

EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA DE LA LEY 5/1995, DE 23 DE MARZO, COMO MECANISMO JURÍDICO COMPLEMENTARIO A LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Secretario General Técnico. Ministerio de Hacienda

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La historia de la intervención del Estado en la economía, profundamente analizada entre nosotros por los más prestigiosos autores de la doctrina administrativista¹, tiene uno de sus hitos fundamentales en la asunción por los poderes públicos de un protagonismo directo en la economía, bien por haberse reservado un completo sector de actividad, en el fenómeno que VILLAR PALASÍ denominó *publicatio* bien por la asunción —originaria o sobrevenida— de la titularidad de activos empresariales, no siempre debida a planteamientos estratégicos o ideológicos sino provocada por situaciones de crisis empresarial con importantes efectos sociales o económicos. En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ² puntualizó que «la crisis industrial ha constituido el factor singular más significativo de un crecimiento de la empresa pública que pudiera denominarse “cancerígeno” por absorción de sectores en crisis».

Sería probablemente útil, a los efectos de este trabajo, olvidar estos supuestos de «absorción» o «incorporación» indeseada de empresas por el sector público para referirnos exclusivamente a los supuestos en que los poderes públicos, mediante una actuación administrativa plenamente deliberada, se reservan para sí —directa o indirectamente— la producción de determinados bienes o la prestación de ciertos servicios.

¹ Por ejemplo, la obra de Ramón MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Civitas, 1974; Santiago MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, 1988; Gaspar ARIÑO, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Marcial Pons, 1993; la obra de este último autor junto con Juan Miguel DE LA CUÉTARA y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997, y también, la obra en cuatro tomos de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, Marcial Pons, 1998, entre otras muchas y por todas ellas.

² J. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Política empresarial pública: tiempos de capitulación (1974-1984)», *Información Comercial Española*, núms. 617-618, enero-febrero 1985.

Salvo puntuales excepciones, estos supuestos coinciden con los denominados «sectores estratégicos», tradicionalmente considerados —hasta un pasado no muy lejano— «monopolios naturales» en los que la introducción de competencia se consideraba imposible o, en el mejor de los casos, ineficiente.

No sería fácil deslindar hasta qué punto fueron los avances tecnológicos, el desarrollo de la economía o los efectos de la liberalización auspiciada desde la Comisión Europea, entre otros factores, los que modificaron estos planteamientos, abriendo las puertas, aunque tímidamente, a los primeros pasos en el camino de la liberalización. Posiblemente deba atribuirse la «reconsideración» de esos viejos principios a una saludable combinación de todos esos factores, a los que no puede considerarse lógicamente extraña la propia madurez de las distintas empresas y sectores. Como había sucedido en muchos otros países, la liberalización vino acompañada de la privatización, aunque la autonomía entre uno y otro proceso sea bien conocida.

De este modo, y en un proceso relativamente rápido, la economía española pasó de contar con un sector público empresarial que controlaba directamente una parte fundamental del tejido productivo español —y, singularmente, los sectores estratégicos en la producción de bienes y servicios de transporte, energía, telecomunicaciones, etc.— a vivir un decidido proceso privatizador, intensificando a partir de 1996, como resultado de la incorporación de la privatización como una herramienta básica de la política económica que permitía simultáneamente reducir el déficit público —y con él la presión del sector público sobre los tipos de interés— y aumentar la eficiencia de sectores productivos básicos de la economía española. Este proceso condujo a una significativa reducción del peso del sector público en el producto interior bruto español y, lo que es más importante, ha permitido convertir a las grandes empresas públicas españolas, aparentemente poco preparadas para sobrevivir en un entorno competitivo, en compañías multinacionales que se han situado en posiciones protagonistas en el ámbito internacional.

No obstante, la privatización de una empresa a través de la enajenación de las participaciones que anteriormente ostentaba una Administración Pública no constituye en todos los casos el final de la peculiar relación que había venido vinculando a una y otra.

Si pensamos en algunas compañías privatizadas (Telefónica, Repsol, Argentaria, Endesa, Tabacalera, Iberia...) desconociendo la historia de sus relaciones con el Estado, podría pensarse que su relación se resume en un constante y unilateral flujo de beneficios desde la empresa hacia la Administración que, directa o indirectamente, ostentaba la titularidad de la mayoría de su capital social. Antes al contrario, en el nacimiento y la evolución de la mayor parte de las empresas privatizadas se encuentra una decidida e intensa actividad administrativa, tanto en el orden jurídico (generación de un marco jurídico garantizador de la posición monopolista de la sociedad) como en el puramente material (suscripción de amplia-

ciones de capital tendentes a la reestructuración empresarial, el aumento de la productividad...).

Por otra parte, no pocas de estas empresas conservan una de sus notas características: su carácter básico para la economía nacional derivado de su peso en sectores estratégicos como el de transportes, energía, telecomunicaciones o sector financiero.

La combinación de ambas circunstancias determina que el Estado no pueda, sin más, desligarse de estas empresas una vez concluido el vínculo derivado de la titularidad dominical. El Estado se encuentra obligado con los ciudadanos no sólo a realizar la enajenación de las participaciones empresariales en condiciones tales que se garantice el mantenimiento de los puestos de trabajo, la conservación de una actividad económica esencial y se obtenga el máximo beneficio para las arcas estatales, sino que también debe asegurarse de que esas empresas se encuentran en condiciones adecuadas para competir en mercados ya liberalizados, que lo harán sin desventajas, pero, a la vez, sin aprovechar las que pudieran derivarse de su antigua pertenencia al sector público estatal (ya se tratase de privilegios jurídicos o económicos); y, sobre todo, debe garantizarse que el intenso esfuerzo realizado por la sociedad en tiempos anteriores (incluido el sacrificio que para los consumidores supuso una situación de monopolio de la que se derivaron altos precios y servicios que no siempre tenían la calidad suficiente) no terminará por agotar sus efectos en la rápida generación de beneficios (en forma de plusvalías) para los compradores o por perjudicar a esos mismos consumidores en cuyo esfuerzo se encontró el punto de partida para la capitalización de esas empresas.

Es evidente que el marco jurídico «ordinario» en el que se desenvuelve el conjunto de la actividad empresarial supone ya una limitación importante a toda actuación abusiva. Esta protección que arranca ya desde la legislación societaria, encuentra refuerzos y apoyos de eficacia considerable en la normativa tributaria, social e incluso penal (régimen de responsabilidad de los administradores y, en general, y muy particularmente con el Código Penal de 1995, inclusión de un buen número de tipos penales conocidos como «delitos societarios»). Lógicamente esa limitación tiene uno de los elementos esenciales en la política de defensa de la competencia y en el que es su instrumento jurídico: el Derecho de la competencia.

