CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. VERICA TRSTENJAK presentadas el 2 de junio de 2010[1]

Índice

I. Introducción ..... I - 10165

II. Marco legal ..... I - 10166

A. Derecho comunitario ..... I - 10166

1. Derecho primario ..... I - 10166

2. Derecho derivado ..... I - 10167

a) Directiva 68/151/CEE ..... I - 10167

b) Directiva 89/667/CEE ..... I - 10168

B. Derecho nacional ..... I - 10168

III. Hechos, proceso principal y cuestiones prejudiciales ..... I - 10170

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia ..... I - 10171

V. Alegaciones esenciales de las partes ..... I - 10171

VI. Apreciación jurídica ..... I - 10172

A. Consideraciones iniciales ..... I - 10172

1. La aproximación legislativa como instrumento del Derecho europeo de sociedades ..... I - 10172

2. Objeto de regulación de la Directiva 68/151 ..... I - 10173

1 — Lengua original: alemán.

B. Sobre la cuestión prejudicial ..... I - 10174

1. El Derecho derivado como criterio de apreciación ..... I - 10176

a) Aplicabilidad de la Directiva 68/151 ..... I - 10176

i) Existencia de una sociedad anónima en el sentido del artículo 1 de la Directiva 68/151 ..... I - 10176

ii) Reconocimiento de la limitación de la responsabilidad ..... I - 10176

iii) Responsabilidad por los compromisos de la sociedad anónima ..... I - 10178

iv) Alcance de la responsabilidad de la sociedad anónima ..... I - 10180

b) Compatibilidad con la Directiva 68/151 ..... I - 10180

2. Compatibilidad con el Derecho primario ..... I - 10183

a) Admisibilidad del recurso al Derecho primario ..... I - 10183

b) Libertad de establecimiento ..... I - 10184

i) Aplicabilidad de los artículos 43 CE y 48 CE ..... I - 10184

ii) Restricción de la libertad de establecimiento ..... I - 10187

— El artículo 43 CE como prohibición general de restricción ..... I - 10187

— Posibilidad de delimitación teleológica de la prohibición de restricción ..... I - 10189

iii) Justificación de la restricción de la libertad de establecimiento ..... I - 10191

— La protección de los derechos fundamentales como interés legítimo ..... I - 10192

— Examen de la proporcionalidad ..... I - 10193

iv) Conclusión parcial ..... I - 10200

c) Libre circulación de capitales ..... I - 10200

i) Aplicabilidad del artículo 56 CE ..... I - 10200

ii) Restricción de la libre circulación de capitales ..... I - 10201

— El artículo 56 CE como prohibición general de restricción ..... I - 10201

— Posibilidad de delimitación teleológica de la prohibición de restricción ..... I - 10202

iii) Justificación ..... I - 10203

— La protección de los derechos fundamentales como interés legítimo ..... I - 10203

— Examen de la proporcionalidad ..... I - 10203

iv) Conclusión parcial ..... I - 10204

VII. Conclusión ..... I - 10204

I. Introducción

1. El presente procedimiento se basa en una petición de decisión prejudicial del Symvoulio tis Epikrateias griego (Consejo de Estado) con arreglo al artículo 234 CE, [2] con la cual se solicita al Tribunal de Justicia que interprete la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. [3]

2. La petición de decisión prejudicial trae causa de un litigio entre Idryma Typou A.E.

2 — La petición de decisión prejudicial queda ahora regulada por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306, p. 1).

3 — DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3.

(en lo sucesivo, «demandante del procedimiento principal»), sociedad anónima que opera en el sector de la prensa y la televisión, y el Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (Ministro de Prensa y Medios de Comunicación; en lo sucesivo, «demandado en el procedimiento principal»), que tiene por objeto la legalidad de una multa impuesta a la demandante del procedimiento principal por una infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión, y que dispone la responsabilidad conjunta y solidaria de la demandante, sus accionistas y los miembros de su consejo de administración.

3. Desde el punto de vista jurídico, con esta remisión se plantean básicamente dos cuestiones mutuamente interconectadas. En primer lugar se plantea el interrogante de si existe en el Derecho comunitario de la Unión Europa un concepto suficientemente definido de la forma jurídica de la sociedad anónima que, al igual que los ordenamientos jurídicos de numerosos Estados miembros, recoja el principio conforme al cual la responsabilidad de una sociedad de capital se limita al patrimonio social. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, en circunstancias como las que subyacen al procedimiento principal, el mencionado principio permite romper excepcionalmente con dicha limitación de la responsabilidad. Sólo en caso de que el llamado «levantamiento del velo» sea compatible con el Derecho comunitario será posible extender la responsabilidad de la sociedad anónima al patrimonio de los socios.

II. Marco legal

A. *Derecho comunitario*

1. Derecho primario

4. El artículo 43 CE es del siguiente tenor:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

5. El artículo 44 CE establece:

«1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el

Consejo decidirá, mediante directivas, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social.

2. El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular:

[…]

g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros».

6. El artículo 48 CE tiene el siguiente tenor:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.»

7. El artículo 56 CE establece:

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

2. En el marco de las disposiciones del presente capitulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.»

3. Derecho derivado

a) Directiva 68/151/CEE

8. La Directiva 68/151, aplicable desde el punto de vista temporal, disponía hasta su derogación por la Directiva 2009/101/CE, [4] en vigor desde el 21 de octubre de 2009, una coordinación de las disposiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades, para proteger los intereses de socios y terceros.

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 258, p. 11).

9. De los considerandos de aquella Directiva se desprende, por un lado, que «la coordinación prevista por la letra g) del apartado 3 del artículo 54 [del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea] y por el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento es urgente, en particular con respecto a las sociedades por acciones y a las sociedades de responsabilidad limitada, ya que la actividad de estas sociedades con frecuencia se extiende más allá de los límites del territorio nacional.» Por otro lado, en los considerandos de dicha Directiva se señala que «en estos ámbitos, deberán adoptarse simultáneamente disposiciones comunitarias para estas sociedades, ya que solamente ofrecen como garantía ante terceros el patrimonio social».

10. El artículo 1 de esa Directiva, en su versión modificada por el Acta de adhesión de Grecia, [5] establece lo siguiente:

«Las medidas de coordinación prescritas por la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las siguientes formas de sociedades:

[...]

en Grecia:

ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιωρισμένης ευθύνης, ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία [la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada].»

11. La Directiva 68/151 consta de tres secciones. La sección I trata de la publicidad de los actos societarios; la sección II contiene disposiciones relativas a la validez de los compromisos de la sociedad, y la sección III regula la eventual nulidad de la sociedad.

b) Directiva 89/667/CEE

12. La Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, Duodécima Directiva en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, [6] enuncia en sus considerandos que «conviene prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que, en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la empresa».

B. *Derecho nacional*

13. El artículo 5, apartado 1, de la Constitución griega establece el derecho de todos los ciudadanos al libre desarrollo de su personalidad y a participar en la vida social, económica y política, con el límite del respeto de los derechos de los otros, y el cumplimiento de la

5 — DO 1979, L 291.

6 — DO L 395, p. 40.

Constitución y de las buenas costumbres. El apartado tercero del mismo artículo dispone que la libertad personal es inviolable.

14. En el artículo 106, apartado 2, de la Constitución se establece que la iniciativa económica privada no puede desarrollarse en detrimento de la libertad y la dignidad humana, mientras que el artículo 15, apartado 2, de la Constitución (en la versión anterior a la reforma constitucional de 2001) dispone que la radio y la televisión, bajo la supervisión del Estado, garantizan la transmisión de información imparcial y el nivel de calidad de las emisiones.

15. La Ley 2328/1995 regula el funcionamiento de las televisiones privadas. En el artículo 1, apartado 9, prevé que las acciones de las sociedades anónimas que explotan canales de televisión han de ser nominativas. Según el artículo 1, apartado 10, de la misma Ley, cada sociedad anónima sólo puede ser titular de una licencia para la fundación, instalación y funcionamiento de una emisora de televisión o participar sólo en una sociedad que es titular de tal licencia. La participación de las personas físicas o jurídicas en esa sociedad no puede exceder el 25 % del capital social. Los accionistas que tienen una participación superior al 2,5 % y los miembros del consejo de administración de las sociedades que solicitan o son titulares de una licencia de funcionamiento de un canal de televisión no pueden haber sido condenados por delitos que llevan aparejada una pena de inhabilitación para cargo público. Dicha Ley impone además a los accionistas la obligación de justificar la forma de adquisición de su patrimonio. Por otra parte, el artículo 1, apartado 11, establece la incompatibilidad de la participación en una sociedad que lleva a cabo obras o suministros públicos con la participación en una sociedad que explota un canal de televisión. En el apartado 13 del mismo artículo, se prevé la obligación de comunicar al ministro competente cada transmisión de participaciones de una sociedad de este tipo que supere el 2,5 % del capital social. El artículo 3 de la Ley 2328/95 establece el código deontológico que deben cumplir las emisoras de televisión, mientras que el artículo 4 prevé las sanciones administrativas que se imponen en caso de infracción de este código. En particular, por lo que se refiere a dichas sanciones, el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95 establece que las multas se imponen de manera conjunta y solidaria, no sólo a la sociedad titular de la licencia para la creación y el funcionamiento del canal de televisión, a sus representantes legales y a los miembros de su consejo de administración, sino también a todos los accionistas que sean titulares de más del dos y medio por ciento (2,5 %) de las acciones.

16. La Ley 2190/1920 establece las normas generales que rigen las sociedades anónimas. Según el artículo 1 de esta Ley, sociedad anónima es «la sociedad de capital

con personalidad jurídica de cuyas deudas responde únicamente la sociedad con su patrimonio».

III. Hechos, proceso principal y cuestiones prejudiciales

17. Mediante resolución de 11 de mayo de 2001, el demandado del procedimiento principal impuso una multa por importe de 10.000.000 de GRD a la sociedad anónima «Nea Tileorasi», titular del canal de televisión «Star Channel», de manera conjunta y solidaria con sus accionistas y los miembros de su consejo de administración de ésta. La multa se impuso a propuesta del Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Consejo Nacional de Radiotelevisión; en lo sucesivo, «ESR»), el organismo autónomo competente, debido a que determinadas informaciones emitidas durante la edición principal del telediario del canal de televisión Star Channel el 11 de febrero de 2000 incumplían la obligación de respeto de la personalidad, el honor, la reputación y la vida privada, e infringían la presunción de inocencia, de dos cantantes y de un diseñador de moda.

18. La demandante del procedimiento principal, accionista de la sociedad «Nea Tileorasi», solicitó al órgano jurisdiccional remitente la anulación de la orden ministerial mediante la que se impuso la multa y de la resolución del ESR en la que se basó.

19. Según se desprende de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente se ha ocupado en este procedimiento no sólo de la cuestión de la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95, sino también de su compatibilidad con el Derecho comunitario.

20. Por una parte, el órgano jurisdiccional remitente ha analizado si una disposición que prevé la imposición conjunta y solidaria de multas tanto contra la sociedad como contra una cierta categoría de accionistas es conforme con las disposiciones de la Constitución griega relativas a la libertad económica. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente ha examinado si la disposición controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151 y si es compatible con su artículo 1. A este respecto, los miembros de la sala competente han defendido puntos de vista jurídicos discrepantes.

21. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente expresa algunas dudas en relación con la interpretación de la Directiva 68/151. Por ello, ha suspendido el curso de las actuaciones y planteado al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, la siguiente cuestión:

«¿Contiene la Directiva 68/151/CEE, en cuyo artículo 1 se establece que "las medidas de coordinación prescritas por la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las siguientes formas de sociedades: […] –en Grecia: ανώνυμη εταιρία [sociedad anónima]– […]", alguna disposición contraria a la adopción de una norma nacional, como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/1995, en la medida en que ésta establece que las multas previstas en los apartados anteriores de dicho artículo en caso de infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión deben imponerse de manera conjunta

y solidaria no sólo a la sociedad titular de la licencia para la creación y el funcionamiento del canal de televisión, sino también a todos los accionistas que sean titulares de una cantidad de acciones superior al dos y medio por ciento (2,5 %)?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

22. La resolución de remisión de 17 de septiembre de 2008 se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 26 de febrero de 2009.

23. Han presentado observaciones escritas el Gobierno de la República Helénica y la Comisión dentro del plazo establecido en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

24. En el juicio oral, celebrado el 11 de marzo de 2010, han presentado observaciones [los representantes de la República Helénica y de la Comisión].

V. Principales alegaciones de las partes

25. El *Gobierno griego* y la *Comisión* señalan, en sus alegaciones, que están de acuerdo en que el artículo 1 de la Directiva 68/151 no se opone a una disposición nacional como la del artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95.

26. Tanto el Gobierno griego como la Comisión entienden que la Directiva 68/151 no pretende introducir una armonización del concepto o del término «sociedad anónima», sino que se limita a enumerar las formas de sociedad ya existentes en los Estados miembros a las que se aplican las disposiciones de la Directiva.

27. En consecuencia, los Estados miembros están facultados para crear nuevas formas de sociedad o para imponer obligaciones adicionales a las sociedades enumeradas en el artículo 1 de la Directiva 68/151. La *Comisión* se remite a tal efecto a la Directiva 89/667, que en su preámbulo reconoce la necesidad de mantener las disposiciones nacionales que en casos excepcionales imponen una responsabilidad al empresario individual con respecto a las obligaciones de la empresa, precisamente apartándose del principio jurídico, que allí mismo se menciona, de limitación de la responsabilidad de las sociedades y que, según la Directiva, habría de preverse para los empresarios individuales en toda la Comunidad. Tanto el *Gobierno griego* como la *Comisión* llegan a la conclusión de que el Derecho comunitario no garantiza a los socios una exención de la responsabilidad por las obligaciones de una sociedad anónima.

