

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 11 de noviembre de 2010*

En el asunto C-543/08,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 4 de diciembre de 2008,

Comisión Europea, representada por los Sres. G. Braun y P. Guerra e Andrade y la Sra. M. Teles Romão, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Portuguesa, representada por el Sr. L. Inez Fernandes, asistido por los Sres. C. Botelho Moniz y P. Gouveia e Melo, advogados,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: portugués.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

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

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

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 22 de abril de 2010;

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

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 56 CE y 43 CE, al mantener derechos especiales en favor del Estado portugués en EDP – Energias de Portugal (en lo sucesivo, «EDP»), atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») poseídas por dicho Estado.

Marco jurídico

Normativa nacional

- 2 El artículo 13, apartado 2, de la Lei n° 11/90, Lei Quadro das Privatizações (Ley marco relativa a las privatizaciones), de 5 de abril de 1990 (*Diário da República I, série-A, n° 80, de 5 de abril de 1990*; en lo sucesivo, «LQP»), establece lo siguiente:

«Cuando se proceda a una reprivatización mediante licitación pública, oferta en la Bolsa o suscripción pública, ninguna persona, física o jurídica, podrá adquirir o suscribir una fracción superior a un porcentaje determinado del capital que se va a reprivatizar, porcentaje que también será fijado por el instrumento contemplado en el artículo 4, apartado 1, so pena, según se establezca, de venta forzosa de las acciones que excedan ese límite, de pérdida del derecho de voto que confieren tales acciones o de nulidad.»

- 3 A este respecto, los Decretos-leyes de ejecución relativos a la reprivatización de EDP, en particular, el Decreto-ley n° 78-A/97, de 7 de abril de 1997, por el que se aprueba la primera fase del proceso de reprivatización del capital social de EDP – Electricidad de Portugal SA (*Diário da República I, série-A, n° 81, de 7 de abril de 1997*), el Decreto-ley n° 94-C/98, de 17 de abril de 1998, por el que se aprueba la tercera fase del proceso de reprivatización del capital social de EDP – Electricidad de Portugal SA (*Diário da República I, série-A, n° 90, de 17 de abril de 1998*), y el Decreto-ley n° 141/2000, de 15 de julio de 2000, por el que se aprueba la cuarta fase del proceso de reprivatización del capital social de EDP – Electricidad de Portugal SA (*Diário da*

República I, série-A, nº 162, de 15 de julio de 2000), disponen en sus respectivos artículos 9, apartado 1, lo siguiente:

«En el marco de las operaciones previstas en el presente Decreto-ley, ninguna persona, física o jurídica, podrá adquirir acciones que representen una fracción del capital social de EDP superior al 5 %, reduciéndose a este límite las propuestas de adquisición que lo excedan.»

4 A tenor del artículo 384, apartado 2, del Código de sociedades mercantiles portugués (en lo sucesivo, «CSC»), los estatutos de estas sociedades pueden establecer:

«a) que a un determinado número de acciones corresponda únicamente un voto, siempre que se tengan en cuenta todas las acciones emitidas por la sociedad y que corresponda al menos un voto a cada 1.000 euros de capital.

b) que los votos que excedan ese número no sean contabilizados, si han sido emitidos por un solo accionista, en nombre propio o como representante de otro accionista.»

- 5 El mencionado artículo 384 dispone en su apartado 3 lo siguiente:

«La limitación del número de votos que establece la letra b) del apartado anterior podrá aplicarse a todas las acciones o solamente a las de una o varias clases, pero no a accionistas determinados.»

- 6 El artículo 15, apartado 3, de la LQP prevé la posibilidad de crear acciones privilegiadas en los siguientes términos:

«El instrumento que se menciona en el artículo 4, apartado 1 [mediante el que se aprueban los estatutos de la empresa que se va a privatizar o transformar en sociedad anónima], podrá asimismo establecer, con carácter excepcional y 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.»

- 7 El artículo 13, apartado 1, del Decreto-ley nº 141/2000 estipula, respecto de las facultades especiales del Estado, lo siguiente:

«Cuando el Estado sea accionista de la sociedad, con independencia del número de acciones que posea, ya directamente, ya indirectamente por mediación de entidades públicas, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra c), de la Ley nº 71/88 de

24 de mayo de 1988, los acuerdos de la junta general que se mencionan a continuación se considerarán adoptados únicamente si obtienen el voto favorable del Estado:

- a) acuerdos sobre la modificación de los estatutos, incluidos los relativos al aumento de capital, la fusión, la escisión y la disolución.

- b) acuerdos sobre la celebración de contratos “*de grupo paritário*” y de “*subordinaçã*”.

- c) acuerdos sobre la supresión o limitación del derecho preferente de los accionistas en los aumentos de capital.»

8 A tenor del artículo 15, apartado 1, de la LQP:

«Con carácter excepcional y cuando así lo exijan razones de interés nacional, el instrumento mediante el que se aprueben los estatutos de la empresa que se vaya a reprivatizar podrá establecer, para salvaguardar el interés general, que los acuerdos relativos a determinadas materias deban ser ratificados por un administrador nombrado por el Estado.»

- 9 Por lo que se refiere a las facultades especiales del Estado, el artículo 13, apartados 2 y 3, del Decreto-ley n° 141/2000 preceptúa lo siguiente:

«2. Cuando sea accionista de la sociedad, según el apartado anterior, el Estado tendrá también el derecho de nombrar a un administrador cuando haya votado en contra de la lista de administradores aprobada, el cual sustituirá automáticamente a la persona de esa lista que haya recibido menos votos o, en caso de igualdad de votos, a la que figure en última posición en la lista.

3. El derecho concedido al Estado en el apartado anterior primará sobre los derechos similares otorgados a los accionistas minoritarios por el artículo 392 del [CSC].»

- 10 El artículo 10 del Decreto-ley n° 218-A/2004, de 25 de octubre de 2004, por el que se aprueba la quinta fase del proceso de reprivatización del capital social de EDP – Electricidad de Portugal SA (*Diário da República* I, série-A, n° 251, de 25 de octubre de 2004), y el artículo 6 del Decreto-ley n° 209-A/2005, de 2 de diciembre de 2005, por el que se aprueba la sexta fase del proceso de reprivatización del capital social de EDP – Electricidad de Portugal SA (*Diário da República* I, série-A, n° 231, de 2 de diciembre de 2005), mantienen expresamente en vigor los derechos especiales del Estado portugués.