No obstante, las peculiaridades de estas empresas privatizadas y de los sectores en que se desenvuelven hacen que los instrumentos propios de la defensa de la competencia puedan no ser suficientes y ello, básicamente, por el hecho, a veces olvidado, de que la intervención de las autoridades de defensa de la competencia se produce en supuestos muy concretos, predeterminados normativamente, y que, tanto por la configuración jurídica de los procedimientos, como por la propia necesidad de realizar una serie de actuaciones administrativas con carácter previo a toda resolución (incluso cautelar), su eficacia suele desplegarse en un

momento posterior al de la realización de las conductas o la adopción de los acuerdos. Sin embargo, existen sectores en los que puede ser conveniente reforzar los sistemas de protección de los intereses generales y de la libre competencia a través de instrumentos específicos, insertos en la regulación sectorial, que desempeñan un papel complementario al de la regulación general.

En este sentido, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ³ realizó una interesante distinción entre los mecanismos necesarios para la introducción de competencia en los «sectores normales» y en los «sectores monopolizados», afirmando que para introducir competencia en los primeros bastaba con la liberalización, acompañada de la utilización de los instrumentos de defensa de la competencia, mientras que en los segundos (monopolios) la aplicación de esta fórmula estaría condenada al fracaso. En estos supuestos, sostiene, y aun cuando se utilicen mecanismos tradicionales de la defensa de la competencia, la clave se encuentra en que los instrumentos jurídicos de protección de la competencia actúen *a priori* y no *a posteriori*. Es decir, no se trataría tanto de reaccionar frente a una determinada conducta o acción, sino de diseñar una nueva estructura empresarial para el sector que se desmonopoliza.

Esta reflexión nos parece particularmente atinada, pues ilustra acerca de la necesidad de establecer mecanismos reforzados de introducción y protección de la competencia en los antiguos sectores monopolizados, resultando determinante para su eficacia el que pudieran desplegar su eficacia *a priori* y no como consecuencia de las decisiones ya adoptadas por los operadores. De este modo, los sectores a los que pertenecen esas empresas, los sectores regulados, se caracterizan por el establecimiento de un régimen particularmente riguroso que, por ejemplo, limita la entrada de socios extranjeros (no comunitarios), o evita la participación relevante de una compañía en varios operadores en sectores estratégicos. Entre esos mecanismos «complementarios» a la política de defensa de la competencia se encuentra, a nuestro juicio, el mecanismo jurídico usualmente denominado «*golden share*».

Lo expuesto no equivale a sostener (sería, probablemente, absurdo) que los mecanismos de *golden share* tengan por único objetivo la defensa de la competencia. El objetivo fundamental en la práctica totalidad de los casos se encuentra en la protección de intereses generales. No obstante, la relevancia de estos instrumentos jurídicos como complemento a los mecanismos de defensa de la competencia nos parece insuficientemente resaltada, siendo propósito de estas líneas, precisamente, destacar esta vertiente trascendental.

En cualquier caso, resulta oportuno puntualizar que, bajo la común denominación de *golden share*, se han establecido en distintos ordenamientos mecanismos jurídicos de muy distinta naturaleza, lo que hace

³ M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», *Anuario de Defensa de la Competencia*, 1996, pp. 59-69.

conveniente aclarar que, como sucede en el caso español, los supuestos en que los instrumentos establecidos se encuentran insertos en los mecanismos administrativos de intervención en la economía, no pueden ser correctamente denominados de ese modo, puesto que se configuran como una potestad administrativa, la de autorizar determinadas operaciones con carácter previo, enteramente independiente del hecho de que el Estado mantenga o no una posición de titularidad dominical de la empresa. Es decir, a diferencia de lo que sucede en algunos países anglosajones, no se trata de la concesión a un accionista —la Administración Pública— de unos derechos políticos o económicos reforzados en relación con su efectiva participación en el capital social, sino de un mecanismo de autorización administrativa previa a la toma de ciertas decisiones empresariales, completamente independiente del dato, en ocasiones escasamente relevante, del mantenimiento de pequeños porcentajes de participación en el capital social, por lo que la denominación *golden share* resulta, en no pocos casos, inexacta.

Tras la necesidad de adoptar medidas de este tipo, sentida en prácticamente todos los Estados que han abordado procesos de privatización de intensidad comparable a la del español, se encuentra, entre otras razones, el deseo de proteger los intereses generales en cuanto a la continuidad con las debidas garantías de precio y calidad de servicios esenciales para la comunidad. Si en el origen de la reserva al sector público de una actividad o de la asunción de la titularidad dominical de activos empresariales o participaciones en empresas se encontraba, junto a otros argumentos de importancia no menor, la necesidad de garantizar a los ciudadanos un estándar mínimo en la prestación de servicios esenciales, ¿por qué considerar que esa necesidad debe desaparecer inexcusablemente como consecuencia del cambio de titularidad —de manos públicas o privadas— de esos activos empresariales? Por el contrario, parece más lógico pensar que aquellas necesidades que en su momento justificaron la asunción directa por el Estado de un determinado sector de actividad económica o de un activo empresarial justifican igualmente el establecimiento de mecanismos jurídicos de protección que garanticen los derechos de los ciudadanos como consumidores y usuarios de los productos y servicios de que se trate en cada caso.

Como decimos, no se trata de una preocupación exclusivamente española. Antes al contrario, bajo diferentes formas jurídicas, y utilizando denominaciones distintas (en cada caso adaptadas a la propia configuración del Derecho societario y el Derecho administrativo), el Reino Unido, Francia, Bélgica, Dinamarca, Portugal y España, entre otros Estados, han establecido mecanismos jurídicos diversos para garantizar fines próximos a los hasta aquí expuestos, si bien, también en cuanto a éstos, habría que realizar importantes matizaciones, especialmente trascendentales en cuanto a la compatibilidad de estos instrumentos con el Derecho comunitario si tenemos en cuenta que en alguno de esos Estados el carácter nacional de los agentes participantes en determinadas operaciones

—aun cuando se tratase de operadores comunitarios— es un dato relevante a la hora de activar los mecanismos de protección. Otros matices de interés derivan, como se ha anticipado, de la configuración de estos mecanismos como un reforzamiento de la posición jurídica de un accionista (en cuyo caso podría hablarse con corrección de una «acción de oro») o como un instrumento de intervención administrativa⁴. Por último, otras distinciones de interés apuntan a la diferenciación entre los supuestos en que dichos mecanismos provocan o no un efecto suspensivo sobre las decisiones o actuaciones de los distintos operadores.

2. EL MECANISMO JURÍDICO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA CONOCIDO COMO «GOLDEN SHARE»

El origen del mecanismo jurídico conocido como *golden share* se encuentra en los procesos privatizadores emprendidos en la Gran Bretaña de los años 80 bajo el mandato de Margaret Thatcher. En su primera versión se trataba de un mecanismo ligado a la titularidad de una participación en el capital que llevaba aparejada (de ahí la expresiva denominación anglosajona) la atribución de poderes extraordinarios que implicaban la existencia de un auténtico «derecho de veto» del Gobierno británico frente a determinadas operaciones empresariales.