28. Con carácter subsidiario alega el *Gobierno griego* que el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95 no convierte en regla general la responsabilidad solidaria de los socios cuya participación supere el 2,5 % de las acciones. Más bien dicha disposición prevé, para el caso de infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión, la imposición de multas tanto a la sociedad titular de la licencia de explotación de canales de televisión como a sus socios, ya que a éstos corresponde un papel especial en la fundación y en el funcionamiento de la sociedad.

VI. Apreciación jurídica

A. *Consideraciones iniciales*

1. La aproximación legislativa como instrumento del Derecho europeo de sociedades

29. El Derecho societario de la Unión Europea se ocupa primordialmente de las condiciones en que se desenvuelven las empresas de origen nacional o europeo en el mercado interior. [7] El desarrollo concreto de esas condiciones viene dado, por un lado, por la aspiración de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros y, por otro, por la creación de un Derecho de sociedades supranacional fundamentalmente anclado en el Derecho de la Unión.

30. La aspiración de aproximar las disposiciones en materia de sociedades que existen en los distintos Estados miembros responde a diversas razones. Un aspecto esencial radica en el principio de libertad de establecimiento, consagrado en el artículo 43 CE y, conforme al artículo 48 CE, aplicable también a las sociedades; con arreglo a ese principio, deben eliminarse los obstáculos al libre establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en otro. [8] Sin embargo, precisamente las sociedades sólo disfrutarán y ejercerán efectivamente su derecho de libre establecimiento si se armoniza el marco jurídico. Otro estímulo para la armonización del Derecho consiste en el reconocimiento de que la elección del lugar de establecimiento, en interés del conjunto de la economía de la Unión, debe realizarse atendiendo a criterios racionales y económicos, y no en función de dónde el entorno normativo es más favorable para

7 — Véase Behrens, P., «Gesellschaftsrecht», en: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (coord. Manfred A. Dauses), E. III, marg. 3, p. 3.

8 — Véase Rondinelli, M., «Il proceso di armonizzazione del diritto societario europeo», *Percorsi di diritto societario europeo,* Turín 2000, p. 38, que hace referencia a la estrecha relación entre la armonización del Derecho societario de la Unión Europea y la libertad de establecimiento. En idéntico sentido, Grünwald, A., *Europäisches Gesellschaftsrecht,* Viena 1999, p. 12, y Mustaki, G./Engammare, V., *Droit européen des sociétés,* Basilea 2009, p. 105.

las empresas. [9] Por otro lado, con la aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se quiere garantizar que las condiciones de competencia para las empresas sean lo más uniformes posible dentro de la Unión. Por último, la existencia de marcos jurídicos equivalentes contribuye a que se realicen inversiones transfronterizas por parte de empresas y socios, lo que resulta beneficioso para el desarrollo económico y social de la Unión.

2. Objeto de regulación de la Directiva 68/151

31. La Directiva 68/151, adoptada el 9 de marzo de 1968, es decir, diez años después de la entrada en vigor de los Tratados de Roma, no sólo es la primera directiva en materia de Derecho de sociedades, sino que además representa la primera medida de aproximación en el ámbito del Derecho civil en general. [10] Basada en el fundamento jurídico del artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado CEE [artículo 44 CE, apartado 2, letra g)], [11] su finalidad es la protección de terceros, especialmente de los que establezcan relaciones contractuales con la sociedad. Éstos no sólo han de disponer de la información necesaria sobre la sociedad, sino que también han de poder confiar en la eficacia de las declaraciones de voluntad emitidas en nombre de la sociedad, así como en la existencia de la sociedad inscrita en un registro. [12] Por lo tanto, según se desprende de sus considerandos cuarto y sexto, la Directiva tiene por objeto coordinar las disposiciones de los Estados miembros relativas a la publicidad de las indicaciones esenciales referentes a la sociedad, la eficacia de los compromisos asumidos en nombre de la sociedad y la nulidad de la sociedad. Si bien los ordenamientos jurídicos de todos los Estados fundadores contenían las correspondientes disposiciones de protección del tráfico jurídico, éstas no eran en modo alguno equivalentes. Por eso, ante el creciente desarrollo de actividades transfronterizas de las sociedades, a los Estados miembros les pareció necesario aproximar entre sí las disposiciones nacionales, a fin de asegurar en toda la Comunidad una protección equivalente del tráfico jurídico en general y de los acreedores en particular.

32. A la adopción de la Directiva precedieron años de negociaciones en el seno de la Comunidad Económica Europea, formada entonces por los seis Estados fundadores. En el curso de la adhesión de los demás Estados miembros, entre ellos Grecia en 1981, éstos aceptaron la Directiva 68/151 como parte del acervo comunitario. En las respectivas Actas de adhesión se adecuaron las disposiciones de esta Directiva, especialmente su artículo 1, en relación con las sociedades pertinentes, a la ampliación del círculo de Estados miembros. Esta disposición, cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente al Tribunal de Justicia en su resolución de remisión, establece el ámbito personal de aplicación de la

9 — En opinión de Rondinelli, M., *op. cit.*, nota 8, p. 38, la aproximación normativa pretende evitar que la elección del lugar de establecimiento y los movimientos de capital se realicen atendiendo a puntos de vista no económicos, sino en función de dónde se disfruta de un entorno normativo más favorable en materia de sociedades.

10 — Véase Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht,* 3ª ed., Múnich 2006, § 5, marg. 1, p. 82.

11 — Se corresponde con el artículo 50, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

12 — Véase Hempel, K., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (coord. Heinz Mayer), art. 44, marg. 19, p. 19; Rondinelli, M., *op. cit.,* nota 8, p. 42.

Directiva, al enumerar las formas societarias a las que es de aplicación en cada Estado miembro. A este respecto, se trata, sin excepciones, de sociedades de capital, [13] concretamente la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada, que, al margen de diferencias de detalle en la configuración de la forma jurídica en el Derecho de sociedades de cada Estado miembro, se caracterizan por determinados elementos comunes.

B. *Sobre la cuestión prejudicial*

33. Una de estas características comunes es la aquí relevante limitación de responsabilidad por las deudas de una sociedad de capital al patrimonio social de ésta. La posición como deudor y la responsabilidad que de ahí se deriva de una sociedad de capital frente a los acreedores por las deudas de la sociedad se basan en que el Derecho interno confiere capacidad jurídica a esas entidades. De esta capacidad jurídica autónoma de la sociedad se deriva que los compromisos asumidos en nombre de la sociedad no son al mismo tiempo deudas de los socios. Como correctivo de la limitación de la responsabilidad al patrimonio de la persona jurídica, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo, deben disponer de un capital básico a cuya aportación y mantenimiento presta especial atención el ordenamiento jurídico, en aras de la protección de los acreedores. Pese a la separación que en principio existe en las sociedades de capital entre el patrimonio social y el de los socios, la jurisprudencia y la legislación de los Estados miembros permiten excepcionalmente y en circunstancias especiales una responsabilidad personal de los socios por las deudas de la sociedad. [14]

34. Por lo que se puede apreciar, este principio, al margen de diferencias de detalle, está

13 — El sistema del Derecho europeo de sociedades como área del Derecho en que existe también al menos una parte del Derecho comunitario, comprende prácticamente sólo sociedades de capital [véase Behrens, P., *op. cit.,* nota 7, marg. 15, p. 8]. Ciertamente, la libertad de establecimiento (artículos 43 CE y 48 CE) y el artículo 44 CE, apartado 2, letra g), como norma fundamental de atribución de competencias en el Derecho comunitario de la Unión Europea, son de aplicación a todas las sociedades con ánimo de lucro, incluso las de Derecho público. Con todo, independientemente de las libertades fundamentales, el contenido normativo del Derecho europeo de sociedades para sociedades mercantiles personalistas se limita a un acto jurídico: el Estatuto de la Agrupación Europea de Interés Económico (véase Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, § 1, marg. 12, p. 6). El motivo por el que la legislación se centre en la sociedad anónima podría residir en que este tipo de sociedad, debido a su estructura, se considera la forma societaria idónea para las empresas que operan en el ámbito comunitario [véase Grünwald, A., *op. cit.,* nota 8, p. 13].

14 — Véase, sobre el principio de separación entre el patrimonio social y el de los socios, Kraft, A./Kreutz, P., *Gesellschaftsrecht,* 10ª ed., Berlín 1997, pp. 50 y 51; respecto a la distinción entre la responsabilidad de la sociedad y la de los socios en las sociedades de capital, Kocbek, M., *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem,* 2ª ed., GV Založba 2002, vol. I, p. 127.

reconocido en todos los Estados miembros. [15] Además, ha hallado acogida en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, [16] sobre cuya base se creó la forma societaria supranacional de la sociedad anónima europea (Societas Europaea, SE). [17] Si, en consideración a las circunstancias del asunto principal, el Derecho comunitario permite excepcionalmente reclamar la responsabilidad patrimonial de los socios, y hasta qué punto lo permite, es algo que debe determinarse mediante la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Directiva, concretamente atendiendo a su tenor literal, a su contexto sistemático y a su sentido y finalidad, e igualmente ha de tenerse en cuenta el grado de armonización actualmente existente en el ámbito Derecho de sociedades de la Unión.

35. No obstante, para responder a la cuestión prejudicial en primer lugar procede examinar

15 — Los ordenamientos jurídicos nacionales disponen una limitación de la responsabilidad para las sociedades de capital, si bien utilizan diferentes fórmulas. En algunos casos se establece que por las obligaciones de la sociedad sólo responde frente a los acreedores el patrimonio social; otros ordenamientos jurídicos disponen que los socios sólo responden con una determinada aportación o que no responden personalmente. Con esto se quiere decir, en todos los casos, que lo socios no responden frente a los acreedores de la sociedad, es decir, en la relación externa (véase Schwarz, G.C., *Europäisches Gesellschaftsrecht,* 1ª ed. Baden-Baden 2000, marg. 289, p. 187). Alemania: el artículo 1, apartado 1, de la Aktiengesetz (Ley de sociedades anónimas) y el artículo 13, apartado 2, de la Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley de sociedades de responsabilidad limitada) establecen que por las obligaciones de la sociedad sólo responde frente a sus acreedores el patrimonio social. Francia: el artículo L. 223-1, apartado 1, del Code de Commerce (Código de Comercio) establece que la sociedad de responsabilidad limitada *(société à responsabilité limitée)* es constituida por una o más personas que responden por las pérdidas únicamente hasta el importe de su participación. Del artículo L. 225-1 del Code de Commerce se desprende igualmente que los socios de la sociedad anónima *(société anonyme)* únicamente responden por las pérdidas hasta el importe de sus acciones. Austria: el artículo 48 de la Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Ley federal de sociedades anónimas) y el artículo 61, apartado 2, de la Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley de sociedades de responsabilidad limitada) establecen que por las obligaciones de la sociedad sólo responde frente a sus acreedores el patrimonio social. Eslovenia: el artículo 7, apartado 2, de la Zakon o gospodarskih družbah (Ley de sociedades mercantiles; en lo sucesivo, «ZGD-1») establece que se determinará por ley cuándo y cómo responden los socios junto con la sociedad. Con arreglo al artículo 168, apartado 2, de la ZGD-1, la sociedad anónima responde frente a los acreedores por sus obligaciones con todo su patrimonio. Conforme al artículo 168, apartado 3, de la ZGD-1, los accionistas no responden frente a los acreedores por las obligaciones de la sociedad. Asimismo, conforme al artículo 472 los socios de la sociedad de responsabilidad limitada no responden por las obligaciones de la sociedad [véase al respecto Kocbek, M., *op. cit.,* nota 14, vol. I, pp. 122 y 530, y vol. II, p. 336]. Reino Unido: las sociedades de capital, como la *public company limited by shares* y la *private company limited by shares,* se rigen por la Companies Act 2006 (Ley de sociedades de 2006). La primera se corresponde con la sociedad anónima alemana; la segunda, con la sociedad de responsabilidad limitada alemana (véase Just, C., *Die englische Limited in der Praxis,* Múnich 2005, p. 4). El artículo 1, apartado 1, de la Companies Act establece que una sociedad es *limited company* cuando la responsabilidad de sus miembros está limitada por sus estatutos, y que la responsabilidad puede limitarse a las participaciones *(shares)* o a una suma de garantía *(guarantee)*. España: con arreglo al artículo 1 de la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada,* el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. Lo mismo establece el artículo 1 de la *Ley 1564/89, de Sociedades Anónimas.*

16 — Reglamento del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO L 294, p. 1).

17 — La sociedad anónima europea, con arreglo al artículo 1 del Reglamento nº 2157/2001, tiene personalidad jurídica propia. Por lo tanto, como persona jurídica la sociedad (y no el conjunto de sus socios) es titular de derechos y obligaciones frente a terceros. La responsabilidad de cada accionista, es decir, del socio, se limita al capital nominal que haya suscrito, conforme al artículo 1, apartado 2, segunda frase, del Reglamento. De la disposición no se deduce si la responsabilidad por la realización de la aportación se limita a la relación interna o si los acreedores de la sociedad anónima europea también pueden dirigirse directamente contra el accionista. El hecho de que la sociedad sea persona jurídica no excluye *a priori* la responsabilidad frente a terceros. Dado que toda persona jurídica es titular de obligaciones y derechos, es necesaria, en principio, una disposición específica para fundamentar la responsabilidad de sus miembros frente a terceros, pues la relación jurídica de los acreedores es solamente con la sociedad, no con los socios. Como acertadamente explica Schröder, A., *Europäische Aktiengesellschaft SE* (coord. Gerhard Manz/Barbara Mayer/Albert Schröder), Baden-Baden 2005, art. 1 SE-VO, margs. 25 a 29, pp. 49 y 50, no hay causa de obligación para que exista una responsabilidad generalizada de los accionistas frente a terceros acreedores de la sociedad. En opinión del autor, el artículo 1, apartado 1, segunda frase, del Reglamento no constituye dicha causa de obligación, sino que limita a un importe determinado la obligación del accionista a desembolsar su aportación, sin establecer si dicha obligación tiene efectos sólo en la relación interna o también en la externa. Tan sólo excepcionalmente puede, a su juicio, decaer el principio de separación entre sociedad y socios, justificando que se reclame contra éstos, cuando de otra manera no puedan respetarse los intereses de los acreedores.

si la disposición nacional controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151, y ya en un momento posterior, si es compatible con los preceptos de ésta.