Estatutos de EDP

11 El artículo 4, apartado 4, de los estatutos de EDP dispone lo siguiente:

«Las acciones de clase B son aquellas que se van a reprivatizar y cuyo único privilegio consiste en que a sus titulares –o a los representantes de éstos– no les afecta la limitación del número de votos prevista en el artículo 14, apartados 3 y siguientes, por referencia a estas mismas acciones.»

12 Según el artículo 14, apartados 2 y 3, de tales estatutos:

«2. Cada acción confiere derecho a un voto.

3. No se tendrán en cuenta los votos inherentes a la clase A emitidos por un accionista, en nombre propio o como representante de otro accionista, que excedan del 5 % del total de votos correspondientes al capital social.»

13 El artículo 17, apartado 2, de dichos estatutos presenta la siguiente redacción:

«La aprobación del plan estratégico de la sociedad y la realización, por ésta o por sociedades dominadas por EDP, de las operaciones que se enumeran a continuación deberá obtener el dictamen favorable del consejo de vigilancia:

- a) adquisición y enajenación de bienes, derechos o participaciones sociales de valor económico considerable.

- b) recurso a financiación de valor considerable.

- c) apertura o cierre de establecimientos o de partes significativas de estos y ampliación o reducción importante de la actividad.

- d) otras actividades u operaciones de valor económico o estratégico considerable.

- e) creación o cesación de alianzas estratégicas o de otras formas de cooperación duradera.

- f) proyectos de escisión, fusión o transformación.

- g) modificación de los estatutos, incluidos el cambio de sede o el aumento de capital, cuando se deba a la iniciativa del consejo de administración ejecutivo.»

Antecedentes del litigio y procedimiento administrativo previo

- 14 Desde comienzos de los años 90, el sector de la electricidad portugués ha sido objeto de un amplio proceso de reestructuración. En este marco, EDP, constituida en 1976 como empresa pública mediante el Decreto-ley nº 502/76, de 30 de junio de 1976 (*Diário da República I, série-A, nº 151, de 30 de junio de 1976*), se transformó en sociedad anónima en 1991. El Estado portugués procedió posteriormente a la reprivatización de esta empresa de acuerdo con un proceso llevado a cabo en diversas fases. Según la República Portuguesa, el Estado posee actualmente el 25,73% del capital social de EDP por medio de Parpública – Participações Públicas SGPS SA y de Caixa Geral de Depósitos SA.

- 15 EDP es el principal concesionario de la actividad de distribución de electricidad en Portugal y de la actividad empresarial de venta de último recurso, estando presente también en el segmento de las actividades de distribución y suministro de gas natural en el área metropolitana de Oporto, a través de su filial EDP Gás SA.

- 16 El 18 de octubre de 2006, la Comisión envió a la República Portuguesa un escrito de requerimiento en el que le reprochaba el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al poseer el Estado y otros accionistas públicos acciones privilegiadas con derechos especiales del capital de EDP, en particular, el derecho de veto respecto de determinados acuerdos de la junta general de accionistas de dicha sociedad y el derecho de nombrar a un administrador, cuando el Estado haya votado en contra de la lista de administradores aprobada, así como la no aplicación al Estado del límite de voto del 5 % previsto para las votaciones.
- 17 Al no considerar satisfactoria la respuesta dada el 18 de diciembre de 2006 por la República Portuguesa, la Comisión emitió el 29 de julio de 2007 un dictamen motivado en el que reiteraba lo manifestado en el escrito de requerimiento e instaba a ese Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado en un plazo de dos meses a partir de su recepción.
- 18 Las autoridades portuguesas respondieron al dictamen motivado mediante escrito de 30 de octubre de 2007. Al no considerar adecuada la respuesta, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre la admisibilidad del recurso

Alegaciones de las partes

- ¹⁹ En su escrito de dúplica, la República Portuguesa alega que el recurso es parcialmente inadmisibile en la medida en que la Comisión invocó en su escrito de réplica un argumento jurídico nuevo al sostener que el administrador contemplado en el artículo 13, apartado 1, del Decreto-ley n° 141/2000 dispone de la facultad de confirmar los acuerdos de la junta general de EDP conforme al artículo 15 de la LQP, lo cual supone formular en esta fase avanzada del procedimiento un cargo nuevo relativo al incumplimiento de dicho Estado miembro, cargo que, en su opinión, debe declararse inadmisibile.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- ²⁰ A este respecto, procede recordar de entrada que las partes no pueden modificar durante el procedimiento el objeto del litigio y que la fundamentación del recurso sólo debe examinarse en relación con las pretensiones contenidas en el escrito de interposición del recurso (véanse, en particular, las sentencias de 25 de septiembre de 1979, Comisión/Francia, 232/78, Rec. p. 2729, apartado 3; de 6 de abril de 2000, Comisión/Francia, C-256/98, Rec. p. I-2487, apartado 31, y de 4 de mayo de 2006, Comisión/Reino Unido, C-508/03, Rec. p. I-3969, apartado 61).

- 21 Por otra parte, en virtud del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del artículo 38, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento de dicho Tribunal, la Comisión tiene que indicar, en todo recurso presentado en virtud del artículo 258 TFUE, los cargos precisos sobre los cuales este Tribunal de Justicia está llamado a pronunciarse, así como, al menos en forma sumaria, los elementos de hecho y de Derecho sobre los que se basan dichos cargos (véanse, en este sentido, las sentencias de 31 de marzo de 1992, Comisión/Dinamarca, C-52/90, Rec. p. I-2187, apartado 17; Comisión/Reino Unido, antes citada, apartado 62, y de 3 de junio de 2010, Comisión/España, C-487/08, Rec. p. I-4843, apartado 71).
- 22 En el presente asunto, ha de señalarse que la Comisión indicó claramente, en las pretensiones formuladas en el escrito de interposición del recurso, que reprochaba a la República Portuguesa la posesión –por el Estado portugués y otros accionistas públicos– de acciones privilegiadas con derechos especiales del capital social de EDP, a saber, el derecho de veto respecto de determinados acuerdos de la sociedad, el derecho de nombrar a un administrador cuando el Estado haya votado en contra de la lista de administradores aprobada así como la no aplicación del límite de voto del 5 % previsto para las votaciones. Al invocar también las obligaciones de los Estados miembros resultantes de los artículos 43 CE y 56 CE, que la República Portuguesa no ha cumplido según la Comisión, esta definió de manera suficientemente precisa el objeto del litigio.
- 23 Es cierto que la Comisión se ha basado en el artículo 15, apartado 1, de la LQP y el derecho previsto en tal disposición por primera vez en el escrito de réplica. No obstante, de los autos se desprende que, en contra de lo alegado por la República Portuguesa, la Comisión no ha afirmado en la réplica que el Estado portugués ostentara una nueva facultad especial, sino que dicha institución hizo referencia, a modo de argumento adicional para mostrar el fundamento de su imputación, a otro derecho del que dispone ese Estado. En consecuencia, el hecho de que la Comisión haya detallado una imputación que había formulado de manera más general en el recurso no ha modificado el objeto del incumplimiento imputado ni, por lo tanto, ha tenido incidencia en el alcance del litigio (véanse las sentencias de 27 de noviembre de 2003, Comisión/

Finlandia, C-185/00, Rec. p. I-14189, apartados 84 a 87, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, C-171/08, Rec. p. I-6817, apartado 29).