La evidente utilidad del instrumento hizo que rápidamente rebasara las fronteras del Reino Unido, extendiéndose a la Europa continental de la mano de los primeros pasos de los procesos privatizadores que comenzaban a producirse en distintos Estados europeos.

Como no podía ser de otra manera, el paso de un Estado de *common law* a los Estados en que regían derechos de corte continental —como sucede en varios de los casos enumerados— determinó que la *golden share* se alejase de su primitivo origen «cuasi mercantil» (de hecho, «la acción de oro», también conocida como «acción especial» no representaba el ejercicio de poderes exorbitantes por parte de la Administración, sino, más bien, el reconocimiento de un estatuto singular a un accionista (público) mediante instrumentos jurídicos no enteramente extraños al Derecho mercantil, como era la modificación de los estatutos sociales).

Tal vez como consecuencia de su configuración jurídica (singular para cada empresa o grupo de empresas) el diseño de la *golden share* en las compañías privatizadas en Gran Bretaña no responde, a diferencia del caso español, a un diseño uniforme. Antes al contrario, y como destacan ÁLVAREZ y CALLEJA⁵, el establecimiento de la acción especial en el Reino Unido ha tratado de respetar la legislación mercantil en materia de socie-

⁴ Aunque pueda parecer innecesario, me apresuro aclarar que utilizo esta expresión en su sentido más preciso desde un punto de vista jurídico-administrativo, a no confundir con interesadas alusiones al «intervencionismo estatal» como actitud o política de un Gobierno determinado.

⁵ E. ÁLVAREZ y A. CALLEJA, «Privatizaciones y el sistema de la acción especial (*golden share*)», *Revista Economistas*, núm. 63, 1995, pp. 44-63.

dades y, singularmente, las posibilidades que ésta contempla para limitar las actividades, la gestión o la participación en una sociedad, las facultades de los distintos órganos de regulación sectorial, y las de los órganos de supervisión del funcionamiento de los mercados de valores y otras instituciones públicas.

Naturalmente, al tener en cuenta la normativa aplicable a cada específico sector de actividad, conciliando el mecanismo de la acción especial con las competencias de cada órgano administrativo o institución pública encargada de la regulación y supervisión de las distintas actividades y sectores, el abanico de las medidas concretamente adoptadas en cada empresa privatizada es extraordinariamente variado. Así, en el caso de BT, llegaron a introducirse cláusulas en virtud de las cuales el consejero delegado de la compañía debía ser ciudadano británico, reconociéndose al Gobierno el derecho a nombrar a un cierto número de consejeros de la sociedad. En otros casos, el mecanismo consiste en la atribución de los derechos políticos de los accionistas que superasen un 15 por 100 de participación en el capital —en la parte correspondiente a las acciones que superasen ese porcentaje— al titular de la acción especial.

También existe una importante diferencia en el plazo de vigencia de la acción especial, indefinido en no pocos casos (lo que es coherente con la configuración «mercantil» y no «administrativa» del mecanismo) y de duración variable en otros.

En su paso al resto de los Estados europeos, la *golden share* asumió —con distintos matices en cada caso— los ropajes propios de una institución del Derecho administrativo. No se trata del reconocimiento de un estatuto singularizado a un accionista (como sucedía en el Derecho británico), sino de la atribución de una potestad administrativa enteramente independiente de que el Estado conservase o no una participación (en no pocos casos simbólica) en el capital social de una empresa mayoritariamente privatizada. Como dice CANO SOLER⁶, no se trata en estos supuestos de establecer una *golden share* o acción privilegiada, sino simplemente un paso previo de control a la hora de enajenar titularidad pública.

Lo expuesto se explicita con singular claridad con una nueva referencia a la fuente que en cada caso contiene este instrumento de los poderes públicos: los estatutos sociales de las sociedades afectadas en el caso británico y una norma jurídica (de rango legal o reglamentario) en el caso del resto de los Estados europeos.

No obstante, y con independencia de los mecanismos jurídicos utilizados en cada supuesto, es indudable la finalidad común a todos estos instrumentos. Se trata de compaginar la consecución de importantes beneficios desde el punto de vista de los intereses generales con la garantía

⁶ Diego CANO SOLER, *Políticas de privatización. Aproximación teórica. Experiencias prácticas y propuesta para España*, Editorial CES, 1998, p. 238.

de que la pérdida de la titularidad pública no pueda provocar perjuicios a esos mismos intereses como consecuencia de un deterioro en la producción de determinados bienes o en la prestación de ciertos servicios, bien por el aumento de precios o por su menor calidad.

Y es que, como acertadamente sistematizan ÁLVAREZ y CALLEJA⁷, la utilización de los mecanismos jurídicos normalmente conocidos como *golden share* revisten importantes ventajas, como son:

— Al retener únicamente una sola acción con un valor nominal mínimo (o, incluso, no retener, como sucede en el caso español, participación alguna) el Gobierno puede maximizar financieramente la colocación de la empresa en el mercado.

— Al vincularse la utilización de los derechos a casos excepcionales se posibilita que el Gobierno no interfiera en la gestión ordinaria de la compañía ni destine recursos a su dirección y gestión.

— Constituyen un mecanismo de disuasión eficaz frente a los intentos de «inversores no deseados» de llegar a hacerse con el control de las compañías. De hecho, el mayor éxito de la *golden share* reside en este ámbito, pues, formalmente, son muy escasos los supuestos en que ha sido efectivamente utilizada. Uno de estos casos podría ser el freno a operaciones puramente especulativas que no tendiesen al establecimiento o desarrollo de una estrategia empresarial a medio o largo plazo, sino al deseo de obtener beneficios rápidos a través de la generación de importantes plusvalías.

— Salvaguarda de intereses generales compatibles con el interés comunitario.

3. EL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA VIGENTE EN EL CASO ESPAÑOL

En nuestro país, las ventajas que acaban de enumerarse se hicieron bien pronto evidentes, decidiéndose establecer un mecanismo similar al que se estaba constituyendo en otros Estados europeos, optando lógicamente por la fórmula de la autorización administrativa previa, más próxima a nuestra tradición jurídica.

Concretamente, el mecanismo de autorización administrativa previa fue establecido en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, siendo desarrollada por el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre.

Hasta la fecha, este mecanismo de actuación administrativa previa se ha establecido en seis ocasiones:

— El Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, por el que se determinó la aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Repsol, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

⁷ *Op. cit.*, p. 46.

— El Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa, a Corporación Bancaria de España, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

— El Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa, a Tabacalera, S. A.

— El Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa a ENDESA, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

— El Real Decreto 482/1999, de 18 de marzo, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa a Indra Sistemas, S. A., y a determinadas sociedades de su grupo.

— El Real Decreto 343/2001, de 4 de abril, de aplicación de régimen de autorización administrativa previa a Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima.