1. El Derecho derivado como criterio de apreciación

a) Aplicabilidad de la Directiva 68/151

i) Existencia de una sociedad anónima en el sentido del artículo 1 de la Directiva 68/151

36. El artículo 1 de la Directiva 68/151 define el círculo clásico de las sociedades de capitales, al que pertenece la forma jurídica de la sociedad anónima que posee la demandante del procedimiento principal conforme a la correspondiente normativa griega. Por lo tanto, esta referencia formal a una forma jurídica concreta pone de manifiesto, en todo caso, la inclusión en el ámbito personal de aplicación de la Directiva.

37. Debe examinarse asimismo si evoca la inclusión en el ámbito material de aplicación de la Directiva 68/151. Para ello debería reconocerse, en un primer análisis, el principio de limitación de la responsabilidad por los compromisos de la sociedad anónima.

ii) Reconocimiento de la limitación de la responsabilidad

38. El Derecho de sociedades anónimas es objeto de múltiples regulaciones en el seno de la Unión que, en conjunto, permiten reconocer un concepto general esencialmente completo. [18] Conforme a este concepto, la sociedad anónima es jurídicamente independiente y dispone de un capital mínimo dividido en acciones. Los accionistas están exentos de responsabilidad por las deudas sociales, y por ello, mediante las disposiciones pertinentes, se asegura la aportación y el mantenimiento del capital social. La estructura organizativa de la sociedad se caracteriza por la distinción entre el plano relativo a la gestión y la junta general, y dentro del plano de la gestión, por la distinción entre dirección y supervisión. Esto es válido independientemente de si en el plano directivo se prevé la existencia de dos órganos separados (sistema dual) o de un solo órgano (sistema monista): el Derecho societario de la Unión Europea permite elegir entre ambos modelos. Las acciones en principio son libremente transmisibles y pueden cotizar en bolsa; los accionistas tienen iguales derechos (en especial, derecho de voto y derecho a percibir dividendos) y obligaciones (deber de realizar la aportación). La contabilidad es objeto de una detallada regulación, y los documentos contables están sujetos a auditoría y a la publicidad legal. Las disposiciones

18 — Un punto de vista defendido también por Behrens, P., *op. cit.*, nota 7, marg. 15, p. 8, quien se remite a las numerosas características que configuran el Derecho de sociedades anónimas de la Unión Europea.

sobre grupos de empresas regulan los problemas específicos de las sociedades vinculadas. Sin embargo, entre los Estados miembros resulta controvertida esta concepción general del Derecho de sociedades anónimas en ciertos aspectos importantes (por ejemplo, en cuanto a la estructura de los órganos de gestión), por lo que aún no se ha conseguido adoptar las medidas de aproximación correspondientes.

39. En lo que se refiere al aquí relevante aspecto de la limitación de la responsabilidad cabe señalar que la Directiva 68/151 la reconoce claramente como principio del Derecho de sociedades de capital. [19] Así, del tercer considerando de dicha Directiva se desprende la apreciación de los autores de ésta de que las sociedades enumeradas en el artículo 1 «solamente ofrecen como garantía ante terceros el patrimonio social». Asimismo, el artículo 7 de la Directiva contiene una disposición que prevé la responsabilidad solidaria de ciertas personas por las obligaciones de la sociedad resultantes de actuaciones realizadas en nombre de ésta antes de que haya obtenido personalidad jurídica. Esto también evoca un reconocimiento del principio antes citado de separación entre el patrimonio social y el de los socios. Una formulación similar a la del tercer considerando de la Directiva se encuentra, por lo demás, en la Directiva 78/660/CEE, [20] que se remite a las disposiciones de la Primera, y según la cual «es necesaria una coordinación simultánea en estas materias para dichas formas de sociedad, debido a que [...] tales sociedades [...] ofrecen como garantía ante los terceros únicamente su patrimonio social». Además, es evidente que la Directiva 89/667, citada por el órgano jurisdiccional remitente y por los intervinientes, parte de la existencia de un principio en este sentido, por lo cual la limitación de la responsabilidad se designa en ella como un «instrumento jurídico» necesario para la sociedad unipersonal. [21]

40. Por lo tanto, llego a la conclusión de que el legislador comunitario, al adoptar las Directivas en cuestión, aunque no previó expresamente la limitación de la responsabilidad, es evidente que partió de la existencia de tal principio en los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de sociedades y de un Derecho comunitario no escrito en ese sentido. [22] Obviamente, esto nada dice acerca de su contenido normativo concreto. De ello me

19 — Véanse, a este respecto, Schwarz, G.C., *op. cit.*, nota 15, marg. 289, p. 187, quien explica que la limitación de la responsabilidad al patrimonio social se considera, según la doctrina, como un rasgo característico de las sociedades comprendidas en la Directiva 68/151.

20 — Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55).

21 — La sociedad unipersonal es una sociedad de capital en que una misma persona, física o jurídica, es titular de todas las participaciones. Por lo tanto, en la práctica se trata de un empresario individual (o empresa individual) que participa en el tráfico jurídico por medio de su sociedad de responsabilidad limitada, pero limitando su responsabilidad al importe de su aportación.

22 — Opinión defendida también por Grundmann, S., *op. cit.*, nota 13, § 9, marg. 286, p. 127.

ocuparé al examinar la compatibilidad de la disposición nacional controvertida con la Directiva 68/151.

iii) Responsabilidad por los compromisos de la sociedad anónima

41. Aunque la Directiva 68/151 reconoce una limitación de la responsabilidad al patrimonio social, sólo lo hace expresamente para los «compromisos» adquiridos por la sociedad, según se deduce del segundo considerando. Esto suscita la duda de si también se incluyen en ese concepto las multas impuestas por el Estado.

42. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [23] de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. Pero si el legislador comunitario en un acto jurídico se remite tácitamente a las costumbres de cada Estado miembro, no incumbe al Tribunal de Justicia dar al término utilizado una definición uniforme de Derecho comunitario. [24]

43. No obstante, en la Directiva no se halla ni una definición legal de este concepto jurídico indeterminado ni ninguna referencia que ayude a su interpretación. En tales circunstancias, procede señalar que el Derecho societario de la Unión Europea no persigue unificar íntegramente las disposiciones de los Estados miembros que rigen las sociedades, sino que hasta ahora se ha limitado a regular, por medio de la aproximación legislativa aplicando la técnica reguladora de las directivas, aspectos concretos del Derecho de sociedades, [25] lo que explica al mismo tiempo el uso de expresiones como «coordinar» y «hacerlas equivalentes» en el artículo 44 CE, apartado 2, letra g). Estos términos implican un grado menor de armonización, y esto es lo que diferencia las directivas basadas en el

23 — Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107), apartado 11; de 19 de septiembre de 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917), apartado 43; de 9 de septiembre de 2000, Yiadom (C-357/98, Rec. p. I-9265), apartado 26; de 6 de febrero de 2003, SENA (C-245/00, Rec. p. I-1251), apartado 23; de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal (C-55/02, Rec. p. I-9387), apartado 45; de 27 de enero de 2005, Junk (C-188/03, Rec. p. I-885), apartados 27 a 30, y de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, Rec. p. I-11519), apartado 31.

24 — Véase la sentencia Ekro, citada en la nota 23, apartado 14.

25 — En opinión de Jung, P./Müller-Huschke, W., *EU-Kommentar* (coord. Jürgen Schwarze), 2ª ed., Baden-Baden 2009, art. 44 CE, marg. 14, del tenor del artículo 44 CE, apartado 2, letra g) («coordinar», «hacerlas equivalentes») y de su relación sistemática con la norma de atribución de competencias del artículo 44 CE, apartado 1, limitada a la adopción de directivas, se deduce que no se ha intentado una unificación jurídica, sino solamente una aproximación legislativa. En términos similares, Hempel, K., *op. cit.*, nota 12, art. 44, marg. 13, p. 17. Prats Jané, S., *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz 2007, p. 13, subraya la diferencia fundamental entre aproximación legislativa y unificación jurídica. Mustaki, G./Engammare, V., *op. cit.*, nota 8, p. 105, señalan que el Tratado CE únicamente contiene un mandato de coordinación, y no de unificación, lo que permite a los Estados miembros mantener las particularidades nacionales en sus Derechos de sociedades.

artículo 44 CE, apartado 2, letra g), de los actos jurídicos en el campo del Derecho societario de la Unión Europea adoptados en virtud, por ejemplo, del artículo 95 CE. Así, el término de «aproximación» utilizado en el artículo 95 CE no ha de interpretarse desde un punto de vista técnico, pues comprende tanto la aproximación en sentido estricto como la unificación jurídica. [26] En cualquier caso, el artículo 95 CE no sólo permite la adopción de directivas, sino también de reglamentos y decisiones, las otras medidas vinculantes en el sentido del artículo 249 CE.

44. Por lo demás, tal como se desprende expresamente del fundamento jurídico del artículo 44 CE, apartado 2, letra g), la aproximación legislativa sólo se ha de realizar *en la medida necesaria*. Esta redacción demuestra que el principio de subsidiariedad ya quedó establecido aquí, antes de su regulación en el artículo 5 CE, apartado 2. [27] Por lo tanto, la actuación de la Unión presupone que los objetivos de la acción pretendida no se puedan alcanzar de manera suficiente por los Estados miembros y, debido a su dimensión o a sus efectos, se puedan alcanzar mejor en el plano comunitario. Atendiendo al tenor y a la situación sistemática del artículo 44 CE, apartado 2, letra g), entre las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, sólo son necesarias las medidas de aproximación legislativa que eliminen efectivamente o, al menos, atenúen los obstáculos que para el ejercicio de la libertad de establecimiento de las sociedades se deriven de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de sociedades. Sin embargo, no hay ningún elemento en la Directiva que indique que el legislador comunitario considerase necesaria una regulación de ámbito comunitario en este ámbito.

45. Por lo tanto, la falta de una disposición sobre el contenido del concepto referido a los compromisos de la sociedad se puede interpretar en el sentido de que el legislador comunitario evidentemente no tuvo intención de armonizar este concepto, sino que quiso dejar margen al Derecho nacional para un desarrollo legislativo concreto. Dado que el legislador comunitario no hizo uso de su competencia legislativa en este ámbito, sino que se remitió tácitamente al Derecho de los Estados miembros, no corresponde al Tribunal de Justicia dar una definición uniforme a este concepto en el Derecho comunitario.

46. En consecuencia, incumbe al juez nacional determinar, atendiendo a su Derecho nacional, si las multas impuestas por el Estado pueden considerarse como compromisos de una sociedad anónima. Según se desprende de la resolución de remisión, esta cuestión es contestada negativamente por la mayoría de los miembros del órgano jurisdiccional remitente. Sin embargo, una minoría de ellos responden afirmativamente, y lo hacen basándose en la libertad económica consagrada en la Constitución griega, así como a los principios reconocidos en el Derecho de sociedades de dicho Estado miembro.

26 — En este sentido, Schwarz, G.C., *op. cit.,* nota 15, marg. 201, p. 129.

27 — En la doctrina se sostiene el punto de vista de que el ejercicio de esta competencia de coordinación está sujeta a la reserva de la acción proporcionada en el sentido del artículo 5 CE, apartado 3. Ciertos autores consideran que la exigencia de necesidad del artículo 44 CE, apartado 2, letra g), halla su concreción en el principio de subsidiariedad [véase Behrens, P., *op. cit.,* nota 7, marg. 6a, p. 4]. Por el contrario, Schwarz, G.C., *op. cit.,* nota 15, marg. 198, p. 128, aprecia ahí una temprana expresión del principio de subsidiariedad.

47. Si el órgano jurisdiccional remitente llegase a la conclusión de que las multas, con arreglo al Derecho nacional, no pueden considerarse compromisos de una sociedad, en el presente caso habría que estimar que la disposición nacional controvertida no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151. En consecuencia, debería responderse a la cuestión de la compatibilidad declarando que en tal caso la Directiva 68/151 no se opone a una disposición como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95.

48. Habida cuenta de que en el ordenamiento jurídico griego, según parece, aún no se ha alcanzado una opinión uniforme acerca de esta cuestión jurídica, y ante la necesidad de ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil a su cuestión prejudicial, [28] procede examinar a continuación la legislación, de forma cautelar, también para el caso de que las multas deban calificarse como compromisos de la sociedad que generen la responsabilidad de la sociedad anónima y eventualmente, en caso de levantamiento del velo, de forma excepcional también de los accionistas.