- ²⁴ Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la República Portuguesa.

Sobre el fondo

Sobre la existencia de restricciones

Alegaciones de las partes

- ²⁵ En primer lugar, la Comisión alega que la creación de acciones privilegiadas en el capital social de EDP no resulta de la aplicación normal del Derecho de sociedades y constituye, por tanto, una medida estatal comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 56 CE y 43 CE, apartado 1.

- ²⁶ A este respecto, la Comisión sostiene que los derechos especiales aparejados a tales acciones deben considerarse actos llevados a cabo en el ejercicio de la potestad

pública y no actos de carácter privado. En efecto, el derecho de veto y el derecho de nombrar a un administrador están previstos en la ley y son directamente aplicables. Con independencia del número de acciones que posea, directa o indirectamente, el Estado portugués puede ejercitar tales derechos especiales, que priman sobre los derechos especiales de los accionistas minoritarios. En cuanto al límite de voto, su carácter de medida estatal se debe, según la Comisión, al hecho de que el Estado, por una parte, ha introducido en los estatutos de EDP la disposición que establece el límite de voto para todos los accionistas previendo la no aplicación a sí mismo y, por otra, ha establecido posteriormente mediante ley el derecho específico de veto respecto de los acuerdos relativos a la modificación de los estatutos.

²⁷ En lo que atañe a las restricciones prohibidas por los artículos 56 CE y 43 CE, la Comisión estima, respecto del derecho de veto, que éste restringe y limita el derecho de los accionistas a participar efectivamente en la gestión y control de EDP en proporción al valor de las acciones que posean, privándoles de poder adoptar decisiones de gestión estratégicas y de decidir cambios en la propiedad de la empresa. Además, ese derecho restringe asimismo la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, ya que puede afectar a las inversiones de carácter financiero y disuadir a los inversores de otros Estados miembros de realizar tales inversiones.

²⁸ En segundo lugar, la Comisión sostiene que el derecho de veto inherente a las acciones privilegiadas del Estado portugués constituye un sistema de autorización y, por tanto, un régimen que restringe la libertad de establecimiento. La LQP no contiene ningún criterio relativo al ejercicio del derecho de veto, siendo así que la Comisión considera que semejante sistema debe basarse en criterios objetivos y conocidos con antelación por las empresas de que se trate.

- 29 Por lo que se refiere al derecho del Estado de nombrar a un administrador, la Comisión estima que constituye igualmente una restricción contraria a los artículos 56 CE y 43 CE, en la medida en que representa un obstáculo a la inversión directa, puesto que tal derecho específico constituye una excepción del Derecho común de sociedades al establecerse por una medida legislativa nacional únicamente en beneficio de los accionistas públicos. La Comisión rechaza la alegación de la República Portuguesa según la cual, conforme a la interpretación actual del CSC, el derecho del Estado de nombrar a un administrador no debe entenderse, a fin de cuentas, como tal, sino más bien como el derecho de nombrar a un miembro del consejo general y de vigilancia (en lo sucesivo, «CGV») y, por tanto, a un supervisor. A este respecto, la Comisión invoca el artículo 17, apartado 2, de los estatutos de EDP, a cuyo tenor las decisiones estratégicas importantes y las modificaciones de los estatutos están sometidas, en todo caso, al dictamen favorable previo del CGV.
- 30 Respecto a la limitación del número de votos de que disponen los accionistas ordinarios al 5 % del capital social de EDP, limitación no aplicable a las acciones privilegiadas poseídas por el Estado portugués, la Comisión considera que semejante normativa restringe la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o control de una empresa y puede disuadir a los inversores de otros Estados miembros de adquirir participaciones de la empresa de que se trate.
- 31 La República Portuguesa cuestiona íntegramente el incumplimiento imputado alegando, en primer lugar, que las disposiciones nacionales controvertidas no están incluidas en el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 56 CE, dado que no tienen por efecto ni por objeto constituir un obstáculo directo y sustancial a la entrada en el capital social de EDP de inversores directos o de inversores de cartera, pues, en su opinión, los derechos especiales de que dispone el Estado portugués no condicionan ni directa ni sustancialmente el acceso a la inversión en dicha sociedad y, por tanto, no tienen por efecto desincentivar la inversión de cartera ni la inversión directa realizada por inversores o empresas, ya sean nacionales o extranjeros. Por otra parte, la

República Portuguesa afirma que, al no haber presentado la Comisión ningún análisis de los efectos de tales derechos especiales en las decisiones de los inversores establecidos en la Unión Europea y en los incentivos destinados a los mismos, dicha institución no ha aportado la prueba que le incumbe en virtud del artículo 226 CE.

- 32 A renglón seguido, las autoridades portuguesas consideran que debe concretarse el alcance del concepto de «medida restrictiva» a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento, ya que las medidas nacionales que se aplican indistintamente a los inversores nacionales y a los de otros Estados miembros sólo constituyen medidas restrictivas en el sentido de los artículos 43 CE y 56 CE si condicionan directa y sustancialmente el acceso al mercado de los inversores. Por tanto, las autoridades portuguesas sugieren al Tribunal de Justicia que interprete el concepto de «restricción» a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento a la luz de la sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard* (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), que trata de las modalidades de venta en relación con la libertad de circulación de mercancías.
- 33 En cuanto al carácter de medida estatal del límite de voto del 5%, disposición contenida en los estatutos de EDP, la República Portuguesa sostiene que ello constituye, no una medida estatal, sino un acto de Derecho privado no incluido en el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 56 CE.
- 34 Por último, la República Portuguesa rechaza el planteamiento de la Comisión sobre el derecho de veto, consistente en que tal derecho especial constituye un sistema de autorización previa que restringe y limita el derecho de los accionistas a participar efectivamente en la gestión y control de la sociedad en proporción al valor de las acciones que posean o a adoptar decisiones de gestión estratégicas. Añade que las disposiciones nacionales controvertidas confieren al Estado portugués, respetando plenamente el interés público de la protección de la seguridad del abastecimiento energético del país, el derecho de veto únicamente respecto de los acuerdos de la junta general que modifiquen sustancialmente la estructura de EDP y que, por ello,

pudieran comprometer dicha seguridad. Por tanto, afirma que este derecho no priva a los accionistas de la facultad de adoptar decisiones de gestión estratégicas.