La redacción de la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, expresa con gran claridad el fundamento del establecimiento del mecanismo de autorización administrativa previa para determinadas operaciones relativas a las empresas privatizadas cuando diferencia la enajenación de participaciones estatales en entidades mercantiles en las que la presencia pública no tiene otro fundamento que la genérica habilitación constitucional para la iniciativa económica, de los casos en que esa presencia tiene por objeto la garantía y realización de un preciso interés público. En este caso, se trata de mantener esa garantía de los intereses generales por mecanismos jurídicos alternativos a la titularidad dominical hasta el momento ostentada.

La opción por el mecanismo jurídico público de la autorización administrativa previa en lugar de por los modelos anglosajones de concesión de poderes especiales asociados a la titularidad de determinadas acciones (la auténtica *golden share*) se realiza, como se ha indicado anteriormente, «por ser la que mejor se acomoda a las características de nuestro sistema jurídico propio».

El sistema establecido en la Ley 5/1995 parte de la delimitación de su ámbito de aplicación subjetivo, que se refiere a las entidades de naturaleza mercantil que en su fecha de entrada en vigor contasen con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social y estuviesen controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil aplicable.

Además, se exige la concurrencia de ciertos requisitos referidos a la actividad de la sociedad: que preste servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales, que desarrolle actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control (sectores regulados) y estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del entonces artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

La aplicación de la Ley se proyecta, igualmente, sobre las sociedades que formen parte del grupo en el que alguna de las entidades descritas

ostentasen una posición dominante en los términos de la legislación del mercado de valores.

Así pues, la normativa se aplica a empresas públicas, en que el Estado ostente una posición «de control», que presten servicios esenciales en sectores regulados y en los que no se hubiera introducido competencia.

Se hace así evidente el carácter restringido del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa: el mecanismo de autorización administrativa previa pretende circunscribirse a un conjunto relativamente reducido de sociedades y no a aquellas en que la reserva al sector público hubiera sido fruto de la historia o de la necesidad de adoptar decisiones de marcado carácter coyuntural.

Pero no basta con los requisitos expuestos para que lo dispuesto en la Ley 5/1995 produzca sus efectos respecto de las empresas públicas: Es igualmente necesaria la concurrencia de lo que el texto legal denomina «el presupuesto de aplicación de la norma», a saber, que en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación la participación pública 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. También se produce el presupuesto de aplicación de la norma cuando, como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social.

Cuando concurren todas estas circunstancias, y así se haya declarado en el Real Decreto que establezca el concreto régimen de autorización administrativa aplicable al caso, la Ley 5/1995 somete al requisito de autorización administrativa previa, bajo sanción de nulidad absoluta en caso contrario, a los siguientes acuerdos adoptados por los órganos sociales:

- La disolución voluntaria, la escisión o la fusión de la sociedad.
- 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.
- La sustitución del objeto social.
- 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 la Ley en un porcentaje igual o superior al 10 por 100.
- 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.

Además de la referida sanción de nulidad para el caso de que la autorización administrativa previa no hubiese sido solicitada u obtenida, la Ley 5/1995 prevé que en el caso de que las adquisiciones de participa-

ciones sociales en las que se rebase el límite fijado al efecto, el adquirente o adquirentes no podrán ejercer en ningún caso los derechos políticos correspondientes al exceso.

La Administración podrá ejercitar las acciones procedentes en derecho para la impugnación de los acuerdos adoptados, así como solicitar la suspensión de los mismos.

El procedimiento de otorgamiento de la autorización administrativa previa, esbozado en la Ley 5/1995, se concreta con mayor detalle en el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, previéndose en ambas normas, y como se ha anticipado, la futura existencia de un Real Decreto para cada supuesto en que pretenda establecerse un sistema de autorización administrativa previa para una empresa o grupo de empresas. Éstos son los Reales Decretos a que se ha hecho referencia anteriormente.

De hecho, el contenido de los distintos Reales Decretos de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a las distintas empresas y grupos de empresas es básicamente coincidente, con los matices derivados de la atribución de la competencia a los órganos del Departamento Ministerial competente en cada caso y del establecimiento de distintos plazos de vigencia del sistema. Puede ser igualmente conveniente hacer constar que este plazo varía de unos supuestos a otros (diez años en el caso de Repsol, S. A., y determinadas sociedades de su grupo o en el caso de Endesa, S. A., y su grupo, cinco años en el reciente caso de Iberia, S. A., o los cuatro años que se establecieron en el caso de Argentaria) y que, una vez fijado, no tiene necesariamente que mantenerse invariable. De hecho, el Real Decreto 67/2000, de 21 de enero, modificó el Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, por el que se aplicó el régimen de autorización administrativa previa a Tabacalera, S. A., de modo que el plazo de vigencia del régimen de autorización, inicialmente fijado en ocho años, pasaba a concluir el 5 de octubre de 2000, lo que nos advierte acerca de una característica relevante del mecanismo de autorización administrativa previa propio del ordenamiento español: su flexibilidad, de modo que las circunstancias de la empresa o del sector en que opera pueden, en cualquier momento, provocar una modificación, o incluso la extinción anticipada del régimen de autorización inicialmente aprobado.

A pesar de las especulaciones que al respecto se han venido produciendo en los medios de comunicación, y de las declaraciones que en algún momento han realizado al respecto importantes responsables políticos (siempre referidas a la utilización de este instrumento como forma de garantía de los intereses generales y, en lo que aquí interesa, de la competencia en un determinado sector o mercado), es lo cierto que, hasta la fecha, el mecanismo de autorización administrativa previa no ha sido utilizado en ningún caso por lo que su eficacia, si es que se ha producido, ha sido meramente disuasoria.

4. EL MECANISMO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA ANTE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

Es llamativo constatar que la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995 contenía una contundente declaración en el sentido de que el mecanismo de protección del interés público con ella introducido es plenamente respetuoso con lo establecido en el entonces artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en consecuencia, no supone vulneración alguna de las normas sobre la competencia.

El texto transcrito evidencia que el legislador español era plenamente consciente de los riesgos que en el ámbito europeo suponía la introducción de un mecanismo como el descrito. Lo cierto es que las instituciones europeas y, particularmente, la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han pronunciado, aunque con importantes matices y diferencias entre unas y otras resoluciones, respecto de la pretendida incompatibilidad de este tipo de mecanismos (o, mejor dicho, respecto de algunos de los mecanismos que hasta el momento se han citado) con el ordenamiento comunitario.

La Comisión Europea ha venido considerando, entre otros argumentos (en el caso español, y como seguidamente se dirá, la Comisión realiza otros reproches relativos a la insuficiente concreción del mecanismo y a su falta de proporcionalidad), que las normas que contienen estos instrumentos resultan contrarias a los artículos 43, 49 y 56 del Tratado CE tras su modificación, y así lo ha ido comunicando a los distintos Estados —entre ellos España— con ocasión de cada acto de establecimiento de un sistema de protección análogo a los descritos.