28 — En la sentencia de 12 de julio de 1979, Union laitière normande (244/78, Rec. p. 2663), apartado 5, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien el artículo 234 CE no le permitía valorar los motivos para remitir una petición de decisión prejudicial, la necesidad de dar con una interpretación provechosa del Derecho comunitario puede hacer imprescindible analizar el contexto jurídico en que se va a insertar la interpretación solicitada. En opinión de Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union,* 2ª ed., p. 188, marg. 6-021, nada impide al Tribunal de Justicia exponer su punto de vista sobre los hechos del procedimiento principal y sobre algunos aspectos del Derecho nacional, como punto de partida para una interpretación útil de las disposiciones comunitarias y los principios del Derecho comunitario aplicables.

iv) Alcance de la responsabilidad de la sociedad anónima

49. Dado que la Directiva 68/151 tampoco prevé ninguna limitación de su ámbito material de aplicación en función de determinadas categorías de compromisos de la sociedad, sino que abarca en su conjunto la forma societaria de la sociedad anónima, una disposición como la del artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95 también queda comprendida en su ámbito de aplicación.

b) Compatibilidad con la Directiva 68/151

50. Con su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 1 de la Directiva 68/151 impide que se dé una disposición nacional como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95. De esta manera, se suscita inevitablemente la cuestión de la compatibilidad de dicha disposición con el Derecho comunitario, y a ese respecto se ha de recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia valorar, en el marco del procedimiento prejudicial, la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario ni interpretar el Derecho nacional. No obstante, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que pueden permitirle apreciar

tal conformidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido. [29]

51. En consecuencia, en el presente asunto el Tribunal de Justicia debe limitar su examen, y dar una interpretación del Derecho comunitario que resulte útil para el órgano jurisdiccional remitente, al que corresponde apreciar la conformidad con el Derecho comunitario de las disposiciones nacionales de que se trate, a fin de resolver el litigio de que conoce. [30]

52. El artículo 1 de la Directiva 68/151 sólo se opondría a una disposición nacional como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95 si aquélla contuviera una regulación exhaustiva de la limitación de la responsabilidad de una sociedad anónima que excluyese el levantamiento del velo en unas circunstancias como las del procedimiento principal.

53. Como ya se ha expuesto, si bien puede reconocerse que la Directiva 68/151 postula el principio de separación entre el patrimonio social y el de los socios, [31] de ello no se infiere, sin más, una regulación exhaustiva de este ámbito. Como acertadamente ha declarado la Comisión, la Directiva 68/151 precisamente no tiene por objeto armonizar la forma societaria de la sociedad anónima en sí, tal como se la conoce en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Como ya se ha expuesto, [32] su fundamento jurídico, contenido en el artículo 44 CE, apartado 2, letra g), se dirige a la aproximación legislativa, aunque no es su objeto la unificación jurídica. Tampoco se puede invocar esta disposición como base para la creación de formas societarias supranacionales. Las directivas adoptadas en virtud de esta disposición del Tratado no tienen por objeto una regulación exhaustiva del Derecho de sociedades: con ellas no se crea un Derecho unitario, sino que exclusivamente armonizan ciertos ámbitos parciales, dejando a los Estados miembros un margen de maniobra mediante la técnica legislativa de las directivas. La finalidad de las directivas es la de introducir en toda la Unión regímenes materialmente equivalentes de las disposiciones de protección de los socios y de los acreedores. [33]

54. Por lo tanto, según la interpretación correcta, el artículo 1 de la Directiva 68/151 se limita a determinar para cada Estado miembro las formas societarias a las que son de aplicación las obligaciones de publicidad establecidas en la Directiva 68/151. Dicha disposición no define formas societarias concretas ni las vincula a características específicas. Por el contrario, mediante una simple enumeración se hace referencia a las formas societarias ya conocidas en los ordenamientos jurídicos de

29 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros (C-292/92, Rec. p. I-6787), apartado 8; de 23 de marzo de 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartado 24; de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Rec. p. I-349), apartados 49 y 50, y de 16 de diciembre de 2008, Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999), apartado 51.

30 — Véase, entre otras, la sentencia Michaniki, citada en la nota 29, apartado 52.

31 — Véase el punto 39 de las presentes conclusiones.

32 — Véase el punto 43 de las presentes conclusiones.

33 — En este sentido, Hempel, K., *op. cit.*, nota 12, art. 44, marg. 13, p. 17.

los Estados miembros. [34] Por lo tanto, no se puede negar a los Estados miembros la posibilidad de imponer obligaciones adicionales a los tipos de sociedades allí enumerados, con la condición de que esas obligaciones no sean contrarias a la Directiva ni a otras disposiciones del Derecho comunitario.

55. Así, por ejemplo, no es posible citar una sola disposición de las Directivas que obligue a los Estados miembros a establecer en su Derecho societario nacional que la responsabilidad de una sociedad anónima se limite al patrimonio social, a pesar de que numerosos ordenamientos jurídicos nacionales contienen disposiciones en tal sentido. [35] Antes bien, parece ser al contrario, pues si bien la Directiva 89/667 menciona en su quinto considerando el principio de la limitación de la responsabilidad como «instrumento jurídico» necesario para la sociedad unipersonal, al mismo tiempo deja intacto el derecho de los Estados miembros a imponer, en casos excepcionales, una responsabilidad al empresario individual con respecto a las obligaciones de la empresa. A partir de aquí se puede concluir que en todo caso el Derecho comunitario permite la quiebra del principio de limitación de la responsabilidad. Pero el propio legislador comunitario no establece esas excepciones. Como se aprecia en la Directiva 89/667, el legislador comunitario las admite, [36] bien explícitamente para ciertos grupos de casos claramente descritos (p. ej., artículo 2, apartado 2, de la Directiva 89/667), bien menos explícitamente y en forma de cláusula general abierta (quinto considerando: «en casos excepcionales»). Mientras que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 89/667, según se desprende del sexto considerando, debe considerarse una disposición exhaustiva, toda ruptura con el principio de limitación de la responsabilidad invocando un caso excepcional en el sentido del quinto considerando debe justificarse en función de las circunstancias del caso concreto.

56. Sin embargo, en cuanto a las disposiciones citadas hay que tener en cuenta que son de aplicación exclusivamente a las sociedades unipersonales. En cambio, no existe una normativa similar en la Directiva 68/151, aplicable al presente caso. Es más, no es posible encontrar en ella supuestos excepcionales

34 — En este sentido, también Grünwald, A., *op. cit.*, nota 8, p. 13, quien señala que las directivas de la Unión en el campo del Derecho de sociedades sólo remiten al criterio formal de la forma jurídica. En vista de este hecho y habida cuenta de la diversa difusión de las sociedades anónimas, en la práctica se registra un muy diferente grado de armonización entre los Estados miembros. Schwarz, G.C., *op. cit.*, nota 15, marg. 282, p. 182, expone que las directivas de la Unión en el campo del Derecho de sociedades no comprenden todas las sociedades destinatarias de la libertad de establecimiento, sino que el ámbito de aplicación de esas directivas se limita a ciertas formas societarias, explícitamente enumeradas, de cada uno de los Estados miembros. Por lo tanto, se prefiere la técnica legislativa de la enumeración en lugar de conceptos generales sujetos a interpretación. En el artículo 1 de cada Directiva o de la correspondiente propuesta de Directiva se mencionan las formas jurídicas de las sociedades a las que se han de aplicar las medidas de coordinación.

35 — Así lo afirma Werlauff, E., *EU-Company Law*, 2ª ed., Copenhague 2003, p. 40. El autor explica, por un lado, que las disposiciones de las Directivas en el ámbito del Derecho de sociedades no prevén ninguna obligación para los Estados miembros de establecer, como característica esencial de su definición de sociedad anónima, que la responsabilidad de la sociedad se ha de limitar al patrimonio social, aunque en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales se encuentren disposiciones en este sentido. Por otro lado, el autor señala que las existentes disposiciones de las Directivas no impiden que los Estados miembros mantengan disposiciones, bien por la vía legislativa, bien mediante la jurisprudencia, que en determinados casos impongan a los socios una responsabilidad directa por las deudas de la sociedad conforme al principio del levantamiento del velo (en alemán, «*Haftungsdurchgriff*»; en danés, «*ansvarsgenombrott*»; en inglés, «*principle of lifting the veil*»).

36 — Opinión defendida también por Grundmann, S., *op. cit.*, nota 13, § 9, marg. 288, p. 128.

que permitan prescindir de la limitación de la responsabilidad en méritos de los motivos alegados por el Gobierno griego. Según informa el Gobierno griego, la disposición nacional controvertida está justificada por motivos de interés público y social. En su opinión, la sanción, concebida como limitación de la actividad económica de los socios, queda justificada por la circunstancia de que éstos, debido a su participación en la junta general y en el nombramiento de los órganos de gestión, están en condiciones de vigilar el respeto de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión. [37]

57. A falta de una regulación explícita en la Directiva 68/151, la competencia para disponer una ruptura excepcionalmente permitida del principio de limitación de la responsabilidad de las sociedades anónimas corresponde, por las razones antes expuestas, al legislador nacional. [38] De la falta de armonización se deduce que, en principio, incumbe a los Estados miembros decidir, conforme a su criterio, en qué medida quieren tener en consideración la protección del interés en cuestión, mediante la quiebra del principio de limitación de la responsabilidad de una sociedad anónima.

58. Por todo ello, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 68/151 no se opone a una disposición nacional como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/1995, que establece que las multas previstas en los apartados anteriores de dicho artículo en caso de infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión se impongan de manera conjunta y solidaria no sólo a la sociedad titular de la licencia para la creación y el funcionamiento del canal de televisión, sino también a todos los accionistas que sean titulares de una cantidad de acciones superior al dos y medio por ciento (2,5 %).

2. Compatibilidad con el Derecho primario

a) Admisibilidad del recurso al Derecho primario

59. Como ya se ha señalado, la facultad que en principio asiste al legislador nacional para imponer obligaciones adicionales a los tipos de sociedades enumerados en el artículo 1 de la Directiva 68/151 queda limitada por las demás disposiciones del Derecho

37 — Véanse los apartados 9 y 10 del escrito del Gobierno griego.

38 — Véase la sentencia de 16 de diciembre de 1997, Rabobank (C-104/96, Rec. p. I-7211), apartados 22 a 24, en que el Tribunal de Justicia reconoció la competencia normativa del legislador nacional a falta de una disposición expresa en la Directiva 68/151. En aquel asunto se trataba de la cuestión de si el Derecho nacional puede disponer limitaciones al poder de representación de los órganos en casos concretos aun cuando el tercero no fuera realmente consciente de una infracción. El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente con el argumento de que el legislador comunitario no quiso regular tales casos (de conflicto de intereses y de autocontratación) y que dejó una laguna normativa. Dicha laguna debía ser colmada conforme al Derecho nacional.

comunitario, [39] y en particular ha de pensarse en las disposiciones de Derecho primario relativas a la libertad de establecimiento. [40] En primer lugar, las Directivas antes citadas tienen por objeto precisamente hacer realidad dicha libertad fundamental, tal como se desprende expresamente del artículo 44 CE, apartado 1. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia en su sentencia Daihatsu, [41] que tuvo por objeto la interpretación de la Directiva 68/151, declaró que el artículo 44 CE, apartado 2, letra g), había de considerarse en relación con las demás disposiciones de Derecho primario. [42]

60. Aunque en la cuestión prejudicial no se recoge explícitamente una petición similar de interpretación de estas disposiciones, el órgano jurisdiccional remitente se remite a ellas en algunos pasajes de su resolución de remisión, [43] lo que deja traslucir que es consciente de la relevancia de dichas disposiciones para la resolución del procedimiento principal. Además, la Comisión se ha pronunciado brevemente en su escrito acerca de la cuestión de la compatibilidad de la disposición nacional controvertida con los artículos 43 CE y 48 CE.

61. A este respecto, hay que recordar que incumbe al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido, aun cuando el órgano jurisdiccional nacional no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. [44] En vista de las repercusiones que tendrá la decisión prejudicial en el ordenamiento jurídico griego, me parece imprescindible ocuparme de las disposiciones antes citadas al examinar el presente asunto.

b) Libertad de establecimiento

i) Aplicabilidad de los artículos 43 CE y 48 CE

62. Con arreglo al artículo 43 CE, apartado 2, la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su

39 — Véase el punto 54 de las presentes conclusiones.

40 — Véase Grundmann, S., *op. cit.*, nota 13, § 9, marg. 311, p. 136, que aparentemente comparte este punto de vista. El autor examina la cuestión de si los Estados miembros están autorizados a establecer excepciones al principio de limitación de la responsabilidad de las sociedades de capital. A su parecer, también se ha de considerar el argumento de que falta incluso la competencia de prohibir al legislador nacional nuevas excepciones, de manera que la Directiva ha de interpretarse en este sentido (conforme al Derecho primario). El autor parece proponer un examen a la luz de las disposiciones de Derecho primario relativas a la libertad de establecimiento. Habersack, M., *op. cit.*, nota 10, § 1, marg. 3, p. 1, señala que las libertades fundamentales imponen límites a la discrecionalidad del legislador nacional, incluso con independencia de la creación de Derecho derivado.

41 — Sentencia de 4 de diciembre de 1997 (C-97/96, Rec. p. I-6843).

42 — *Ibid.*, apartado 18. Allí el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «Procede señalar que la letra g) del apartado 3 del artículo 54 debe interpretarse a la luz tanto de los artículos 52 y 54 del Tratado CE, de los cuales resulta que la coordinación de las legislaciones en materia de sociedades se inscribe en el programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, como de la letra h) del artículo 3 del Tratado CE, en virtud de la cual la acción de la Comunidad implicará la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común.»

43 — Véanse las páginas 5 y 7 de la resolución de remisión.

44 — Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1990, SARPP (C-241/89, Rec. p. I-4695), apartado 8; de 2 de febrero de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, conocida como «Clinique» (C-315/92, Rec. p. I-317), apartado 7; de 4 de marzo de 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Rec. p. I-1301), apartado 16; de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), apartado 38, y de 17 de febrero de 2005, Oulane (C-215/03, Rec. p. I-1215), apartado 47.

ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el artículo 48 CE, párrafo segundo, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. Por lo tanto, el ámbito personal de aplicación de esta libertad fundamental comprende primordialmente a los empresarios.