35 En lo tocante al derecho del Estado portugués de nombrar a un administrador, la República Portuguesa subraya que, a raíz de una modificación del CSC en 2006, debe entenderse que tal derecho consiste en la posibilidad de nombrar a un miembro del CGV y no a un administrador, como considera erróneamente la Comisión. En realidad, al atribuirse al Estado un único representante y un solo voto en un órgano colegiado de vigilancia como es el CGV, aquel no goza de una influencia determinante en el órgano de administración de EDP y, por tanto, no limita la participación efectiva de otros accionistas en la gestión o control de esa sociedad. En cualquier caso, según dicho Estado miembro, tal derecho no incide en modo alguno en el interés de las empresas nacionales o establecidas en otros Estados miembros en adquirir participaciones financieras o cualificadas del capital social de EDP.

36 En respuesta a las alegaciones formuladas por la República Portuguesa en el escrito de contestación al recurso, la Comisión sostiene, remitiéndose a la sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España (C-463/00, Rec. p. I-4581), que no resulta aplicable la jurisprudencia consagrada en la sentencia Keck y Mithouard, antes citada.

37 Por otra parte, la República Portuguesa estima en su escrito de réplica que las disposiciones nacionales controvertidas en el presente recurso deben analizarse exclusivamente a la luz del artículo 43 CE y no del artículo 56 CE. Refiriéndose a la sentencia de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia (C-326/07, Rec. p. I-2291), la República Portuguesa considera que los derechos especiales de que goza el Estado solo pueden afectar a los accionistas que dispongan de una parte del capital social de EDP que les permita influir de manera efectiva en la gestión de la sociedad. Aun suponiendo

que las disposiciones en cuestión puedan tener un efecto restrictivo sobre la libre circulación de capitales, extremo que cuestiona dicho Estado miembro, este alega que tal efecto es hipotético y muy débil y que, en cualquier caso, sería simplemente la consecuencia insoslayable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no justifica un examen autónomo de las disposiciones nacionales controvertidas a la luz del artículo 56 CE.

- ³⁸ Además, la República Portuguesa sostiene que la Comisión ha incumplido gravemente la obligación relativa a la carga de la prueba que le incumbe en el marco de los artículos 226 CE y 86 CE, apartado 2, al no analizar las disposiciones nacionales controvertidas a la luz de las alegaciones formuladas por el Estado portugués sobre la base del artículo 86 CE, apartado 2.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Sobre la aplicabilidad de los artículos 56 CE y 43 CE

- ³⁹ La Comisión estima que el incumplimiento reprochado debe ser examinado a la luz tanto del artículo 56 CE, relativo a la libre circulación de capitales, como del artículo 43 CE, atinente a la libertad de establecimiento. En cambio, la República Portuguesa considera que las disposiciones nacionales controvertidas en el presente recurso deben ser analizadas exclusivamente a la luz del artículo 43 CE y no del artículo 56 CE.

- 40 En cuanto a la cuestión de si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de estas libertades fundamentales, de una jurisprudencia muy consolidada se desprende que procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 24 de mayo de 2007, *Holböck*, C-157/05, Rec. p. I-4051, apartado 22, y *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 33).
- 41 Están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones del artículo 43 CE, relativo a la libertad de establecimiento, las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión, por un nacional de un Estado miembro, de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de ésta (véanse, en particular, las sentencias de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, Rec. p. I-2787, apartado 22, y *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 34).
- 42 Están comprendidas en el ámbito de las disposiciones del artículo 56 CE, relativo a la libre circulación de capitales, en particular, las inversiones directas, esto es, cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la sociedad a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. Este objetivo presupone que las acciones que posee el accionista le ofrecen la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad (véanse, en particular, las sentencias de 23 de octubre de 2007, *Comisión/Alemania*, C-112/05, Rec. p. I-8995, apartado 18 y jurisprudencia citada, y *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 35).
- 43 Una normativa nacional que no debe aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia efectiva en las decisiones de una sociedad y determinar las actividades de ésta, pero que se aplica independientemente de la magnitud de la participación que posea el accionista en una sociedad, puede estar comprendida tanto en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE como del artículo 56 CE (sentencia *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 36).

- 44 Es preciso señalar que, en el presente recurso por incumplimiento, no se descarta que las disposiciones nacionales controvertidas puedan afectar a todos los accionistas e inversores potenciales y no solamente a los accionistas capaces de influir de manera efectiva en la gestión y control de EDP. Por tanto, procede examinar las disposiciones controvertidas desde el punto de vista de los artículos 56 CE y 43 CE.

— Sobre el incumplimiento de las obligaciones dimanantes del artículo 56 CE

- 45 Con carácter previo, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el artículo 56 CE, apartado 1, prohíbe en términos generales las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos, C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141, apartado 18 y jurisprudencia citada; Comisión/Alemania, antes citada, apartado 17, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 48).
- 46 Al no existir en el Tratado CE una definición del concepto de «movimientos de capitales» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, el Tribunal de Justicia ha reconocido un valor indicativo a la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo [67] del Tratado [artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam] (DO L 178, p. 5). Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, en particular, las inversiones denominadas «directas», esto es, las inversiones en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones que confiera la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control, así como las inversiones denominadas «de cartera», es decir, las inversiones en forma de adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión,

pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa (véanse las sentencias, antes citadas, Comisión/Países Bajos, apartado 19 y jurisprudencia citada; Comisión/Alemania, apartado 18, y Comisión/Portugal, apartado 49).

⁴⁷ En relación con estas dos formas de inversión, el Tribunal de Justicia ha precisado que deben calificarse de «restricciones» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, las medidas nacionales que pueden impedir o limitar la adquisición de acciones en las empresas afectadas o disuadir a los inversores de otros Estados miembros de invertir en el capital de éstas (véanse las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98, Rec. p. I-4731, apartado 45; de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-483/99, Rec. p. I-4781, apartado 40; de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 61 y 62; de 13 de mayo de 2003, Comisión/Reino Unido, C-98/01, Rec. p. I-4641, apartados 47 y 49; de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia, C-174/04, Rec. p. I-4933, apartados 30 y 31; Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 20; Comisión/Alemania, antes citada, apartado 19, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, antes citada, apartado 50).