De hecho, y ante la negativa de los Estados a modificar sus disposiciones en este ámbito, la Comisión ha procedido a la presentación de demandas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las que, en coherencia con lo expuesto, ha sostenido que el establecimiento de estas potestades administrativas de autorización puede entorpecer o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, más concretamente, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

Como no podía ser de otro modo, España ha sido también demandada en junio de 2000 (asunto C-463/00) por considerar que la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas y los Decretos promulgados en aplicación de la misma son incompatibles con los artículos 43 y 56 del Tratado CE (derecho de establecimiento y libertad de movimiento de capitales).

Atendiendo a la distinta fecha de adopción de las medidas impugnadas, y a la lógica disparidad de fechas de presentación de las demandas contra los Estados por la Comisión Europea, los procesos se tramitan

y resuelven sucesivamente, habiéndose dictado sentencia, en el momento de escribir estas páginas, exclusivamente en el asunto C-58/99, que enfrentaba a la Comisión con la República Italiana con relación a las disposiciones para la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones, así como los Decretos relativos a los poderes especiales atribuidos en el caso de las privatizaciones de ENI SpA y de Telecom. Italia SpA. La Sentencia, de fecha 23 de marzo de 2000, declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos ya citados, al adoptar las disposiciones antes referenciadas.

En otros procesos distintos, como el C-483/99, que enfrenta a la Comisión con la República Francesa (en el que España interviene junto al Reino Unido como coadyuvante), el C-367/98, Comisión contra Portugal y el C-503/99, Comisión contra Bélgica, basado en similares fundamentos jurídicos, se ha celebrado la vista pública el pasado 2 de mayo de 2001.

En cuanto a la demanda contra el Reino de España, la contestación de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se presentó en el pasado mes de marzo.

Es interesante mencionar cómo las posturas que, en los distintos procesos, vienen sosteniendo los diferentes Estados demandados manifiestan importantes diferencias. Concretamente, la postura procesal del Reino Unido en la defensa de sus mecanismos de protección (la auténtica *golden share*) acentúa la singularidad de sus instrumentos respecto a los de otros Estados europeos, resaltando la utilización de los propios estatutos sociales sin derogación de las normas generales aplicables a las sociedades mercantiles, lo que se ha mantenido en casos (como la intervención como coadyuvante en el proceso seguido contra Francia) en que dicha argumentación podría incluso reforzar la posición procesal de la Comisión frente a otros Estados. Se adivina así que, a pesar de la existencia de un importante número de Estados demandados, el grado de coincidencia respecto de las situaciones examinadas resulta suficientemente variable como para no hacer recomendable el ejercicio de trasponer los fundamentos de las resoluciones ya dictadas a casos todavía no enjuiciados.

No obstante, antes de analizar los reproches que, desde las instituciones comunitarias se han realizado respecto de este tipo de mecanismos jurídicos, nos parece conveniente realizar alguna reflexión complementaria sobre el sentido de estos instrumentos desde el propio punto de vista del Derecho comunitario.

Así, al examinar la adecuación de estos mecanismos al derecho comunitario, no sólo debe considerarse la pretendida vulneración de principios comunitarios de la importancia de libertad de establecimiento y el libre movimiento de capitales, sino que también debe tenerse en cuenta que sirven a principios igualmente relevantes desde el punto de vista del derecho comunitario, como la libre competencia, por lo que sería igualmente

conveniente ponderar su utilidad como instrumento de protección de esos otros principios comunitarios.

Y es que en el caso de sostener una interpretación exclusivamente centrada en la pretendida vulneración del Tratado, sin tener en cuenta la licitud de los fines perseguidos con los instrumentos implantados, puede incurrirse en la contradicción de que, para evitar una más que discutible afectación a libertades fundamentales, se produjesen daños irreparables a intereses generales (no sólo comunitarios) y a principios que, como el de la libertad de competencia, han encontrado también asiento en el ordenamiento europeo.

En este sentido, si el objetivo genérico de las instituciones comunitarias (además, lógicamente, de velar por el respeto al derecho comunitario originario y derivado) es el incremento de la competencia en los distintos sectores productivos y la progresiva liberalización de los mercados, como medio para lograr un auténtico mercado interior, resultaría lógico pensar que su actuación debería ser más estricta respecto de aquellos Estados en los que los procesos de introducción de competencia y liberalización se encuentran en un grado más incipiente, acogiendo globalmente con agrado —sin perjuicio de la formulación de reproches puntuales— la actitud de aquellos otros que, como en el caso español, han optado por una decidida estrategia liberalizadora.

Y es que la situación puede llevarnos al absurdo de que, al impedir el establecimiento de mecanismos de protección de las empresas y sectores que protagonizan, no sin dificultades, procesos de liberalización, estas empresas puedan llegar a ser controladas por operadores que, en su Estado de origen, disfrutaban de los beneficios derivados de la inexistencia de competencia, trasladando a su vez a los mercados los vicios e ineficiencias que los procesos de privatización y liberalización habían pretendido desterrar, sin que la nota de la titularidad foránea de las empresas aporte otro matiz que la sujeción a un ordenamiento jurídico distinto, más permisivo con las situaciones monopolísticas.

Lo anterior no es, en absoluto, una mera cuestión académica o, incluso, ideológica. La decisión de privatizar no responde únicamente a la opinión de que, como cuestión de principio, determinadas actividades deban encontrarse en manos privadas y no públicas (lo que podría considerarse, incluso, como un instrumento de limitación del poder del Estado), sino que, como resalta CUERVO GARCÍA⁸, «la privatización no es una simple transferencia de propiedad del sector público al privado, es un medio para mejorar la eficiencia y la competitividad de la empresa». Se trata, pues, de una de las grandes decisiones que puede adoptar un Gobierno como parte de su política económica nacional.

Pero es que, además, y éste es, precisamente, el motivo de estas líneas, si atendemos a los fines perseguidos con el establecimiento de este tipo

⁸ A. CUERVO GARCÍA, «La privatización de las empresas públicas. Cambio de propiedad, libertad de entrada y eficiencia», *Información Comercial Española*, núm. 772, julio-agosto 1998, pp. 45-57.

de mecanismos, llegaremos a la conclusión de que, como ya hemos dicho, resultan absolutamente coherentes con otros sectores del Derecho comunitario y, más concretamente, con la defensa de la competencia.

En el ámbito de nuestro Derecho de la competencia, una operación por la que un operador en un determinado sector de actividad, que ostentase una posición de dominio, pretendiese tomar el control de otro operador en el mismo sector merecería una respuesta inmediata en forma de prohibición (o, a lo sumo, autorización sometida al cumplimiento de exigentes condiciones) a través de los mecanismos de control de concentraciones. En el supuesto de que el operador en cuestión estuviese controlado por una Administración pública que ostentase la condición de regulador y supervisor del sector en cuestión la respuesta sería, si cabe, aún más contundente, entendiéndose que la posición de dominio alcanzada gracias a esa relevante participación pública no podía utilizarse para controlar un operador distinto.