63. Por otro lado, según reiterada jurisprudencia, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión, por un nacional del Estado miembro de que se trate, de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia efectiva en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de ésta. [45] Por lo tanto, el artículo 43 CE, apartado 1, en principio protege también a los socios de una sociedad anónima en la medida en que ostenten en ella tal posición de influencia. [46]

64. Este requisito resulta determinante, asimismo, para la delimitación frente a la libre circulación de capitales. Así, si una participación no es suficiente para poder ejercer una influencia efectiva en las decisiones de una sociedad, la libertad fundamental relevante no será la libertad de establecimiento, sino la libre circulación de capitales. [47]

65. Cuándo exactamente existe una influencia determinante que dé lugar a la inclusión en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento no ha sido objeto de definición

45 — Véanse, entre otras, las sentencias de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 22; de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 37; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartado 31; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Rec. p. I-2107), apartado 27; de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania (C-112/05, Rec. p. I-8995), apartado 13; de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Rec. p. I-10451), apartado 29; de 17 de julio de 2008, Comisión/España (C-207/07), apartado 60; de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C-282/07, Rec. p. I-10767), apartado 25; de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Rec. p. I-5145), apartado 34, y de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, Rec. p. I-487), apartado 27. Auto de 4 de junio de 2009, KBC Bank y otros (C-439/07 y C-499/07, Rec. p. I-4409), apartado 70.

46 — Véase, por ejemplo, la sentencia Baars, citada en la nota 45, apartado 22. En ella se trataba de un nacional de un Estado miembro que residía en este Estado miembro y era titular de la totalidad de las acciones de una sociedad establecida en otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia resolvió que una participación del 100 % en el capital de una sociedad con domicilio social en otro Estado miembro incluye indudablemente al sujeto pasivo en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento.

47 — En este sentido, Randelzhofer/Forsthoff, *Das Recht der Europäischen Union* (coord. Grabitz/Hilf), art. 43, marg. 115, p. 31, y Ress/Ukrow, art. 56, marg. 156, p. 68. Véanse también las conclusiones presentadas por el Abogado General Alber el 14 de octubre de 1999 en el asunto en que recayó la sentencia Baars, citada en la nota 45, punto 33, en las que el Abogado General aseveró que el límite entre la simple inversión de capital en forma de acciones en una empresa establecida en otro Estado miembro y el establecimiento en este Estado miembro puede situarse allí donde el accionista ya no aspira a obtener beneficios de la mera aportación de capital destinada a financiar la actividad de una empresa dirigida por otras personas, sino que pasa a desarrollar por sí mismo una actividad empresarial. Además del simple derecho de voto del accionista, esta actividad en la empresa supone que es titular de una participación que le permite ejercer una influencia sustancial en las decisiones de la sociedad. A este respecto hay que remitirse a las normas de Derecho societario del Estado en el que esté establecida la empresa. Véanse, por último, las sentencias SGI, citada en la nota 45, apartados 36 y 37, y Aberdeen Property Fininvest Alpha, citada en la nota 45, apartados 34 y 35.

general por el Tribunal de Justicia, sino que su jurisprudencia atiende en cada caso a las circunstancias concretas y al Derecho societario pertinente. [48] En cualquier caso, la sentencia Baars, [49] en la que tiene su origen esta reiterada jurisprudencia, parece sugerir que es así cuando, en función de las circunstancias concretas, se posee la posibilidad del «control o la gestión de la sociedad», algo que no sucede necesariamente con toda participación sustancial.

66. Si realmente una participación del 2,5 % en el capital social basta para poder ejercer una influencia efectiva sobre las decisiones de la sociedad de que se trate y determinar sus actividades debe precisarlo, [50] en principio, el órgano jurisdiccional remitente a la luz de las circunstancias concretas del procedimiento principal y del Derecho societario relevante. En este punto se suscitan ciertas dudas sobre el cumplimiento de este requisito. Por otro lado, hay que tener en cuenta que este porcentaje sólo representa un mínimo de participación, por lo que la disposición nacional controvertida comprende también participaciones mucho más amplias en el capital social que, en teoría, pueden conferir al socio correspondiente la posibilidad de ejercer una influencia efectiva, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre las decisiones de esa sociedad y determinar sus actividades.

67. De cualquier modo, de la resolución de remisión [51] se desprende que la mayoría de los miembros del órgano jurisdiccional remitente defienden el punto de vista de que, en razón de la particularidad de las medidas que se aplican a las sociedades anónimas que explotan emisoras de comunicación audiovisual televisiva, como el carácter nominal de las acciones, etcétera, se debe considerar que el accionista de estas sociedades titular de más del 2,5 % de su capital social no es un inversor común, sino un «accionista-empresario» que tiene la posibilidad de influir en la administración de la persona jurídica y, por ende, en el funcionamiento del canal de televisión. Asumiendo la veracidad de estas afirmaciones, se ha de considerar que los socios de la sociedad en cuestión están igualmente protegidos por la libertad de establecimiento.

48 — Véase Randelzhofer/Forsthoff, *op. cit.*, nota 47, art. 43, marg. 115, p. 31, y Ress/Ukrow, art. 56, marg. 156, p. 68. Estos últimos señalan que una participación en el capital inferior al 25 %, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en ciertos casos puede bastar para conferir una influencia determinante, cuando por otro medio permitan al titular disponer de una influencia dominante sobre la sociedad participada al asociarse con otros titulares de participaciones. En todo caso, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia una participación de tan sólo el 10 % de los derechos de voto por lo general no es suficiente para asegurar una influencia efectiva sobre las decisiones de la sociedad y su actividad.

49 — Citada en la nota 45, apartado 19.

50 — Véanse las sentencias X e Y, citada en la nota 45, apartado 37; Comisión/Alemania, citada en la nota 45, apartado 14; Comisión/España, citada en la nota 45, apartados 35 a 39 y 61, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia (C-326/07, Rec. p. I-2291), apartados 38 y 39.

51 — Véase la página 4 de la resolución de remisión.

68. El artículo 48 CE a su vez establece la validez del capítulo relativo al derecho de establecimiento para las sociedades y asociaciones tanto de Derecho público como de Derecho privado, al equipararlas a las personas físicas, en determinadas condiciones. [52]

ii) Restricción de la libertad de establecimiento

69. Al no haber motivos para pensar que la disposición controvertida se aplica de forma diferente a sociedades anónimas extranjeras o a socios extranjeros, a continuación asumiremos el carácter no discriminatorio de dicha disposición.

— El artículo 43 CE como prohibición general de restricción

70. Por consiguiente, aún queda por examinar si dicha disposición constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE y si dicha restricción, en su caso, puede estar justificada. Según reiterada jurisprudencia, [53] el artículo 43 CE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado.

71. Conforme a dicha jurisprudencia, el artículo 43 CE no sólo contiene una prohibición de realizar discriminaciones manifiestas y solapadas, sino que también puede entenderse como una prohibición general de restricción. Por lo tanto, son restricciones en el sentido del artículo 43 CE no sólo las disposiciones discriminatorias, sino, en ciertas condiciones, también las disposiciones que no lo son pero que, bien intencionadamente, bien por sus efectos prácticos, por lo general perjudican a

52 — Véase Troberg/Tiedje, en: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (coord. Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), art. 48, marg. 1, p. 1596.

53 — Véanse, entre otras, las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37; de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartado 34; de 1 de febrero de 2001, Mac Quen y otros (C-108/96, Rec. p. I-837), apartado 26; de 17 de octubre de 2002, Payroll y otros (C-79/01, Rec. p. I-8923), apartado 26; de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos (C-299/02, Rec. p. I-9761), apartado 15; de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, Rec. p. I-10155), apartado 133; de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia (C-140/03, Rec. p. I-3177), apartado 27, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721), apartado 33.
El artículo 43 CE es de contenido idéntico al del artículo 31 del Tratado EEE, para cuya interpretación es competente el Tribunal de la AELC (con respecto a los Estados miembros del AELC/EEE). Atendiendo al principio de jurisprudencia homogénea en el seno del Espacio Económico Europeo, el Tribunal de la AELC ha aplicado la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a dicha disposición del Tratado. Véanse, en particular, las sentencias de 26 de junio de 2007, OVA/Noruega (E-2/06, Rec. p. 163), apartado 64, y de 7 de mayo de 2008, Seabrokers/Noruega (E-7/07, Rec. p. 171), apartado 50. Sobre el principio de homogeneidad y sobre la necesidad de diálogo entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de la AELC, véase Baudenbacher, C., «The EFTA Court, the ECJ, and the latter's Advocates General: a tale of judicial dialogue», *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs,* 2008, pp. 120 y 121.

los extranjeros. [54] El artículo 43 CE se opone, por principio, a toda disposición nacional que pueda obstaculizar o «hacer menos atractivo» el ejercicio de la libertad de establecimiento. [55] En su jurisprudencia acerca de la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia ha impulsado la evolución de las libertades fundamentales desde una prohibición de discriminación conforme a la idea de «igualdad estructural de las libertades fundamentales» hacia una prohibición general de restricción. [56]

72. El punto de partida de toda reflexión al examinar el carácter restrictivo de la disposición controvertida ha de ser, en mi opinión, el caso hipotético de que una sociedad domiciliada en la Unión bien traslade su sede principal a Grecia (libertad de establecimiento primaria) o bien establezca allí una sucursal (libertad de establecimiento secundaria). [57] No se puede descartar que la perspectiva de una eventual ruptura del principio de limitación de la responsabilidad de la sociedad anónima y, por ende, también del riesgo de una corresponsabilidad personal de los socios en caso de infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión pueda disuadir a las empresas que bien deseen trasladar a Grecia su sede desde un Estado miembro, bien deseen abrir allí un establecimiento. La imposición de una sanción que lleve aparejado un menoscabo económico incluso para los socios puede hacer que esa sociedad y todos sus accionistas se abstengan de operar en el sector mediático griego. Según ha expuesto el órgano jurisdiccional remitente, la extensión de la responsabilidad a los socios determina también que resulte poco atractiva la adquisición de acciones de dichas sociedades, como en el caso de la demandante del procedimiento principal. [58] Por lo tanto, la disposición controvertida es en principio susceptible de hacer menos atractivo a las sociedades extranjeras el ejercicio de la libertad de establecimiento garantizada en el Tratado.

73. Según la definición general de restricción en el sentido del artículo 43 CE que se ha

54 — Véase Schwarz, G.C., *op. cit.,* nota 15, marg. 136, p. 89.

55 — En este sentido, Mustaki, G./Engammare, V., *op. cit.,* nota 8, p. 40; Prats Jané, S., *op. cit.,* nota 25, p. 94, y Forsthoff, U./Schulz, M., «Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften», *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (coord. Heribert Hirte/Thomas Bücker), 2ª ed., Berlín 2006, marg. 38, p. 82, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia allí citada. Como ejemplo clásico de restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE, apartado 1, Jung, P., *EU-Kommentar* (coord. Jürgen Schwarze), 2ª ed., Baden-Baden 2009, art. 48 CE, marg. 21, se refiere, por ejemplo, a las tasas de inscripción en el Registro mercantil de sociedades o de sus sucursales.

56 — Ulmer, P., «Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz», *Juristenzeitung* 1999, p. 665, señala que la fórmula Cassis de Dijon, desarrollada en el terreno de la libre circulación de mercancías, también es válida en el campo de la libertad de establecimiento, habiendo sido reconocido así en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia. Véase también Habersack, M., *op. cit.,* nota 10, § 3, marg. 4, p. 4, que hace referencia a la amplitud del concepto de restricción de la libertad de establecimiento desarrollado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Kraus y Gebhard.

57 — A este respecto ha de tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail (81/87, Rec. p. 5483), apartado 25, según la cual los artículos 43 CE y 48 CE, en el estado actual del Derecho comunitario, no confieren a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene en éste su domicilio social, derecho alguno a trasladar su centro de dirección a otro Estado miembro. Por el contrario, en la sentencia Centros, citada en la nota 53, el Tribunal de Justicia reconoció el derecho de los socios a establecer una sucursal en otro Estado miembro. Véase al respecto Maranelli, K., «Il diritto comunitario di stabilimento delle società», *Percorsi di diritto societario europeo,* Turín 2000, pp. 122 y 123.

58 — Véase la página 4 de la resolución de remisión.

defendido hasta ahora en la jurisprudencia, en el caso del procedimiento principal debe considerarse que estamos ante una restricción de la libertad de establecimiento. [59]

— Posibilidad de delimitación teleológica de la prohibición de restricción

74. Es cierto que el Tribunal de Justicia, como ya hemos visto, aparentemente parte de la convergencia de las libertades fundamentales también en relación con la libertad de establecimiento al interpretar con la misma amplitud el concepto de restricción del artículo 43 CE. [60] Sin embargo, hasta ahora no se ha pronunciado claramente sobre el alcance del artículo 43 CE, apartado 1. Habida cuenta de que, con motivo de la jurisprudencia Keck y Mithouard, [61] se llevó a cabo una restricción de la libre circulación de mercancías con arreglo al artículo 28 CE, se plantea el interrogante de si también es razonable una delimitación dogmática del concepto de restricción en lo que respecta a la libertad de establecimiento. A favor de ese planteamiento podría aducirse la finalidad de esta libertad fundamental, que pretende facilitar la elección del lugar para la sede, pero no ha de ser un instrumento para que el operador económico modifique sus condiciones de emplazamiento con respecto a los competidores nacionales. [62]

75. En correspondencia con el sentido y la finalidad de la libertad de establecimiento de suprimir los obstáculos a la entrada de las sociedades de otros Estados miembros, y atendiendo al objetivo del Derecho societario de la Unión Europea de garantizar la continuidad y la identidad de una sociedad en caso de traslado transfronterizo de su emplazamiento, [63]

59 — Véase Grundmann, S., *op. cit.*, nota 13, § 9, marg. 311, p. 137, quien afirma también el carácter restrictivo de una ruptura por ley del principio de limitación de la responsabilidad, si bien lo plantea en otros términos. En su opinión, al menos en las situaciones transfronterizas la libertad de establecimiento se ve sin duda reforzada cuando en el extranjero no se ha de temer una ruptura de esa limitación. Müller-Graff, P.-C., *EUV/EGV-Kommentar* (coord. Rudolf Streinz), art. 48, marg. 22, p. 692, se ocupa de las reglas del levantamiento del velo por razones de protección de los acreedores, al examinar la cuestión de si son compatibles con el artículo 43 CE las restricciones al traslado de una sociedad a otro Estado miembro. A su parecer, en ciertos casos pueden estar justificadas. Por lo tanto, se deduce que el autor entiende que las reglas del levantamiento del velo constituyen restricciones a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE. Ulmer, P., *op. cit.*, nota 56, p. 665, parece considerar igualmente que el levantamiento del velo es una restricción de la libertad de establecimiento que, no obstante, podría superar la prueba de la proporcionalidad.