⁴⁸ La República Portuguesa niega, respecto del límite de voto del 5%, el carácter de medida nacional del artículo 14, apartado 3, de los estatutos de EDP, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado anterior, alegando el carácter privado de tales estatutos. Por consiguiente, según las autoridades portuguesas, la disposición controvertida no constituye una medida estatal y, por tanto, no está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 56 CE.

⁴⁹ Procede destacar al respecto que, ciertamente, el CSC se limita a reconocer la posibilidad de establecer una limitación de votos respecto de acciones de una clase determinada en el contrato de sociedad de EDP y que esas acciones fueron introducidas y atribuidas al Estado portugués precisamente en virtud de lo dispuesto en los estatutos de dicha sociedad, aprobados en aplicación de la referida legislación.

- 50 Sin embargo, no es menos cierto que, como se desprende de los autos, tal disposición de los estatutos de EDP fue adoptada antes de finalizar la primera fase de la privatización de dicha sociedad, es decir, en un momento en que el Estado portugués poseía la mayor parte del capital social de la misma. Una vez fijado dicho límite de voto y cuando ese Estado iba a poseer en breve una parte menor del capital, estableció, mediante el artículo 15, apartado 3, de la LQP, un derecho específico de veto en beneficio propio, que se ejerce en particular respecto de los acuerdos de modificación de los estatutos de la referida sociedad. Así pues, desde entonces la cláusula relativa al límite de voto, prevista en el artículo 14, apartado 3, de los estatutos, no puede ser anulada por los socios sin el consentimiento del Estado.
- 51 En tales circunstancias, procede considerar que la propia República Portuguesa ha autorizado, de un lado, por medio de su legislador, la creación de acciones privilegiadas en el capital social de EDP y, de otro, en su condición de autoridad pública, ha decidido –en aplicación del artículo 15, apartado 3, de la LQP– introducir acciones privilegiadas en dicho capital, atribuirles al Estado y definir los derechos especiales que confieren.
- 52 Por otra parte, debe señalarse asimismo que la creación de estas acciones privilegiadas no resulta de la aplicación normal del Derecho de sociedades, en la medida en que tales acciones están destinadas, como excepción a lo dispuesto por el CSC, a permanecer en manos del Estado y, por tanto, no son transmisibles.
- 53 En consecuencia, la no aplicación del límite de voto del 5 % al Estado portugués debe considerarse imputable al Estado, por lo que está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 56 CE, apartado 1.

- 54 Por lo que se refiere al carácter restrictivo de la posesión por el Estado portugués de acciones privilegiadas con derechos especiales del capital social de EDP, prevista en la legislación nacional y, parcialmente, en relación con los estatutos de dicha sociedad, debe señalarse que tales acciones pueden disuadir a los operadores de otros Estados miembros de invertir en el capital de esa sociedad.
- 55 En efecto, por lo que al derecho de veto se refiere, del artículo 13, apartado 1, del Decreto-ley n.º 141/2000 resulta que la adopción de muchos acuerdos importantes relativos a EDP está supeditada al consentimiento del Estado portugués. A este respecto, se debe precisar que se requiere el voto favorable de dicho Estado especialmente en el caso de los acuerdos que modifiquen los estatutos de EDP, de modo que la influencia de ese Estado sobre la citada sociedad solamente puede verse disminuida con el consentimiento del propio Estado.
- 56 Por lo tanto, en la medida en que el derecho de veto confiere al referido Estado una influencia sobre la gestión y control de EDP que no está justificada por la magnitud de la participación que mantiene en dicha sociedad, puede disuadir a los operadores de otros Estados miembros de efectuar inversiones directas en esta última al no poder participar en la gestión y el control de dicha sociedad de modo proporcional al valor de sus acciones (véanse concretamente las sentencias, antes citadas, Comisión/Alemania, apartados 50 a 52, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, apartado 60).
- 57 Asimismo, el derecho de veto controvertido puede generar un efecto disuasorio sobre las inversiones de cartera en EDP en la medida en que la negativa del Estado portugués a la aprobación de un acuerdo importante, que los órganos de la sociedad hayan presentado como beneficiosa para los intereses de ésta, puede, en efecto, pesar sobre el valor de las acciones de dicha sociedad y, por lo tanto, sobre el aliciente

de una inversión en tales acciones (véanse en este sentido las sentencias, antes citadas, Comisión/Países Bajos, apartado 27, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, apartado 61).

- 58 En lo tocante a la limitación del 5 % en el ejercicio por todo accionista de los derechos de voto inherentes a las acciones ordinarias que posea, con excepción del Estado portugués, que no está sometido a dicha limitación, debe señalarse que los derechos de voto correspondientes a las acciones constituyen uno de los principales medios de participación del accionista en la gestión de una empresa o en su control. En consecuencia, cualquier medida encaminada a impedir el ejercicio de tales derechos o a someterlo a condiciones puede disuadir a los inversores de otros Estados miembros de adquirir participaciones en las empresas afectadas y constituye una restricción a la libre circulación de capitales (véase la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06, apartado 24). Por otra parte, las restricciones de voto son un instrumento que puede limitar la posibilidad de los inversores directos de participar en la sociedad para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos con ésta, que permitan participar de forma efectiva en su gestión o en su control, que reducen el interés en adquirir una participación en el capital de una sociedad (sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 54).
- 59 Por lo que se refiere al derecho de nombrar a un administrador, la República Portuguesa alega en primer lugar que, según la interpretación actual del CSC, tal derecho –reconocido en el artículo 15, apartado 1, de la LQP y en el artículo 13, apartados 2 y 3, del Decreto-ley n° 141/2000– debe entenderse como la posibilidad de nombrar a un miembro del CGV y, por tanto, a un supervisor. La Comisión rechaza esta interpretación.
- 60 No cabe acoger la alegación de la República Portuguesa. Aun suponiendo que semejante interpretación «actual» sea correcta, dicho Estado miembro no ha aportado, sin embargo, la prueba de esa interpretación, cuestionada por la Comisión. En efecto,

por una parte, dicha institución no encuentra ningún fundamento en la literalidad de las disposiciones mencionadas en el apartado anterior. Así pues, tanto el artículo 15, apartado 1, de la LQP como el artículo 13, apartados 2 y 3, del Decreto-ley nº 141/2000 prevén de manera explícita el nombramiento de un administrador y no de un supervisor. Por otra parte, dicho Estado miembro no ha demostrado que la modificación de determinadas normas del CSC relativas al Derecho portugués de sociedades mercantiles conlleve necesariamente que la facultad de nombrar a un «administrador», prevista en dichas disposiciones, deba entenderse como la facultad de nombrar a un «supervisor», habida cuenta de que éstas se refieren a las privatizaciones, especialmente en el sector de la energía, y son por tanto normas de Derecho público, sin que se haya modificado expresamente el texto de tales disposiciones.