¿Debe introducirse algún matiz por el hecho de que el operador en cuestión sea una empresa domiciliada en otro Estado de la Unión Europea? A mi juicio, la respuesta es negativa. Cuando se trata de sectores que, como consecuencia de la propia evolución de la política comunitaria, están llamados a un creciente nivel de integración, la presencia (normalmente en posiciones de control) de una Administración pública en la empresa que pretende adquirir una participación significativa en un operador español en un sector estratégico es un dato en todo caso relevante, especialmente en aquellos supuestos en que, por las propias características de la regulación del mercado de origen, no sea posible a las empresas españolas realizar operaciones similares en estos mercados.

No existe, en consecuencia, discriminación alguna de empresas u operadores por razón de su «nacionalidad», lo que sí resultaría frontalmente contrario al Tratado y respecto de la que no podría oponerse ninguna excusa o matización. La generalidad con que la normativa española ha construido el sistema de protección de los intereses generales hace que no pueda afirmarse que una empresa u operador foráneo vaya a merecer un tratamiento diferente de uno nacional.

El mecanismo de autorización administrativa previa de la Ley 5/1995 no limita en grado alguno la participación de capital extranjero de proveniencia comunitaria en empresas privatizadas y, de hecho, se han producido ya supuestos en que empresas u operadores extranjeros han adquirido porcentajes significativos del capital de empresas españolas privatizadas. Lo que sí se limita es la entrada de empresas u operadores, españoles o no, cuyas características, o posición en el mercado, resulten inconciliables con las decisiones de privatización y liberalización previamente adoptadas por el Gobierno español como instrumento básico de la política económica nacional.

Naturalmente, la adopción de este tipo de mecanismos podría haberse sustituido con ventaja por el establecimiento de normas homogéneas en

toda la Unión Europea. Se trataría, como se reclama desde algunos ámbitos, de que la Comisión realizase un esfuerzo decidido por aproximar las situaciones de partida de los distintos Estados miembros.

Y es que, en efecto, lo más sorprendente de la actuación de la Comisión en este ámbito se encuentra, como se ha dicho, en su escasa actividad frente a los Estados que se muestran más reacios a asumir que, como lógica consecuencia de la Unión Económica y Monetaria, todos los mercados deben abrirse a la competencia de otros operadores europeos. Es la falta de actividad de la Comisión en este ámbito —la ausencia de toda medida tendente a garantizar que las situaciones de dominio, cuando no de monopolio, existentes en determinados Estados no servirán, precisamente, y a través de la situación beneficiosa que para la empresa en cuestión representa ese estatuto privilegiado, para extender esa posición de privilegio a otros mercados, en perjuicio de los operadores nacionales que sí están sujetos a las exigencias derivadas del pleno establecimiento de un mercado competitivo—, la que obliga a los Estados miembros que más decididamente han apostado por la liberalización a proteger los saludables efectos que en términos de eficiencia se están produciendo en los distintos sectores como resultado de la introducción de competencia y de la desaparición de los privilegios de todo orden de que venían disfrutando algunos operadores.

Analizado desde este punto de vista, resulta paradójico que la actuación de la Comisión en este ámbito, pretendiendo restaurar libertades fundamentales que hipotéticamente podrían verse afectadas como consecuencia del efectivo ejercicio de los mecanismos de autorización administrativa previa, conlleve precisamente el efecto —igualmente contrario a los principios del Tratado— de permitir la entrada en sectores abiertos de la competencia de operadores o empresas situados, en origen, en una situación de privilegio.

Podría argumentarse frente a lo anterior que el Tratado de la Unión no prejuzga las decisiones que en materia dominical puedan ser adoptadas por los Estados miembros, es decir, que para la Comisión resulta indiferente cuál sea la titularidad —pública o privada— de las empresas u operadores, estando unas y otras sujetas a un mismo marco jurídico. Pero es que resulta difícil entender que una empresa participada por la Administración pública que opera en un sector en el que ostenta una posición cercana al monopolio deba merecer el mismo trato que un operador privado inmerso en un mercado competitivo.

¿Realmente podría afirmarse que, incluso en términos de derecho comunitario, ambas empresas son merecedoras de un mismo nivel de protección? ¿Podría decirse que las empresas que se encuentran en esa posición de privilegio originario están sometidas a una discriminación injustificada como consecuencia del establecimiento de este tipo de medidas? Si consideramos las previsiones del Tratado y las resoluciones adoptadas por las instituciones europeas en materia de ayudas públicas llegaremos a la inevitable conclusión de que esa diferencia de trato, en

absoluto discriminatoria, no puede ser considerada contraria al derecho comunitario.

En definitiva, parece indiscutible que un marco jurídico permisivo con el hecho de que empresas en que las Administraciones Públicas ostenten una participación significativa (que incluso permita el control de la compañía) puedan adquirir una posición equivalente en otras empresas europeas, condicionaría las decisiones de un Estado que, como el español, hubiera optado por la existencia de operadores privados y no públicos en un determinado mercado o sector.

Y es que, si bien puede afirmarse que el Tratado no permite ninguna singularidad —favorable o desfavorable— en el régimen jurídico aplicable a una determinada empresa por el hecho de que su titularidad sea pública o privada, lo que sí resulta plenamente coherente con el Tratado —y, de hecho, existen tanto en el propio ordenamiento comunitario como en el derecho interno de los Estados miembros previsiones y mecanismos jurídicos encaminados a tal fin (defensa de la competencia y, más concretamente, control de concentraciones)—, es el establecimiento de medidas tendentes a evitar que los operadores que se sitúan en una posición de dominio como consecuencia de la regulación de su Estado de procedencia (en absoluto ajena a la cuestión de la titularidad pública del capital) puedan servirse de ella para adquirir el control de otros operadores. Los mecanismos jurídicos usualmente conocidos como *golden share* (autorización administrativa previa en el caso español) se configuran así como instrumentos jurídicos complementarios a los propios del derecho de la competencia (comunitario y nacional), con los que comparten plenamente fines y no pocas categorías jurídicas, y cuya singularidad responde a la importancia de los intereses generales afectados.

En esta línea argumental, PAREJO ALFONSO⁹ resalta que, aunque los Estados puedan acotar negativamente (vía exclusión o publicación de actividades) el ámbito de la vida económica accesible libremente a todos los sujetos, es decir, conservan prácticamente íntegro el poder de intervención social, el ahora artículo 90 del Tratado establece importantes limitaciones y cautelas y exige que tales decisiones se deriven de la cobertura de verdaderas necesidades colectivas.

No puede afirmarse, en consecuencia, que el Tratado se muestre totalmente indiferente ante la opción público-privado en el ámbito empresarial. Antes al contrario, la presencia pública se encuentra sujeta a importantes restricciones y cautelas, manifestando la radical desconfianza del legislador comunitario ante la presencia de operadores públicos en el ámbito de mercados abiertos a la competencia.