60 — Véase Skouris, V., «Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, p. 94, quien señala que en la relación de las libertades fundamentales entre ellas se aprecia una tendencia al paralelismo (palabra clave: «dogmática uniforme de los derechos fundamentales»). En su opinión, al examinar los obstáculos a las libertades fundamentales esto permite combinar los obstáculos específicamente previstos, en su caso, para cada una de ellas con la figura general de las razones imperiosas del interés general. Sostiene que, no obstante, la frecuentemente utilizada «fórmula Gebhard» (véase el punto 70 de las presentes conclusiones) no se refiere específicamente a una libertad fundamental, sino que es aplicable a todas ellas.

61 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

62 — En este sentido, Forsthoff, U., «Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften», *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (coord. Heribert Hirte/Thomas Bücker), 2ª ed., Berlín 2006, margs. 38 y 39, pp. 82 y 83.

63 — En todo caso, actúan como obstáculos al traslado las disposiciones nacionales que afectan a la identidad de la sociedad. Esta identidad debe quedar intacta al traspasar la frontera. Las disposiciones que interfieren en la identidad de la sociedad no pueden considerarse comprendidas entre las condiciones de emplazamiento, ya que no se imponen externamente al operador económico, sino que modifican al mismo tiempo desde dentro la estructura del titular de la libertad de establecimiento, que es la sociedad. Los planteamientos de la protección de la identidad están recogidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [véase la sentencia de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, Rec. p. I-9919), apartados 80 y 81].

en principio cabría pensar en determinar el alcance de la prohibición de restricción en función de si la disposición nacional de que se trate pone «obstáculos específicos al acceso» o simplemente establece «condiciones de emplazamiento». En el primer caso se aplicaría la prohibición de restricción; en los demás casos, solamente la prohibición de discriminación directa e indirecta que comprende la libertad de establecimiento. [64] Ciertas sentencias relativas a la libre prestación de servicios [65] y a la libre circulación de capitales [66] demuestran que el Tribunal de Justicia concibe las libertades fundamentales primordialmente como instrumentos de apertura del mercado y, en consecuencia, al examinar la cuestión de si en el caso concreto existe una restricción de las libertades fundamentales, analiza las disposiciones nacionales en función de si obstaculizan o no el acceso al mercado.

64 — A este respecto, Forsthoff, U., *op cit.*, nota 62, margs. 73 y 74, pp. 544 y 545. Habersack, M., *op. cit.*, nota 10, § 3, marg. 7, p. 13, sostiene que los artículos 43 CE y 48 CE contienen una prohibición de restricción en la medida en que se trate del acceso al mercado y, por ende, de la libertad de establecimiento como tal. En cambio, en lo que respecta al ejercicio de la actividad económica por una sociedad, una vez establecida, en el territorio de otro Estado miembro, son relevantes las disposiciones generales nacionales. Según esto, especialmente los impedimentos relacionados con las disposiciones vinculantes pero no discriminatorias de la legislación nacional en materia de actividad económica, competencia y trabajo ya no entran en el ámbito de protección de la libertad de establecimiento. Se trata más bien de meras «modalidades de venta» en el sentido de la jurisprudencia Keck. Por lo tanto, no procede realizar un control del Derecho nacional sobre la base del principio de proporcionalidad. Siempre que no sea discriminatorio, el Derecho nacional puede imponerse a las sociedades establecidas en otros Estados miembros.

65 — Sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 37. La sentencia se refería a una prohibición nacional del llamado «*cold calling*» que, a juicio del Tribunal de Justicia, *condicionaba directamente el acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros*. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que podía obstaculizar el comercio intracomunitario de los servicios. Esto demuestra que el Tribunal de Justicia entiende las libertades fundamentales primordialmente como instrumento de apertura del mercado. Véase también la sentencia de 11 de abril de 2000, Deliège (C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549), apartados 60 y 61.

66 — Sentencia de 13 de mayo de 2003, Comisión/España (C-463/00, Rec. p. I-4581), apartado 61, en relación con la libre circulación de capitales. En ella el Tribunal de Justicia consideró que las disposiciones nacionales que restringían las inversiones eran restricciones a la circulación de capitales en el sentido del artículo 56 CE. En opinión del Tribunal de Justicia, si bien era cierto que las restricciones controvertidas referentes a las operaciones de inversión eran indistintamente aplicables tanto a los residentes como a los no residentes, era necesario señalar que afectaban a la situación del adquirente de una participación como tal, de modo que podían disuadir a los inversores de otros Estados miembros a efectuar tales inversiones y, en consecuencia, *condicionar el acceso al mercado*. Véase también la sentencia del mismo día Comisión/Reino Unido (C-98/01, Rec. p. I-4641), apartado 47.

76. La disposición nacional controvertida, tras un examen detenido, resulta no ser una disposición destinada a regular específicamente el «acceso» de las sociedades anónimas al sector mediático griego, ni tampoco actúa como «obstáculo» para todo aquel que pretenda acceder a ese sector en particular. Por el contrario, forma parte de un marco jurídico general que rige el funcionamiento de los canales de televisión. Tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la normativa y del código deontológico que regulan dicho funcionamiento. Desde el punto de vista de un observador objetivo, estas disposiciones integran un conjunto normativo para el sector de los medios de comunicación al que todo operador de un canal de televisión debe siempre atenerse. Desde el punto de vista jurídico, la obligación de respetar ese conjunto normativo para el sector mediático debe verse como una «carga» vinculada a la explotación de un canal de televisión, y no

como una «condición».[67] Esto significa que no determina «si» ni «cuándo», sino únicamente «cómo» ha de funcionar un canal de televisión. Por lo tanto, lo único que se regula son las «modalidades» de funcionamiento de un canal de televisión. Por lo demás, su cumplimiento no afecta ni a la existencia ni a la identidad de la sociedad anónima.

77. En caso de que el Tribunal de Justicia se pronuncie a favor de una delimitación teleológica de la prohibición de restricción, la disposición nacional controvertida deberá calificarse como «condiciones de emplazamiento», que, conforme a esta interpretación, no deben considerarse restricciones en el sentido del artículo 43 CE, apartado 1. A falta de una restricción de la libertad de establecimiento, resultaría, en principio, innecesario un mayor análisis a la luz de los artículos 43 CE y 48 CE.

78. Sin embargo, a este respecto creo que es preciso llamar la atención sobre el hecho de que, si bien en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia existen elementos para pensar que en casos concretos es proclive a aceptar una interpretación más restrictiva, esto en ningún caso puede entenderse en el sentido de que el Tribunal de Justicia ha renunciado a su anterior interpretación amplia del concepto de restricción. Por el contrario, en principio ha de partirse de una concepción amplia del término. En consecuencia, las siguientes consideraciones se basan en el concepto de una prohibición general de restricción.[68]

79. Por lo tanto, estamos ante una restricción de la libertad de establecimiento.

iii) Justificación de la restricción de la libertad de establecimiento

80. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende[69] que las medidas nacionales que restringen el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado deben cumplir los siguientes requisitos para ser compatibles con el artículo 43 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, la protección de los

67 — En el Derecho administrativo general, las condiciones se caracterizan por que supeditan el inicio o el final de la eficacia de un acto administrativo a un determinado acontecimiento cuyo cumplimiento es incierto. A este respecto, la incertidumbre puede referirse no sólo a «cuándo» sucederá el acontecimiento, sino también a «si» sucederá realmente. La carga, por el contrario, a diferencia de la condición, contiene una regulación material propia, concretamente la obligación de que el beneficiario del acto administrativo realice, tolere u omita una acción. El acto administrativo asociado a la carga es inmediatamente válido, con independencia de si la carga se cumple o no. El acto administrativo sometido a una condición suspensiva, en cambio, no adquiere validez hasta el cumplimento de la condición. La carga es vinculante y ejecutable forzosamente. Por su parte, la condición suspensiva no obliga, por lo que tampoco es ejecutable. Véase al respecto Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 11ª ed., Múnich 1997, margs. 6 y 7, pp. 315 y 316.

68 — Véanse los puntos 70 a 73 de las presentes conclusiones.

69 — Véanse las sentencias Kraus, citada en la nota 53, apartado 32, y Gebhard, citada en la nota 53, apartado 37.

derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE. [70]

— La protección de los derechos fundamentales como interés legítimo

81. Como ya he expuesto, [71] el Gobierno griego entiende que la disposición nacional controvertida está justificada por razones del interés público y social. Considerando las disposiciones nacionales pertinentes en su conjunto se deduce que las multas previstas en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/95 tienen por objeto sancionar las infracciones de la obligación de respetar determinados valores fundamentales consagrados en la Constitución (entre los que se encuentran la protección del derecho individual a la personalidad y de la vida familiar y privada). Las multas por las que ha de responder conjunta y solidariamente la demandante del procedimiento principal, según se desprende de las apreciaciones de los hechos que contiene la resolución de remisión, fueron impuestas debido a una infracción de ese tipo contra los valores fundamentales antes citados. La alegación del Gobierno griego, según una interpretación comprensible, debe entenderse en el sentido de que indudablemente se refiere a la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

82. A este respecto procede recordar que los derechos fundamentales, según reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en cuya celebración los Estados miembros han participado o a los que se han adherido. A este respecto, por un lado, el CEDH reviste un significado particular. [72] Los principios desarrollados en dicha jurisprudencia quedan reforzados por el artículo 6 UE, apartado 2, conforme al cual «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Además, el Tribunal de Justicia, para confirmar la existencia de determinados principios generales del Derecho, se ha remitido a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

70 — Véase la sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), apartado 74.

71 — Véase el punto 56 de las presentes conclusiones.

72 — Véanse, en especial, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 41; de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión (C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartado 37; de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Rec. p. I-9011), apartado 25; Schmidberger, citada en la nota 70, apartado 71; de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 35, y de 18 de enero de 2007, PKK y KNK/Consejo (C-229/05 P, Rec. p. I-439), apartado 76.

Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, [73] en diversas ocasiones. [74]

83. Como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia, [75] no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera. Al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, en opinión del Tribunal de Justicia la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado. [76]

84. A este respecto cabe señalar que el derecho al respeto de la vida privada, cuya protección persigue, según expone el Gobierno griego, la disposición controvertida, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es también un derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. [77] Además, este derecho fundamental está recogido en el artículo 8, apartado 1, del CEDH [78] y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales. [79]

85. En este sentido, la disposición nacional controvertida persigue un fin reconocido por el ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, un fin legítimo.

— Examen de la proporcionalidad

86. Como ya he expuesto en mis conclusiones presentadas el 14 de abril de 2010 en el asunto C-271/08, Comisión/Alemania, hay que partir de una relación de igualdad de rango entre las libertades fundamentales y los derechos

73 — DO C 364, p. 1.

74 — Véanse las sentencias de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Rec. p. I-505), apartado 42; de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartado 43, y de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, citada en la nota 72, apartado 38.

75 — Véanse, entre otras, las sentencias ERT, citada en la nota 72, apartado 41; de 29 de mayo de 1997, Kremzow (C-299/95, Rec. p. I-2629), apartado 14, y de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 284.

76 — Véase la sentencia Schmidberger, citada en la nota 70, apartado 74, en relación con una restricción de la libre circulación de mercancías. Véanse también las sentencias de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros (C-250/06, Rec. p. I-11135), apartado 41 (la política cultural y la libertad de opinión como restricción a la libre prestación de servicios); Dynamic Medien, citada en la nota 74, apartado 42, y de 14 de octubre de 2004, Omega (C-36/02, Rec. p. I-9609), apartado 35 (los derechos humanos como restricción de la libre prestación de servicios).

77 — Expresamente reconocido en la sentencia de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 23. Véanse también las sentencias de 19 de octubre de 2004, Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925), apartado 16, y de 25 de julio de 2008, Metock y otros (C-127/08, Rec. p. I-6241), apartado 79.