61 De otro lado, el hecho de que el CGV no sea un órgano decisorio, sino un órgano de control, no menoscaba la posición y la influencia de los actores públicos interesados. En efecto, cuando el Derecho portugués de sociedades atribuye a dicho órgano la misión de controlar la gestión de la sociedad, le confiere competencias importantes para ejercer esta función. Además, como ha destacado la Comisión, se requiere la aprobación del CGV, conforme al artículo 17, apartado 2, de los estatutos de EDP, para determinadas operaciones, entre las que se encuentran en particular –además de la adquisición y enajenación de bienes, derechos o participaciones sociales de valor económico considerable– la apertura o cierre de establecimientos o de partes significativas de éstos, la creación o cesación de alianzas estratégicas o de otras formas de cooperación duradera, la escisión, fusión o transformación de la sociedad y la modificación de sus estatutos, incluidos el cambio de sede o el aumento de capital (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 65).

62 Sentado lo anterior, debe señalarse que el derecho de nombrar a un administrador constituye una restricción a la libre circulación de capitales en la medida en que semejante derecho específico es una excepción al Derecho común de sociedades y ha sido establecido por una medida legislativa nacional únicamente en beneficio de los actores públicos (véase la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 61).

Si bien es cierto que esta facultad puede ser atribuida por la ley como derecho de una minoría cualificada, es preciso indicar que, en tal caso, debe ser accesible a todos los accionistas y no reservarse exclusivamente al Estado.

- 63 En efecto, al limitar la posibilidad de los accionistas distintos del Estado portugués de participar en la sociedad para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos con ésta, que permitan participar de forma efectiva en su gestión o en su control, el derecho de nombrar a un administrador, previsto en el artículo 15, apartado 1, de la LQP y el artículo 13, apartados 2 y 3, del Decreto-ley n° 141/2000, puede disuadir a los inversores directos de otros Estados miembros de invertir en el capital de esa sociedad.
- 64 De ello se deduce que el derecho de veto respecto de determinados acuerdos de la junta general de EDP, la no aplicación al Estado portugués del límite de voto del 5% y el derecho de nombrar a un administrador, cuando el Estado haya votado en contra de la lista de administradores aprobada, constituyen restricciones a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.
- 65 Por otra parte, la afirmación anterior no puede ponerse en tela de juicio por las alegaciones de la República Portuguesa basadas en la aplicabilidad de la supuesta lógica subyacente a la sentencia Keck y Mithouard, antes citada.
- 66 A este respecto, procede destacar que las medidas nacionales controvertidas no son análogas a las normas relativas a las modalidades de venta, que el Tribunal de Justicia en la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, consideró no incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

67 En efecto, según dicha sentencia, no puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones 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, que 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 no puede impedir el acceso de estos últimos al mercado del Estado miembro de importación o dificultarlo más que al de los productos nacionales. (sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. p. I-1141, apartado 37).

68 Ahora bien, en el presente caso, si bien es cierto que las disposiciones nacionales controvertidas son indistintamente aplicables tanto a los residentes como a los no residentes, es necesario señalar que afectan a la situación del adquirente de una participación como tal, de modo que pueden disuadir a los inversores de otros Estados miembros de efectuar tales inversiones y, en consecuencia, condicionar el acceso al mercado (véanse las sentencias, antes citadas, de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartado 61 y jurisprudencia citada, y de 8 de julio de 2010, *Comisión/Portugal*, apartado 67).

69 Por otra parte, la afirmación de que dichas disposiciones nacionales constituyen restricciones a la libre circulación de capitales no puede verse cuestionada por la alegación de la República Portuguesa de que los derechos especiales controvertidos no afectan en modo alguno a las inversiones directas ni a las inversiones de cartera en EDP, dado que las acciones de esta última figuran entre las más adquiridas en la Bolsa de Lisboa, por lo que un gran número de ellas está en manos de inversores extranjeros.

70 Es preciso señalar, como se ha mencionado en los apartados 56 y 58 de la presente sentencia, que las disposiciones nacionales controvertidas reducen el interés en adquirir una participación en el capital social de EDP, en la medida en que crean instrumentos que pueden limitar la posibilidad de los inversores de participar en dicho capital para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos con ésta, que permitan participar de forma efectiva en la gestión o en el control de tal sociedad (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 54).

71 Esta constatación no resulta menoscabada por la presencia, en el accionariado de EDP, de un cierto número de inversores directos. En efecto, esta circunstancia no puede desvirtuar la conclusión de que, debido a las disposiciones nacionales controvertidas, inversores directos de otros Estados miembros, actuales o potenciales, han podido verse disuadidos de adquirir una participación en el capital de esta sociedad para crear o mantener vínculos económicos duraderos y directos con ésta, que permitan participar de forma efectiva en su gestión o en su control, a pesar de que el principio de la libre circulación de capitales y la protección que éste les confiere debían ampararles (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 55).

72 En atención a las consideraciones anteriores, procede declarar que la posesión por el Estado portugués de acciones privilegiadas, junto con los derechos especiales que tales acciones confieren a su titular, constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.

Sobre la justificación de las restricciones

Alegaciones de las partes

- 73 La Comisión estima que restricciones como las establecidas por las disposiciones nacionales controvertidas no se justifican por ninguno de los objetivos de interés general invocados por la República Portuguesa y que, en cualquier caso, violan el principio de proporcionalidad.
- 74 Por lo que se refiere a la necesidad de garantizar la seguridad del abastecimiento energético de la República Portuguesa, la Comisión subraya que tal seguridad no se inscribe en el ámbito de la seguridad pública en el sentido del Tratado, contrariamente a lo que alega dicho Estado miembro. A este respecto, la Comisión estima que, en contra de lo exigido por la jurisprudencia y, en particular, los apartados 71 y 72 de la sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, el Estado portugués no ha demostrado la existencia de una «amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» que pueda justificar los derechos controvertidos por razones de seguridad y de orden público.
- 75 La Comisión considera que la República Portuguesa podría reaccionar ante cualquier amenaza real sobre la seguridad del abastecimiento energético mediante el sistema de regulación que instituye su Derecho administrativo y no mediante derechos especiales concedidos en el capital social de EDP –vinculados a acciones privilegiadas– y, por tanto, sin obstaculizar la libre circulación de capitales ni el derecho de establecimiento.