Y es que en la génesis de la redacción del entonces artículo 90 del Tratado se encuentra, como indica el propio autor, «un compromiso polí-

⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, «Mercados de servicios en libre competencia y sector público en el orden comunitario», *Anuario de Defensa de la Competencia*, 1996, pp. 87-117.

tico sugerido significativamente por Francia para superar los reparos formulados por los pequeños Estados sobre la base de la desigual competencia entre sus empresas y las grandes empresas públicas beneficiarias de monopolios».

Ésta es la clave de la cuestión. De no adoptarse medidas armonizadoras que equiparen el grado de liberalización de los distintos mercados nacionales, un Estado al que, en principio, el Tratado atribuye libertad para decidir si desea o no reservar al sector público un determinado ámbito empresarial y que ha optado decididamente, a través de la combinación entre privatización y liberalización, por la competencia entre operadores privados, puede ver desvirtuada una decisión fundamental en materia de política económica (nacional) como consecuencia de la indeseable aparición de operadores públicos de otros Estados que hubieran adoptado —con el mismo fundamento jurídico y con igual legitimidad— mantener un determinado sector de actividad en el ámbito de lo público.

Y es que al final, por la vía de la inacción, llegaríamos a una situación en la que cuando un Estado decidiese —con los costes de todo orden que de ello se derivan— emprender la privatización de empresas de capital mayoritariamente público que operan en sectores estratégicos, por entender que con ello se logra una mayor eficiencia en el comportamiento de empresas y mercados, esa decisión —para la que el Tratado, insistimos, atribuye plena libertad a cada Estado miembro— podría ser alterada por la actuación de otros Estados y sus operadores. No nos encontramos aquí ante un problema exclusivamente jurídico, sino ante el serio riesgo de que determinadas opciones de política económica —plenamente aceptables de acuerdo con el Tratado— se vean penalizadas desde un punto de vista estrictamente empresarial, sin perjuicio de los beneficiosos efectos que pudieran estar produciéndose a favor de los consumidores y de la economía en su conjunto, en términos de una mayor eficiencia.

La clave no sólo se encuentra en resolver la cuestión planteada por las instituciones comunitarias, como seguidamente se verá, de si cabe o no introducir modificaciones a la libertad de establecimiento o al libre movimiento de capitales, pues, como recuerda PIÑAR MAÑAS¹⁰, el ordenamiento comunitario admite tanto las restricciones a los movimientos de capital como las excepciones a las libertades comunitarias derivadas de la cláusula de interés general, aun cuando ésta deba ser interpretada restrictivamente. Lo que debe concretarse es si nos encontramos ante limitaciones compatibles con el Tratado que tratan de proteger principios e intereses igualmente garantizados por aquél.

Dejando al margen estas consideraciones generales, si nos adentramos en el análisis de los reproches jurídicos concretamente formulados a los mecanismos de autorización administrativa previa (como sucede, por ejemplo, en el caso de la demanda interpuesta por la Comisión contra

¹⁰ J. L. PIÑAR MAÑAS, «Privatización de empresas públicas y derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994, pp. 17-56.

el Reino de España), se descubre que, en ocasiones, están más basados en un juicio de intenciones respecto de los riesgos de una utilización arbitraria de la norma que en un análisis del contenido de las normas adoptadas, lo que seguramente resulta inevitable al no haberse utilizado el mecanismo jurídico de la autorización administrativa previa en ningún caso.

En realidad, y centrándonos en el caso español, la Comisión no puede reprochar al Reino de España que la autorización administrativa previa haya impedido el libre movimiento de capitales o el establecimiento en España de una empresa comunitaria. A lo sumo, y es un reproche ciertamente débil, podría llegar a decirse que la normativa española podría producir ese efecto, lo que tal vez hiciese aconsejable que la actuación de las autoridades comunitarias se pospusiera al momento en que el ejercicio de las potestades administrativas contenidas en la normativa de referencia hubiera provocado efectivamente una situación contraria al Tratado.

Otro punto sobre el que puede merecer la pena detenerse se refiere al reproche relativo a la falta de proporcionalidad del instrumento.

Si se tiene en cuenta el número de supuestos en que la autorización administrativa previa ha sido establecida como mecanismo jurídico (especialmente si insistimos en la idea de que, hasta el momento, ese instrumento permanece inédito), comparamos el número de empresas privatizadas con los supuestos en que se ha establecido la autorización administrativa previa, si tenemos en cuenta el innegable carácter estratégico de los sectores comprendidos, la importancia de los intereses generales afectados; y si, por último, se tiene en cuenta el hecho de que, cuando las circunstancias lo han permitido (por ejemplo, cuando los mercados o sectores han alcanzado una situación de madurez que han hecho innecesario el mantenimiento de estos instrumentos de protección) este régimen singular ha desaparecido, entonces podremos afirmar que se trata de mecanismos de evidente carácter excepcional, proporcionados a la importancia de los intereses en concurrencia, y que, al día de la fecha, no han producido en ningún caso comprobado un efecto contrario a los preceptos del Tratado invocados por la Comisión.

Aludiendo a la pretendida vulneración del principio de proporcionalidad, otro argumento que puede merecer algún comentario se refiere a que la protección de los intereses generales a los que pretende servir podría haberse alcanzado por medios menos restrictivos.

De partida, resulta llamativo que esos medios restrictivos no se citen en ningún momento por quienes realizan estos comentarios. En no pocas ocasiones, ni tan siquiera se alude al ámbito (normativo, estatutos sociales, decisiones de órganos administrativos) en el que la adopción de las medidas posibles hubiera podido tener mejor acomodo. De hecho, no existe ninguna norma comunitaria que haya realizado un esfuerzo de armonización en este ámbito.

Por otra parte, debemos considerar el hecho de que, a pesar de los matices jurídicos que en cada caso han revestido las medidas adoptadas (más próximas al derecho mercantil en el caso del Reino Unido y más administrativizadas en los demás supuestos), la Comisión no ha considerado aceptable ninguno de los sistemas y ha demandado a todos los Estados en que están vigentes.

El hecho de que la mayor parte de los Estados de la Unión Europea que han debido compaginar intensos procesos de privatización con la necesidad de garantizar la protección de relevantes intereses generales hayan adoptado medidas que, al margen de las mencionadas singularidades, resultan equiparables en cuanto a su finalidad, duración y efectos y en ningún caso éstas hayan sido consideradas adecuadas por la Comisión, es suficientemente ilustrativo de la debilidad del argumento de las instituciones comunitarias.

Centrándonos, para finalizar, en el concreto reproche jurídico que realizan las instituciones comunitarias, a saber, la contravención de libertades fundamentales contenidas en el Tratado, hay que partir de la afirmación de que, a menudo, los reproches que se formulan a estos instrumentos no tienen suficientemente en cuenta la diferencia existente en nuestro ordenamiento respecto de los supuestos en que cabe la imposición de autorización administrativa como condición a la realización de determinadas operaciones.