78 — Con arreglo al artículo 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar), apartado 1, del CEDH, toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

79 — Con arreglo al artículo 7 (Respeto de la vida privada y familiar) de la Carta de los Derechos Fundamentales, toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

fundamentales. [80] Esto, siempre que en un caso concreto el ejercicio de un derecho fundamental restrinja una libertad fundamental, obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambas posiciones jurídicas. Para ello, debe considerarse, por una parte, que la realización de una libertad fundamental constituye un fin legítimo que puede establecer límites a un derecho fundamental. A la inversa, la realización de un derecho fundamental también se debe reconocer como un fin legítimo que puede restringir una libertad fundamental. Para la exacta delimitación entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales adquiere especial relevancia el principio de proporcionalidad. Así, en el examen de la proporcionalidad es necesario, en particular, efectuar una prueba estructurada en tres fases, en las cuales se han de controlar la idoneidad, la necesidad y la adecuación de la medida en cuestión. [81]

87. De las anteriores consideraciones se deduce que, si bien la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, como la libertad de establecimiento, tales restricciones sólo pueden estar justificadas si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo. [82]

88. Por lo que se refiere a la apreciación de la proporcionalidad, ello supone un análisis de las circunstancias de hecho y de Derecho que caracterizan la situación en el Estado miembro de que se trata. La realización de este examen es competencia del órgano jurisdiccional remitente. [83] En el presente caso, el Tribunal de Justicia dispone de suficiente información sobre las circunstancias de hecho y de Derecho para realizar una valoración abstracta del caso que le ha sido sometido, a la luz del principio de proporcionalidad. Al órgano jurisdiccional remitente le incumbe la obligación de tener en cuenta, al aplicar el Derecho comunitario en el procedimiento principal, las indicaciones interpretativas impartidas por el Tribunal de Justicia. [84]

80 — Puntos 187 y 188. Skouris, V., *op. cit.*, nota 60, p. 93, no percibe una relación jerárquica entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales. Para fundamentar su igualdad de rango alega diferentes factores, como, por ejemplo, que las libertades fundamentales tengan una naturaleza similar al de los derechos fundamentales, así como la convergencia de las libertades fundamentales y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

81 — Véanse mis conclusiones en el asunto Comisión/Alemania (C-271/08), punto 189.

82 — Véanse, en este sentido, las sentencias Omega, citada en la nota 76, apartado 36; International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, citada en la nota 74, apartado 75, y Dynamic Medien, citada en la nota 74, apartado 42.

83 — Véanse las sentencias de 8 de marzo de 2001, Gourmet International Products (C-405/98, Rec. p. I-1795), apartado 33; de 13 de enero de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Rec. p. I-117), apartados 30 y 31, y de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689), apartados 28 y 29.

84 — Según Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4ª ed., Oxford 2008, p. 492, aunque el artículo 234 CE atribuye al Tribunal de Justicia la facultad de interpretar el Tratado, no le atribuye expresamente la de su aplicación al caso concreto. La diferencia entre interpretación y aplicación caracteriza la distribución de competencias entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. Según dicha distribución, aquél interpreta el Tratado y éstos aplican esa interpretación al caso concreto.

Idoneidad

89. Según ha confirmado el Gobierno griego en la vista al ser interrogado por el Tribunal de Justicia, se ha de considerar que la disposición controvertida se basa esencialmente en una presunción del legislador griego de que todo accionista que sea titular de una participación superior a un 2,5 % en el capital de una sociedad anónima tiene la posibilidad de influir en la dirección de la sociedad. Esta presunción del legislador nacional es objeto de mención y de detallada explicación tanto por parte del órgano jurisdiccional remitente como del Gobierno griego en sus respectivas argumentaciones. Así, el órgano jurisdiccional remitente señala [85] que el accionista titular de más del 2,5 % del capital social de la sociedad anónima no es un inversor común, sino un «accionista-empresario» que tiene la posibilidad de influir en la administración de la persona jurídica y, por ende, en el funcionamiento del canal de televisión. El Gobierno griego [86] explica, a su vez, que los socios de esa categoría, a consecuencia de su participación en la junta general y en la elección de los miembros del órgano de gestión de la sociedad, pueden dirigir su esfuerzo a lograr que se aprueben unas directrices claras en cuanto al diseño de la programación y el enfoque del canal con respecto a temas de actualidad.

90. Al margen de la cuestión de si dicha presunción legal es relevante en el presente caso o, en otras palabras, si la demandante del procedimiento principal, tal como ha precisado el Gobierno griego en el acto de la vista, con una participación de tan sólo el 5 % del capital de la sociedad anónima «Nea Tileorasi» tiene realmente una influencia determinante en los procesos de decisión de esa sociedad, algo que corresponde decidir en concreto al órgano jurisdiccional remitente, [87] en cualquier caso resulta más que dudoso que esa influencia pueda considerarse suficiente como para actuar sobre el diseño de la programación del canal de televisión de tal manera que se evite toda infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión.

91. Para ello es preciso, en primer lugar, estudiar la posición de los accionistas en una sociedad anónima. Los derechos del accionista se pueden dividir, en general, en derechos patrimoniales, derechos políticos y derechos de protección. [88] A diferencia de los miembros

85 — Véase la página 4 de la resolución de remisión.

86 — Véase el apartado 10 del escrito del Gobierno griego.

87 — Véase el punto 66 de las presentes conclusiones.

88 — Derechos patrimoniales: derechos a dividendos; derecho a suscribir nuevas acciones; derecho a la parte proporcional en la liquidación; derecho a intereses intercalares (intereses por el tiempo preciso para la preparación y construcción hasta el inicio de la plena actividad de la empresa; derecho a usar las instalaciones de la sociedad). Derechos políticos: derecho a ser convocado e informado sobre los puntos del orden del día; derecho de petición y a expresar la opinión; derecho a hacerse representar en la junta general; derecho de voz y voto en la junta general; derecho a impugnar acuerdos contrarios a la ley y a los estatutos. Derechos de protección: derechos de información, que comprenden el derecho de consultar documentos y de información; derecho a la representación conjunta en el consejo de administración; derechos de protección de las minorías: acción de disolución y auditoría especial y derecho a convocar la junta general; los demás derechos de reclamación incluyen el derecho de impugnación, a la anulación de decisiones de la junta general y las reclamaciones de responsabilidad.

del órgano de gestión de una sociedad anónima (que sí tendría la posibilidad de influir en el canal de televisión propiedad de la sociedad), el socio medio ejerce sus derechos políticos generalmente en la junta general, donde tiene derecho de voto. [89] Estos derechos políticos incluyen, en función de la legislación y los estatutos, el nombramiento y la destitución de los órganos de dirección y control. [90] A este respecto hay que tener en cuenta que en el segundo caso la influencia del accionista individual en la dirección de la sociedad es más reducida, pues es sólo de carácter indirecto. [91] Además, las normas materiales de nombramiento y destitución de órganos difieren en cada caso en función del ordenamiento jurídico y de los estatutos. Aunque el nombramiento de los órganos se caracteriza por el principio general de que la mayoría de la junta general elige a todos los miembros, depende, sin embargo, de las disposiciones concretas de los estatutos si se da una representación proporcional o si algunos accionistas o entidades concretas ostentan un derecho de decisión respecto a algún puesto. Estas múltiples circunstancias llevan a la conclusión de que las supuestas posibilidades de influencia del accionista individual en la gestión de la sociedad, examinadas detenidamente, parecen menores de lo que se suponía.

92. De la estructura societaria se ha de distinguir la estructura propia de un canal de televisión, en que el director de programación, como responsable de toda el área de redacción de un canal de televisión, desempeña un papel especial. Subordinados a él se encuentran, a su vez, los redactores jefes de cada sección, y a éstos se suman los trabajadores del canal competentes para la realización de cada programa. Dichas personas actúan con mayor o menor independencia dentro del ámbito de responsabilidad que les corresponde.

93. Por lo tanto, los accionistas se encuentran al final de una larga cadena de responsables en cuyas decisiones pueden influir sólo de forma relativa. Con mayor motivo, no podrán prever si uno de los trabajadores del canal de televisión, ya sea deliberada o imprudentemente, va a infringir la normativa y el código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión. De lo anterior se deduce que la influencia que tiene un accionista *dentro de una sociedad* guarda escasa relación con su influencia efectiva *sobre los procesos internos de un canal de televisión.* En su caso, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar si la posibilidad de influencia de los accionistas, que la disposición nacional

89 — Véase Mustaki, G./Engammare, V., *op. cit.,* nota 8, p. 189. Como acertadamente explica Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht,* 4ª ed., Colonia/Berlín/Bonn/Múnich 2002, p. 837, la asamblea general es la «sede de la democracia accionarial», donde los accionistas ejercen sus derechos en los asuntos de la sociedad.

90 — Así, Grundmann, S., *op. cit.,* nota 13, § 11, marg. 394, p. 180, se refiere a las diferencias entre los Estados miembros en cuanto al nombramiento y la destitución de los órganos. Expone que es diferente, en primer lugar, la competencia para nombrar a los miembros del órgano de gestión, por el hecho mismo de que unas veces se trata de un solo órgano de gestión y otras veces, de dos. No obstante, ni siquiera en el primer caso está asegurada en todos los Estados miembros la competencia de la junta general de nombrar y destituir a los miembros del órgano. En el segundo caso, incluso, la junta general normalmente es competente sólo para nombrar al órgano supervisor, y su influencia es, por lo tanto, meramente indirecta.

91 — Véase Grundmann, S., *op. cit.,* nota 13, § 11, marg. 394, p. 180.

controvertida entiende como obvia, no es realmente una posibilidad puramente teórica.

94. Por otro lado, como acertadamente señala el Gobierno griego, los accionistas podrían ejercer sus derechos de políticos con el fin de establecer unas claras directrices para el diseño de la programación. Podría pensarse, a este respecto, en la elaboración de un código de conducta para los trabajadores del canal, que les obligase a respetar ciertos valores jurídicos de rango constitucional, como la protección del derecho a la personalidad individual y a la vida familiar y privada. Exigir al órgano que tiene encomendada la gestión que el canal de televisión propiedad de la sociedad, junto con sus trabajadores, que se atenga a ciertos preceptos éticos podría reducir en todo caso el riesgo de infracción.

95. Esto seguramente requeriría la actuación coordinada de una pluralidad de accionistas, especialmente si la decisión correspondiera a la junta general. Pero el derecho a convocar la junta general y a solicitar la confección del orden del día, según el Derecho de sociedades del Estado miembro de que se trate depende, por regla general, de si la participación del accionista interesado en el capital suscrito de la sociedad alcanza un determinado porcentaje. Con arreglo al artículo 55, apartado 1, del Reglamento nº 2157/2001, dicho porcentaje asciende como mínimo al 10 % en la sociedad anónima europea. Pero, aun superándose esa participación mínima, sería dudoso que una medida preventiva de esa naturaleza pudiera excluir totalmente la posibilidad de infracción por parte de algún trabajador del canal de televisión.

96. Sin embargo, al examinar la idoneidad de una medida se ha de atender a si ésta, considerados los aspectos de causalidad y probabilidad, puede orientar los acontecimientos en la dirección propuesta por el Estado miembro, y a este respecto se ha de conceder a los Estados miembros un cierto margen de pronóstico. Por lo tanto, una medida de un Estado miembro podría calificarse como no idónea en el supuesto de que no tuviera ninguna repercusión sobre los objetivos perseguidos. [92] En mi opinión, las consideraciones legislativas en que se basa la disposición nacional controvertida son más bien de carácter teórico. La amenaza de una multa ciertamente podría incitar a los accionistas a adoptar medidas preventivas para evitar infracciones. Sin embargo, no podría excluirlas completamente. No obstante, ha de reconocerse la idoneidad de una disposición de este tipo para proteger el derecho individual a la personalidad, a la familia y a la vida privada, pues, en todo caso, contribuye a proteger estos bienes jurídicos.

92 — En este sentido, Schroeder, W., *EUV/EGV – Kommentar* (coord. Rudolf Streinz), art. 30 CE, art. 52, p. 476.

Exigibilidad

97. Por otro lado, el principio de proporcionalidad exige que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa. [93]

98. Como medida alternativa a la imposición de una multa, como acertadamente declaró el Gobierno griego en el acto de la vista, en el sector mediático podría plantearse una revocación de la licencia de explotación del canal de televisión por parte del organismo supervisor competente. Sin embargo, la revocación de la licencia televisiva representa la sanción más grave en el sector mediático, [94] pues implica la prohibición de explotar un canal de televisión. [95] En comparación con esto, la multa única en caso de una eventual infracción de la normativa y del código deontológico constituye claramente una medida menos onerosa.

99. No obstante, se plantea la cuestión de si también dentro de este tipo de sanción es concebible un régimen menos gravoso.

100. La amenaza de la multa sólo contra la sociedad anónima (sin romper con la limitación de la responsabilidad) sería, en principio, igualmente idónea para hacer que ésta se atuviera a la normativa y al código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión. Sin embargo, cabe preguntarse si tendría el mismo efecto disuasorio, habida cuenta de que implicaría tan sólo un perjuicio económico para la sociedad. En función de la situación financiera de la sociedad, ésta podría hacer frente a dicha pérdida sin necesidad de cambiar sustancialmente su forma de actuar. Por lo tanto, los efectos de tal sanción no serían fáciles de valorar con seguridad. En el caso de una responsabilidad solidaria de los

93 — Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de noviembre de 1987, Maizena y otros (137/85, Rec. p. 4587), apartado 15; de 7 de diciembre de 1993, ADM Ölmühlen (C-339/92, Rec. p. I-6473), apartado 15; de 11 de julio de 2002, Käserei Champignon Hofmeister (C-210/00, Rec. p. I-6453), apartado 59; de 7 de septiembre de 2006, España/Consejo (C-310/04, Rec. p. I-7285), apartado 97, y de 12 de diciembre de 2006, Alemania/Parlamento y Consejo (C-380/03, Rec. p. I-11573), apartado 144.

94 — Las leyes sobre medios de comunicación son diferentes en cada Estado. Sin embargo, presentan coincidencias nada desdeñables: la retirada de la autorización para emitir, como sanción más grave, por lo común sólo se impone en caso de reincidencia; ante una primera infracción inicialmente sólo se advierte de esa posibilidad. Además de la revocación de la autorización, se consideran también la suspensión provisional del permiso o la imposición de cargas posteriores. Algunas legislaciones reservan a los organismos que ejercen la supervisión de la radiodifusión privada la posibilidad de imponer multas (véase Kühn, F., *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland,* Berlín 2006, p. 208; Bayer, J./Ricke, T., «Die Medienaufsicht in Ungarn», *Medien und Recht International,* 2009, pp. 32 y 33; Kieserling, H., *Das Fernsehrecht Spaniens,* Fráncfort del Meno 2002, p. 159; Ruhle, E.-O./Freund, N./Kronegger, D./Schwarz, M., *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht,* Viena 2004, p. 268).