- 76 La Comisión niega asimismo que las actividades de EDP sean de servicio público. Dicha institución estima que el suministro de energía eléctrica y de gas son servicios de interés general, pero no constituyen un servicio público. Respecto de tales servicios de interés general, el Estado tiene una responsabilidad de garantía, es decir, que estos servicios pueden ser prestados por entidades privadas. En cuanto a las actividades de EDP, a saber, las de distribución y venta de último recurso, están cubiertas por la responsabilidad del Estado, cuyo instrumento esencial es la garantía del buen funcionamiento de su sistema de regulación del abastecimiento energético y no la adquisición de participaciones específicas del Estado en las sociedades de que se trate.
- 77 La Comisión alega asimismo que, en cualquier caso, las disposiciones nacionales controvertidas violan el principio de proporcionalidad. El ejercicio de los derechos especiales de que se trata no está sujeto a ningún criterio objetivo y preciso que oriente la aplicación del régimen creado, salvo el requisito de que tales derechos sean ejercidos únicamente cuando así lo exijan razones de interés nacional. Ahora bien, aun suponiendo que sean legítimos los objetivos invocados por la República Portuguesa, una facultad con tal carácter discrecional excedería de lo necesario para alcanzarlos.
- 78 Por último, la Comisión refuta el razonamiento de la República Portuguesa respecto de la aplicabilidad del artículo 86 CE, apartado 2, alegando que ésta no tiene debidamente en cuenta el marco en el que se incardina dicha disposición.
- 79 La República Portuguesa subraya que, aun suponiendo que los derechos especiales de que dispone el Estado en el capital social de EDP constituyan restricciones a las libertades invocadas por la Comisión, tales restricciones se justifican por razones imperiosas de interés general. En efecto, en primer lugar, remitiéndose a la sentencia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil y otros* (72/83, Rec. p. 2727), dicho Estado miembro destaca que las medidas nacionales controvertidas tienen por objeto garantizar la seguridad del abastecimiento energético del país, que constituye un interés de seguridad

pública. El Estado portugués aduce asimismo como justificación que los derechos especiales de que dispone se refieren a actividades sometidas a obligaciones de servicio público y por ello están, en cualquier caso, justificados por el artículo 58 CE, apartado 1, letra b), y el artículo 46 CE, apartado 1.

80 Además, la República Portuguesa precisa que conserva, en la medida en que el Derecho de la Unión –en su estado actual– no contiene normas ni medidas que garanticen suficientemente la seguridad del abastecimiento energético de los Estados miembros, la potestad y el correspondiente deber, que le impone tanto el Derecho nacional como el Derecho de la Unión, de adoptar las medidas nacionales adecuadas para garantizar la protección de ese interés fundamental para la sociedad, con observancia de las normas del Tratado, como se deduce de la sentencia *Campus Oil* y otros, antes citada.

81 Por otra parte, la República Portuguesa alega que estos derechos especiales son instrumentos adecuados para proteger la seguridad del sector energético en Portugal que respetan el principio de proporcionalidad, dado que no existen medios menos restrictivos que permitan oponerse a la adopción de acuerdos de los órganos rectores de una sociedad como EDP que puedan afectar a la regularidad, seguridad y continuidad del abastecimiento energético.

82 Además, según la República Portuguesa, las disposiciones nacionales controvertidas son necesarias para permitir a EDP realizar las misiones de servicio de interés económico general que le han sido confiadas por el Estado portugués en virtud del artículo 86 CE, apartado 2. Si se declarase que tales disposiciones son contrarias a los artículos 43 CE y 56 CE, la aplicación de estos artículos constituiría una traba a la misión de servicio de interés económico general –en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2– confiada a EDP. En todo caso, el mantenimiento en vigor de dichas disposiciones nacionales, que confieren derechos especiales al Estado portugués, no afecta a los intercambios en la Unión ni al interés de ésta. Por otra parte, corresponde a la

Comisión precisar el interés de la Unión en base al cual debe apreciarse la eventual incidencia en los intercambios que pueda resultar de la existencia de derechos del Estado portugués en EDP, de modo que la Comisión no cumple con la carga de la prueba que le incumbe en virtud del artículo 226 CE.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- ⁸³ Es jurisprudencia consolidada que las medidas nacionales que restringen la libre circulación de capitales pueden verse justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse las sentencias, antes citadas, Comisión/Alemania, apartados 72 y 73 y la jurisprudencia citada, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, apartado 69).
- ⁸⁴ Por lo que se refiere a las excepciones permitidas por el artículo 58 CE, no puede negarse que el objetivo invocado por la República Portuguesa de garantizar la seguridad del abastecimiento energético de dicho Estado miembro en caso de crisis, guerra o terrorismo, puede constituir una razón de seguridad pública (véanse las sentencias, antes citadas, de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, apartado 38, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, apartado 72) y justificar, eventualmente, un obstáculo a la libre circulación de capitales. Por otro lado, la importancia que los Estados miembros y la Unión conceden a la protección de la seguridad del abastecimiento energético se pone de manifiesto especialmente en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para

el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO L 211, p. 55).

⁸⁵ No obstante, las exigencias de seguridad pública, en particular, como excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, deben 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 Unión. 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 de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, Rec. p. I-1335, apartado 17, y de 8 de julio de 2010, *Comisión/Portugal*, antes citada, apartado 73).

⁸⁶ A este respecto, la República Portuguesa alega que tal amenaza no tiene que ser inmediata, habida cuenta de la importancia crucial de la energía eléctrica y del gas natural en todas las economías y sociedades contemporáneas. Afirma que, dada la obligación de todo Estado miembro de garantizar la seguridad de un abastecimiento regular y continuo de electricidad y gas natural, es legítimo que el Estado se dote de los medios necesarios para garantizar el interés fundamental de la seguridad del abastecimiento, aun cuando no exista una amenaza inminente. A este respecto, en la medida en que no se puede excluir el riesgo de amenazas graves para la seguridad del abastecimiento energético y en que tales amenazas son, por definición, súbitas y, en la mayoría de los casos, imprevisibles, corresponde al Estado miembro de que se trate velar por que se establezcan instrumentos adecuados que permitan reaccionar rápida y eficazmente a fin de garantizar la seguridad y continuidad del abastecimiento.

