prestación de tales servicios en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública (véanse, para casos similares, las sentencias, antes citadas, Comisión/Francia, apartado 47, y Comisión/Bélgica, apartado 46), de modo que puede eventualmente justificar un obstáculo a la libre circulación de capitales.
- 72 No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado también que las exigencias impuestas por la seguridad pública deben, por constituir una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad. Por tanto, la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Église de scientologie, apartado 17; Comisión/Francia, apartado 48, y Comisión/Bélgica, apartado 47).

- 73 Por consiguiente, procede verificar si la normativa controvertida referente a las tres entidades mencionadas permite que en el Estado miembro de que se trata 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.
- 74 En este sentido, en lo que atañe a la imputación de la Comisión relativa al artículo 3, apartado 2, de la Ley 5/1995, procede recordar que el régimen establecido por dicha norma prevé que, por un lado, los actos de disposición sobre el capital social que determinen la reducción de la participación del Estado en un porcentaje igual o superior al 10 %, cuando esta participación quede por debajo del 50 %, o se reduzca a menos de un 15 % del capital social, así como, por otro lado, la adquisición de participaciones sociales que tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 % del capital social, deben recibir la aprobación de un representante del Estado. La normativa aplicable no supedita el ejercicio de este derecho del Estado a requisito alguno. No se proporciona a los inversores afectados precisión alguna acerca de las circunstancias específicas y objetivas en las que se concede o deniega la autorización previa.
- 75 Tal indeterminación no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 56 CE, por lo que debe considerarse que dicho régimen es contrario al principio de seguridad jurídica (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 50).
- 76 En efecto, la Administración dispone en la materia de una facultad discrecional especialmente amplia que menoscaba gravemente la libre circulación de capitales y que puede incluso reducirla a la nada. Por consiguiente, el régimen controvertido va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo invocado por el Gobierno español, es decir, la prevención de dificultades en el abastecimiento de productos petrolíferos y de electricidad, así como en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

- 77 En lo que atañe a la imputación de la Comisión relativa al artículo 3, apartado 1, de la Ley 5/1995, que versa sobre la autorización administrativa previa de los acuerdos de disolución, escisión o fusión de la entidad, de enajenación o gravamen de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y de sustitución del objeto social, el Gobierno español alegó en la vista que debe permitirse dicho régimen por presentar similitudes con el que el Tribunal de Justicia admitió en la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, en la medida en que sólo se refería a ciertos activos de las sociedades de que se trataba y a determinadas decisiones de gestión, y no a restricciones relativas a los inversores o a sus participaciones como tales.
- 78 A este respecto, procede destacar que, como se desprende de los apartados 49 a 52 de la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, el sistema de que se trataba en dicho asunto era, en primer lugar, un sistema de oposición *a posteriori*, menos restrictivo que un régimen de autorización previa como el controvertido en el presente caso (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2002, Reisch y otros, asuntos acumulados C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, Rec. p. I-2157, apartado 37). Además, tal sistema se caracterizaba por el hecho de que se enumeraban taxativamente los activos estratégicos afectados y las decisiones de gestión que podían cuestionarse de forma puntual. Por último, la intervención de la autoridad administrativa quedaba estrictamente limitada a los casos en que peligraran los objetivos de la política energética. Las decisiones adoptadas en este contexto debían estar formalmente motivadas y estaban sujetas a un control jurisdiccional efectivo.
- 79 El régimen establecido por el artículo 3, apartado 1, de la Ley 5/1995, en relación con los Reales Decretos relativos a las entidades afectadas del sector del petróleo, de las telecomunicaciones y de la electricidad, no satisface tales criterios. En efecto, sólo algunos de dichos Reales Decretos definen con exactitud «los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa y que a tal efecto se determinen», mencionados en el artículo 3, apartado 1, letra b), de la referida Ley. La disolución voluntaria, la escisión o la fusión de la entidad, así como la sustitución de su objeto social, contempladas en las letras a) y c) de tal apartado, no constituyen, a diferencia de las decisiones controvertidas en el asunto sobre el que recayó la sentencia Comisión/Bélgica,

antes citada (apartado 50), decisiones de gestión específicas, sino decisiones fundamentales en la vida de una empresa. Asimismo, la intervención de la autoridad administrativa no queda sujeta en el presente caso, a diferencia de la situación propia del asunto relativo al Reino de Bélgica, a ningún requisito que restrinja la facultad discrecional de dicha autoridad. El hecho de que sea factible interponer un recurso contra tales decisiones no puede modificar esta apreciación, en la medida en que ni la Ley ni los Reales Decretos de que se trata proporcionan al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa.

80 Dada la inexistencia de criterios objetivos y precisos en el régimen de que se trata, procede concluir que dicho régimen va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo invocado por el Gobierno español.

81 No desmiente esta apreciación el hecho de que los tres Reales Decretos en cuestión establezcan un régimen con un plazo de vigencia limitado a diez años. En efecto, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado no pierde su condición de incumplimiento por el hecho de que esté limitado en el tiempo.

82 Por lo demás, tal apreciación tampoco se ve cuestionada por el argumento que el Gobierno español basa en el artículo 86 CE, apartado 2. A este respecto, ha de señalarse que si bien dicha disposición, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o social con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común (sentencias de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 12, y de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos, C-157/94, Rec. p. I-5699, apartado 39), no es menos cierto que el Estado miembro debe exponer de manera detallada las razones que le inducen a considerar que, en caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las

misiones de interés económico general que ha encomendado a una empresa (sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 58).

- 83 Ahora bien, el Gobierno español no ha demostrado de modo alguno que esto sea lo que sucede en el presente caso. En consecuencia, el argumento basado en el artículo 86 CE, apartado 2, también debe ser desestimado.
- 84 Por lo tanto, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al haber mantenido en vigor los artículos 2 y 3, apartados 1 y 2, de la Ley 5/1995 y los Reales Decretos 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 y 929/1998, en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa.

### Sobre el artículo 43 CE

- 85 La Comisión solicita también que se declare que se ha vulnerado el artículo 43 CE, es decir, la libertad de establecimiento en lo que atañe a las empresas.
- 86 A este respecto, procede destacar que las restricciones a la libertad de establecimiento impuestas por la normativa de que se trata son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales antes examinados, a los que se encuentran indisolublemente ligadas. En consecuencia, una vez demostrada la vulneración del artículo 56 CE, no es necesario analizar separadamente las medidas controvertidas a la luz de las normas del Tratado relativas a la libertad de establecimiento.

## Costas

- 87 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber pedido la Comisión que se condene en costas al Reino de España y al haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas. Con arreglo al artículo 69, apartado 4, párrafo primero, de dicho Reglamento, el Reino Unido, parte coadyuvante en el litigio, cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

- 1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al haber mantenido en vigor 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, el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol, S.A., el Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España, S.A., y a Telefónica Servicios Móviles, S.A., el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria), el Real

Decreto 552/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera, S.A., y el Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa, S.A., en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa.

- 2) Condenar en costas al Reino de España.
  
- 3) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargará con sus propias costas.

Rodríguez Iglesias	Puissochet	Wathelet
Schintgen		Gulmann
Edward	La Pergola	Jann
Skouris		Macken
Colneric	von Bahr	Rosas

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de mayo de 2003.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias