

TRIBUNAS

»Portugal desafía a la Comisión Europea con su veto a Telefónica.

Patricia Liñán
Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Departamento de Derecho de la Competencia
El Economista, 5 de julio, pág. 6

Las 500 acciones clase A que Portugal conservó en PT tras su privatización le conceden un derecho de veto sobre, entre otras decisiones de la compañía, la de vender participaciones de sus filiales. Y el Gobierno portugués ya ha anunciado que lo piensa ejercer para evitar que Telefónica compre la participación (indirecta) de PT en Vivo.

Estos derechos especiales estatales en empresas privatizadas se conocen como acciones “específicas o “de oro”. La mayoría de ellas son, como ha establecido el Tribunal de Justicia europeo (TJ), contrarias a la libertad de circulación de capitales (también, a la de establecimiento) garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), porque hacen menos atractiva la adquisición de participaciones en las empresas europeas por parte de nacionales de otros Estados miembros.

Tres aclaraciones sobre la jurisprudencia europea al respecto. Primera, basta con que el Estado tenga reservados esos poderes especiales, aunque no se ejerzan, para entender que hay una restricción. Segunda, existe infracción aunque la restricción se aplique indistintamente a particulares nacionales y a extranjeros (no se prohíbe sólo la discriminación). Y, tercera, aunque cabe que el Estado justifique la restricción por razones de interés general, los requisitos que el TJ exige para admitir tales justificaciones son muy estrictos.

Sobre la base de esta jurisprudencia, la Comisión Europea llevó, en enero de 2008, a la República de Portugal ante la



jurisdicción europea, iniciándose un procedimiento que acabará (parece ser que, en breve) en una sentencia en la que el TJ podría declarar que la acción de oro en PT infringe el TFUE.

La aparente fragilidad de los argumentos aportados por la República portuguesa en su defensa frente a la solidez de la jurisprudencia comunitaria sobre las acciones de oro hacen previsible que la sentencia del TJ condene una vez más a Portugal por mantener mecanismos de control sobre empresas privatizadas incompatibles con la libertad de circulación de capitales (ya le condenó en 2002 por el régimen de autorización previa de decisiones en su empresas privatizadas y tiene abiertos otros procedimientos relativos a EDP y GALP).

De la forma más sencilla posible, el primero de los argumentos de Portugal es que la medida no es imputable al Estado porque, dice, se encuentra en los estatutos sociales y no en una norma estatal. Al respecto, cabe apuntar que no sería la primera vez que el TJ condena una golden share incluida en los estatutos de una sociedad (por ejemplo, aunque con alguna particularidad, en el caso de la British Airport Authority). El AG tampoco parece seducido por este argumento. En su opinión, es evidente que el origen de los poderes exorbitantes del Gobierno portugués en PT se halla en una norma estatal, aunque ahora se refleje en los estatutos.

Tampoco los motivos alegados por Portugal para justificar la restricción parecen admisibles. Fundamentalmente, Portugal argumenta que la restricción está justificada por la necesidad de proteger la seguridad pública, la competencia, el servicio universal de telecomunicaciones y la imper turbabilidad del mercado de capitales. Primero, cabría preguntarse si las decisiones de PT que se someten a veto gubernamental pueden poner, de verdad, en riesgo dichos intereses. En segundo, en todo caso, lo cierto es que la medida probablemente suspenda el (exigente) test de proporcionalidad que el TJ aplica para considerar admisible una restricción. El test de proporcionalidad consiste, básicamente, en determinar si la restricción es necesaria, adecuada para la protección del interés en cuestión y si no existen otros medios menos restrictivos para conseguir dicha protección. Así las cosas, en la medida en que existe normativa europea que ya tiene por objeto la protección del interés alegado, la restricción estatal suele considerarse innecesaria. Esto ha llevado en casos anteriores al rechazo, por ejemplo, de la protección de la competencia como interés que pueda justificar una restricción a las libertades de circulación europeas. En todo caso, es difícil que la concesión al Estado de un derecho de veto sobre decisiones de una empresa privada supere el test de proporcionalidad en sentido estricto: hay otras maneras para proteger los intereses alegados como, por ejemplo, mediante la supervisión de la actuación de las empresas por los reguladores nacionales, como señala el AG.

Finalmente, la infracción del Derecho europeo tiene consecuencias jurídicas. En primer lugar, una sentencia declarando la infracción obligaría teóricamente a PT no sólo a suprimir a futuro la acción de veto sino también a remover todos los efectos derivados de su aplicación (por ejemplo, retirar el veto ejercido sobre la base de la misma). Incluso antes de dictarse la sentencia, el particular afectado por la restricción podría invocar el artículo 63 TFUE ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a una medida contraria a la libre circulación de capitales. En segundo lugar, se podrían reclamar daños y perjuicios contra el Estado. Desde un punto de vista práctico, no se puede negar que ni lo anterior ni la posibilidad de que el TJ imponga cuantiosas multas por el incumplimiento de sus sentencias, ha frenado a algunos Gobiernos europeos a la hora de impedir la entrada de capital extranjero en sectores estratégicos de las economías de sus Estados.

Más información

Patricia Liñán

patricia.linan@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España

T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, experiencia e innovación, como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con más de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS, organización de los mayores despachos europeos independientes y cuya ambición es ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com

CMS oficinas y oficinas asociadas: **Ámsterdam, Berlin, Bruselas, Londres, Madrid, París, Rome, Viena, Zurich**, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Munich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofia, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.