- 87 Esta alegación no carece totalmente de fundamento. Sin embargo, al haberse limitado la República Portuguesa a invocar el motivo relativo a la seguridad del abastecimiento energético, sin precisar las razones exactas por las que considera que cada uno de los derechos especiales controvertidos o todos ellos permiten evitar tal menoscabo a un interés fundamental de la sociedad, no puede admitirse en este caso una justificación basada en la seguridad pública.
- 88 Además, carece por completo de pertinencia la alegación de la República Portuguesa según la cual el Derecho de la Unión –en su estado actual– no garantiza suficientemente la seguridad del abastecimiento energético de los Estados miembros, lo que a su juicio le obliga a adoptar las medidas nacionales pertinentes a fin de garantizar la protección de dicho interés fundamental para la sociedad.
- 89 Aun admitiendo que, con arreglo a las normas del Derecho derivado de la Unión, los Estados miembros estuvieran obligados a garantizar el abastecimiento energético en su territorio nacional, como alega la República Portuguesa, no puede invocarse el cumplimiento de tal obligación para justificar cualquier medida en principio contraria a una libertad fundamental.
- 90 Por otra parte, respecto a la proporcionalidad de las disposiciones nacionales controvertidas, debe destacarse, como sostiene acertadamente la Comisión, que el ejercicio de los derechos especiales que confiere al Estado portugués la posesión de acciones privilegiadas del capital social de EDP no está sujeto a ningún requisito ni circunstancia específica y objetiva, en contra de lo que afirma el Estado miembro demandado.

- 91 En efecto, si bien el artículo 15, apartado 3, de la LQP dispone que la creación de acciones privilegiadas en el capital social de EDP, que confieren derechos especiales al Estado portugués, está supeditada al requisito –formulado de manera muy general e imprecisa– de que lo exijan razones de interés nacional, procede señalar no obstante que ni dicha Ley ni los estatutos de EDP establecen criterios relativos a las circunstancias específicas en las que deben ejercerse esos derechos especiales (véase la sentencia de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia, antes citada, apartado 51). Lo mismo se aplica al mencionado artículo 15, apartado 1, por cuanto esta disposición somete el nombramiento de un administrador por el Estado portugués a un requisito –formulado también de manera muy general e imprecisa– relativo a la protección del interés general.
- 92 Así pues, esta incertidumbre constituye un menoscabo considerable de la libre circulación de capitales en la medida en que confiere a las autoridades nacionales, respecto del ejercicio de los referidos derechos, un margen de apreciación con tal carácter discrecional que dicho margen no puede considerarse proporcionado en relación con los objetivos perseguidos (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia, antes citada, apartado 52).
- 93 Por último, respecto a la justificación basada en el artículo 86 CE, apartado 2, procede señalar que esta disposición, interpretada en relación con el apartado 1 del mismo artículo, puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro, a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos especiales o exclusivos contrarios a las normas del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios comerciales no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Unión (sentencias de 17 de mayo de 2001, TNT Traco, C-340/99, Rec. p. I-4109, apartado 52; de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, Rec. p. I-12175, apartado 78, y de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Rec. p. I-9021, apartado 44).

- ⁹⁴ En este caso, no obstante, debe señalarse que ese no es el objeto de las disposiciones de la normativa nacional controvertida en el presente procedimiento por incumplimiento entablado contra la República Portuguesa.
- ⁹⁵ En efecto, como sostiene acertadamente la Comisión, dicho procedimiento no versa sobre la concesión de derechos especiales o exclusivos a EDP ni sobre la calificación de las actividades de ésta como servicios de interés económico general, sino que se refiere a la legalidad de la atribución al Estado portugués, en su calidad de accionista de esa sociedad, de derechos especiales en relación con las acciones privilegiadas poseídas por el mismo en el capital social de EDP.
- ⁹⁶ De ello se infiere que el artículo 86 CE, apartado 2, no es aplicable a una situación como la del caso de autos y, por tanto, no puede ser invocado por la República Portuguesa para justificar las disposiciones nacionales controvertidas en la medida en que éstas constituyen restricciones a la libre circulación de capitales consagrada por el Tratado.
- ⁹⁷ Por consiguiente, procede declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al mantener en EDP derechos especiales como los previstos en el presente asunto por la LQP, el Decreto-ley nº 141/2000 y los estatutos de esa sociedad en favor del Estado portugués y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas poseídas por dicho Estado en el capital social de la referida sociedad.

Sobre el incumplimiento de las obligaciones resultantes del artículo 43 CE

- 98 La Comisión solicita asimismo que se declare el incumplimiento de las obligaciones que incumben a la República Portuguesa en virtud del artículo 43 CE, ya que la atribución de derechos especiales al Estado portugués, en relación con las acciones privilegiadas que éste posee, puede impedir a los demás accionistas ejercer una influencia real en las decisiones de EDP y, por tanto, determinar las actividades de ésta.
- 99 A este respecto, basta con señalar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las restricciones a la libertad de establecimiento impuestas por las medidas nacionales controvertidas son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales examinados en los apartados 45 a 72 de la presente sentencia, a los que se encuentran indisolublemente ligadas. En consecuencia, una vez demostrada la vulneración del artículo 56 CE, apartado 1, no es necesario analizar separadamente las medidas controvertidas a la luz de las normas del Tratado relativas a la libertad de establecimiento (véanse en particular las sentencias, antes citadas, de 13 de mayo de 2003, Comisión/España, apartado 86; Comisión/Países Bajos, apartado 43, y de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, apartado 80).

Costas

- 100 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. Puesto que la Comisión ha pedido que se condene a la República Portuguesa y han sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

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

- 1) **Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al mantener en EDP – Energias de Portugal derechos especiales como los previstos en el presente asunto por la Lei n° 11/90, Lei Quadro das Privatizações (Ley marco relativa a las privatizaciones), de 5 de abril de 1990, el Decreto-ley n° 141/2000, de 15 de julio de 2000, por el que se aprueba la cuarta fase del proceso de reprivatización del capital social de EDP – Electricidad de Portugal SA, y los estatutos de esa sociedad en favor del Estado portugués y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas («golden shares») poseídas por dicho Estado en el capital social de la referida sociedad.**

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

Firmas