Así, deben distinguirse, por un lado, los supuestos en que se produce una actuación tendente al control de una de las compañías, de aquellos, seguramente derivados de lo anterior, en que quien ostenta una posición de control de la compañía aprovecha ésta para enajenar los activos que permiten a la empresa realizar sus actividades.

Ni puede afirmarse que una medida tendente a que una empresa pueda alcanzar el dominio efectivo de una compañía privatizada afecte a la libertad de circulación de capitales ni que la enajenación de los activos imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial y el cumplimiento de obligaciones de servicio público (que, recordemos, fueron previamente adquiridos mediante ampliaciones de capital suscritas por las Administraciones Públicas o gracias a los ingresos producidos en situaciones de monopolio o cuasi-monopolio), bien para obtener rápidas plusvalías o, incluso, y en la peor de las hipótesis, para perjudicar a un competidor (supuestos en que la posición de dominio fuese alcanzada por un operador en el mismo sector de actividad que la empresa privatizada) afecten al derecho de establecimiento.

De lo anterior deriva la incorrección jurídica de la realización de argumentaciones jurídicas «por agregación» del tipo de las que, a menudo (e, incluso, desde las instituciones comunitarias) se efectúan respecto del sistema de autorización administrativa previa establecido en el ordenamiento español: no pueden utilizarse indistintamente las normas sobre libre circulación de capitales y libertad de establecimiento cuando se

enjuician medidas pertenecientes a los dos distintos grupos antes enunciados. Cuando se priva del beneficio derivado de la utilización indistinta de argumentos y doctrina del propio Tribunal para unos y otros supuestos a quienes censuran la compatibilidad con el Tratado de estos instrumentos, su argumentación jurídica resulta seriamente debilitada.

El recurso argumental a normas que tienen por objeto fundamental permitir la realización de inversiones financieras transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea como instrumento de reproche a normas que, en todo caso, se refieren a supuestos de inversión directa, en los que el propio ordenamiento europeo se muestra más permisivo en cuanto al establecimiento de limitaciones y controles, no existiendo normativa comunitaria que armonice materias tan vinculadas a las que nos ocupan, como la limitación de los derechos políticos de los accionistas en las sociedades, no representa, precisamente, una construcción jurídica que pueda considerarse sólida.

En este sentido, cabe preguntarse si cabría considerar contrario a la libre circulación de capitales el hecho de que un buen número de ordenamientos europeos (entre ellos el español) permita la emisión de acciones sin voto y que un inversor europeo que desee invertir en una determinada empresa que haya elegido esta vía de financiación no tenga otra opción que suscribir ese tipo de acciones, aceptando la limitación impuesta por los órganos societarios.

Podría argumentarse, frente a lo anterior, que supuestos como el de las acciones sin voto y, en general, aquellos en que se utilizan los estatutos sociales como vehículo para la introducción de estas limitaciones (como sucede en el caso británico), derivan de la propia voluntad de las sociedades y la de quienes, en cada momento, ostentan su control. Pero este argumento quiebra si tenemos en cuenta que, en el momento en que se aprueba el establecimiento del mecanismo de autorización administrativa previa, el Estado se encuentra, precisamente, en esa posición de control. ¿Es que el derecho comunitario puede admitir que el Estado, como principal accionista de una compañía, elija establecer mecanismos de protección en sede estatutaria y no en sede legal? Afirmarlo sería desconocer que, de hecho, el establecimiento de limitaciones en sede normativa garantiza tres notas de gran importancia: publicidad, transparencia y generalidad (ausencia de discriminación o arbitrariedad).

Y es que la aplicación del principio de libre establecimiento a un supuesto en que una empresa adquiere una participación en el capital de otro o parte de sus activos debe, cuando menos, ser cuidadosamente matizada, como igualmente debe serlo la traslación de la normativa sobre movimiento de capitales, en absoluto concebida para dar respuesta a situaciones como las que se plantean como consecuencia de la vigencia de mecanismos jurídicos como los explicitados.

En definitiva, consideramos que las normas establecidas no vulneran ni el derecho al libre establecimiento ni al libre movimiento de capitales.

Son normas que se limitan a introducir restricciones, plenamente compatibles con el Tratado (y aún exigibles por otros principios en él contenidos como el de la libre competencia), tendentes a evitar que empresas u operadores, nacionales o extranjeros, que, por sus especiales características, posición en el sector, naturaleza o situación en el mercado de procedencia, puedan beneficiarse de una posición no competitiva para hacerse con el control de empresas u operadores respecto de las que el Estado español ha adoptado medidas precisas, en el ámbito de las competencias que el Tratado le reconoce, para garantizar su eficiencia a través del doble proceso de liberalización y privatización.

5. CONCLUSIÓN

Los mecanismos de protección de los intereses generales usualmente conocidos como *golden share*, están presentes en la totalidad de los ordenamientos de los Estados europeos que han emprendido decididos procesos de privatización de empresas en sectores estratégicos (regulados), aunque revistiendo distintas denominaciones y configuraciones jurídicas que se adecuan a los rasgos caracterizadores de cada uno de esos ordenamientos. A pesar de esas diferencias formales, estos mecanismos, que en el Derecho español presentan la configuración de instituciones de derecho administrativo (autorización administrativa previa) establecidas en normas imperativas, responden a idénticos fines, se aplican en supuestos similares y tienen plazos de vigencia a menudo coincidentes.

Aunque la Comisión Europea ha mostrado una opinión desfavorable respecto de la compatibilidad de estos mecanismos con el Tratado de la Unión Europea y, de hecho, ha llegado a demandar a varios Estados ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, es lo cierto que, como se ha tratado de argumentar aquí, su análisis presenta algunas debilidades, entre las que destaca la falta de atención a la utilidad de estos mecanismos como instrumento de protección de la libre competencia, complementario, por lo expuesto, a otros instrumentos establecidos tanto en el ámbito europeo como en el de los distintos Estados miembros.

Así pues, sería injusto considerar, como no pocas veces sucede, que el establecimiento de este tipo de instrumentos responde a absurdos criterios de proteccionismo nacional. Antes al contrario, la experiencia vivida hace evidente que estos mecanismos no se han utilizado para responder a las actuaciones de operadores cuando éstos son privados y se encuentran sujetos a la libre competencia. Más bien la existencia de estos supuestos ha conducido en no pocos casos a la reconsideración, cuando no a la desaparición, de los instrumentos de protección previamente establecidos. Es precisamente la necesidad de consolidar los procesos de liberalización emprendidos en los distintos Estados, en los que la privatización como instrumento al servicio de la eficiencia de empresas y mercados tiene una relevancia fundamental, la que constituye el fundamento último, junto