95 — Esto, por su parte, tiene relevancia en cuanto a los derechos humanos, principalmente en relación con el respeto de la libertad de prensa. Aunque el artículo 10, párrafo primero, tercera frase, de CEDH confiere a los Estados partes del Convenio la posibilidad de disponer una autorización (licencia) para poder controlar, por ejemplo, la radiodifusión y la televisión en su territorio, las autorizaciones y demás restricciones deben respetar las exigencias del párrafo segundo. Con arreglo a esta disposición, los diversos medios pueden ser sometidos a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, el mantenimiento del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

socios en que cada uno de ellos respondiera con todo su patrimonio, la situación sería claramente distinta: con ella el socio se sentiría más inclinado a tomar alguna medida para eludir la responsabilidad. En este sentido, no puede considerarse que una y otra opción tengan la misma eficacia.

101. No obstante, habría que plantearse una opción diferenciada, que tuviera en cuenta en la medida de lo posible las circunstancias del caso concreto. Según esa opción, por ejemplo, podría establecerse la responsabilidad sólo de los accionistas a quienes pudiera imputarse una infracción concreta. Habida cuenta de que debe considerarse que una multa es una sanción, ésta necesariamente presupone una conducta ilícita imputable al afectado. Mediante la oportuna modificación legal podría evitarse sancionar a los accionistas que, en determinadas circunstancias, a pesar de querer no puedan sacar adelante por sí solos o en el marco de una iniciativa conjunta las medidas necesarias para evitar la infracción. La disposición ahora vigente, debido a su amplio ámbito de aplicación, comprende también a esos accionistas. Una opción diferenciada no sólo sería menos restrictiva para la libertad de establecimiento, sino que además tendría la misma eficacia que la actualmente vigente. La configuración concreta de esta disposición es competencia del legislador nacional.

102. Por consiguiente, debe considerarse que la disposición nacional controvertida no es necesaria para alcanzar el fin propuesto.

Adecuación

103. Por último, las cargas impuestas deben guardar, por su parte, una relación razonable con el objetivo que se pretende alcanzar. [96]

104. En relación con la protección de bienes jurídicos de rango constitucional, como el derecho individual a la personalidad y la vida familiar y privada, en mi opinión es, sin duda alguna, conveniente conceder al legislador nacional un cierto margen de apreciación. [97] Sin embargo, esta discrecionalidad no puede ser tan amplia como para hacer responsables de infracciones a accionistas a quienes éstas no se pueden imputar. A esto se añade que dichas infracciones, debido a las especiales estructuras internas de una sociedad y de un canal de televisión, nunca son totalmente evitables. Por lo tanto, en este caso se está restringiendo la libertad de establecimiento con mayor severidad de la indudablemente necesaria para proteger los bienes jurídicos mencionados.

105. Si bien es cierto que la disposición nacional controvertida en el fondo tiene por objeto incitar a los accionistas a adoptar medidas preventivas, sería más razonable hacer responder únicamente a aquellos accionistas

96 — Véanse, entre otras, las sentencias Maizena y otros, citada en la nota 93, apartado 15; ADM Ölmühlen, citada en la nota 93, apartado 15; Käserei Champignon Hofmeister, citada en la nota 93, apartado 59; España/Consejo, citada en la nota 93, apartado 97, y Alemania/Parlamento y Consejo, citada en la nota 93, apartado 144.

97 — El Tribunal de Justicia ha reconocido a los Estados miembros un margen de apreciación para elegir las medidas adecuadas para eliminar los obstáculos a las libertades fundamentales, con el argumento de que ellos siguen siendo los únicos competentes para el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (sentencia de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia C-265/95, Rec. p. I-6959, apartado 33).

que no sólo tienen una influencia efectiva sobre la sociedad, sino también sobre el propio órgano de gestión y, por ende, indirectamente sobre los responsables de las decisiones en el mismo canal de televisión. Para participaciones de sólo un 2,5 % del capital social, es dudoso de que sea así. Como ya se ha expuesto, resulta, de por sí, cuestionable que un solo socio esté en condiciones de imponer medidas para evitar infracciones de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión.

106. En consecuencia, las cargas impuestas a los accionistas no guardan una relación razonable con el objetivo propuesto.

107. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, llego a la conclusión de que la disposición nacional controvertida no debe considerarse proporcional. Se basa en una ponderación entre la libertad de establecimiento, como libertad fundamental, y el derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar que no es conforme con el Derecho comunitario.

iv) Conclusión parcial

108. En resumen, procede declarar que los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a una disposición nacional como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/1995.

c) Libre circulación de capitales

i) Aplicabilidad del artículo 56 CE

109. A continuación, tan sólo es preciso ocuparse de la cuestión de la compatibilidad con las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de capitales en la medida en que la disposición nacional controvertida, desde el punto de vista de estas disposiciones, puede contener una restricción autónoma y no ser pertinentes las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento. [98]

110. A la luz de mis razonamientos contenidos en los puntos 63 a 66 de las presentes conclusiones sobre el ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 48 CE, resulta patente que sólo es necesario un examen con arreglo al artículo 56 CE en relación con aquellos socios que, pese a poseer una participación superior al 2,5 % en el capital social, no disponen de una participación que les permita ejercer una influencia efectiva sobre las decisiones de la sociedad y determinar las actividades de ésta. [99]

98 — Véase la sentencia X e Y, citada en la nota 45, apartado 66.

99 — Véanse las sentencias X e Y, citada en la nota 45, apartado 68, y Comisión/España, citada en la nota 45, apartados 35 a 39.

ii) Restricción de la libre circulación de capitales

111. Conforme a reiterada jurisprudencia, [100] el artículo 56 CE, apartado 1, prohíbe de manera general las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros.

— El artículo 56 CE como prohibición general de restricción

112. 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 ya reconoció anteriormente un valor indicativo a la nomenclatura anexa a 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). [101] Así pues, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, en particular, las inversiones directas 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 (inversiones denominadas «directas») así como la 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 (inversiones denominadas «de cartera»). [102]

113. En relación con estas dos formas de inversión, el Tribunal de Justicia precisó que deben calificarse como «restricciones» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las empresas afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas. [103]

100 — Véanse, entre otras, las sentencias Comisión/Alemania, citada en la nota 45, apartado 17; de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos (C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141), apartado 18; Comisión/Reino Unido, citada en la nota 66, apartados 38 y 43; de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. I-4781), apartados 35 y 40. Lo mismo podría afirmarse, por cierto, respecto del artículo 40 del Acuerdo EEE, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 56 CE. Tal como declaró el Tribunal de la AELC en su sentencia de 23 de noviembre de 2004, Fokus Bank (E-1/04, Rec. p. 11), apartados 22 y 23, remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 2003, Ospelt y Schlössle Weissenberg (C-452/01, Rec. p. I-9743), apartado 28, y como declaró el Abogado General Geelhoed en sus conclusiones presentadas el 10 de abril de 2003 en ese mismo asunto (puntos 72 y 73), las disposiciones sobre la libre circulación de capitales del Tratado CE y del Acuerdo EEE son esencialmente idénticas.

101 — DO L 178, p. 5.

102 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 21; Comisión/Francia, citada en la nota 100, apartados 36 y 37; Comisión/Reino Unido, citada en la nota 66, apartados 39 y 40, y Comisión/Países Bajos, citada en la nota 100, apartado 19.

103 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731), apartado 45; Comisión/Francia, citada en la nota 100, apartado 41; de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia (C-174/04, Rec. p. I-4933), apartados 30 y 31; de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, Rec. p. I-923), apartados 34 y 35; Comisión/Países Bajos, citada en la nota 100, apartado 20, y Comisión/Alemania, citada en la nota 45, apartado 19.

114. Como ya he expuesto, [104] el riesgo de una corresponsabilidad personal de los socios puede disuadir a potenciales inversores toda vez que a la participación en dichas empresas va asociado un riesgo financiero adicional, que se agrega al habitual riesgo comercial. A este respecto procede remitirse de nuevo a las declaraciones del órgano jurisdiccional remitente, según las cuales la ampliación de la responsabilidad a los socios también resta atractivo a la compra de acciones de esas sociedades, como en el caso de la demandante del procedimiento principal.

115. Según esta amplia definición defendida hasta ahora por el Tribunal de Justicia, en el presente caso se ha de admitir la existencia de una restricción en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.

— Posibilidad de delimitación teleológica de la prohibición de restricción

116. Como sucede en relación con la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia ha señalado en su anterior jurisprudencia la posibilidad de una delimitación teleológica de la prohibición de restricción, también para la libre circulación de capitales. [105] Por eso, en aras de una convergencia lo mayor posible de las libertades fundamentales siempre se podría plantear una delimitación teleológica de la prohibición de restricción también en el ámbito de la libre circulación de capitales y, en consecuencia, diferenciar entre si la disposición nacional en cuestión pone «obstáculos específicos al acceso» o establece simplemente «condiciones de emplazamiento». Una interpretación diferenciada de ambas libertades fundamentales conduciría necesariamente a una contradicción valorativa en el trato a grandes y a pequeños accionistas, pues mientras a los primeros se les estaría denegando la invocación de la libertad de establecimiento, los segundos podrían oponerse a la disposición nacional controvertida alegando que constituye una restricción de la libre circulación de capitales. Si los grandes accionistas no pueden deducir de las libertades fundamentales ningún derecho a la equiparación de las condiciones de emplazamiento, [106] mucho menos deben poderlo los pequeños accionistas. Además, no existe ningún motivo para un trato diferenciado, ya que ambas categorías de accionistas se encuentran exactamente en la misma situación.

117. Por lo que respecta a la propia disposición nacional controvertida, es preciso aclarar que, en sí misma considerada, no limita la posibilidad de los accionistas de participar en la sociedad para forjar o mantener relaciones

104 — Véase el punto 68 de las presentes conclusiones.

105 — Véase la nota 66 de las presentes conclusiones.

106 — En el punto 74 de las presentes conclusiones he explicado, en relación con la libertad de establecimiento, que esta libertad fundamental no puede ser un instrumento para que el operador económico modifique sus condiciones de emplazamiento con respecto a los competidores nacionales. Esto también debe ser aplicable a la libre circulación de capitales.

económicas duraderas y directas con ella, que le permitan intervenir efectivamente en su administración o en su control. En efecto, no se ponen obstáculos a la entrada de inversiones directas ni de Derecho ni de hecho; tampoco regula específicamente el tipo ni las modalidades de las inversiones en sociedades del sector mediático griego. Por el contrario, a la disposición nacional controvertida, como se aprecia en mi anterior argumentación, [107] le corresponde más propiamente la categoría de «condiciones de emplazamiento» que, si se acepta una interpretación teleológica delimitadora, no puede entenderse como una restricción en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1.

118. Sin embargo, como ya he señalado, [108] al margen de casos aislados, hasta ahora no hay motivos para pensar que el Tribunal de Justicia esté dispuesto a apartarse de su anterior interpretación amplia del concepto de restricción. Por ese motivo, las siguientes consideraciones se basan en el concepto de una prohibición general de restricción.

119. Por consiguiente, estamos ante una restricción de la libre circulación de capitales. Ahora queda comprobar si esta restricción se puede justificar y si supera el examen de la proporcionalidad.

iii) Justificación

— La protección de los derechos fundamentales como interés legítimo

120. Dado que la disposición nacional controvertida tiene por objeto proteger el derecho fundamental al respeto de la vida privada, está persiguiendo un objetivo reconocido por el ordenamiento jurídico de la Unión y, por lo tanto, legítimo, que en principio puede justificar una restricción. [109]

— Examen de la proporcionalidad

121. En la medida en que con arreglo a dicha disposición han de responder también los socios que no ejercen una influencia efectiva sobre las decisiones de la sociedad, resulta patente que la disposición es completamente inapropiada para proteger los bienes jurídicos antes mencionados, ya que esa categoría de socios poco pueden hacer para evitar infracciones de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión.

107 — Véase el punto 76 de las presentes conclusiones.

108 — Véase el punto 78 de las presentes conclusiones.

109 — Véase el punto 85 de las presentes conclusiones.

122. Ante el hecho de que se pueden plantear medidas menos radicales con iguales probabilidades de éxito, principalmente la responsabilidad de los socios que tienen influencia efectiva sobre el órgano de gestión de la sociedad o sobre las estructuras de decisión del canal de televisión, o a los que se pueda realmente imputar una infracción, de igual manera se ha de considerar innecesaria la responsabilidad del grupo de socios aquí relevante.

123. Las dudas expresadas en relación con la restricción de la libertad de establecimiento son perfectamente válidas para la libre circulación de capitales. Toda restricción de esta libertad fundamental que no sea necesaria para proteger el derecho fundamental no satisface la exigencia de adecuación. En efecto, están protegidos por la libre circulación de capitales solamente los socios que no están en condiciones de ejercer una influencia efectiva sobre las decisiones de la sociedad ni de determinar sus actividades. El hecho de que, no obstante, se les pueda imponer una multa evidencia una restricción inadecuada de dicha libertad fundamental.

124. Por lo tanto, la disposición nacional controvertida debe considerarse, en su conjunto, como desproporcionada. Se basa en una ponderación entre la libre circulación de capitales, como libertad fundamental, y el derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar que no es conforme con el Derecho comunitario.

iv) Conclusión parcial

125. En resumen, procede declarar que el artículo 56 CE, apartado 1, se opone a una disposición nacional como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/1995.

VII. Conclusión

126. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda como sigue a la cuestión prejudicial del Symvoulio tis Epikrateias:

«1) La Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, no se opone a una disposición nacional como la contenida en el artículo 4, apartado 3, de la Ley 2328/1995, que establece que las multas previstas en los apartados anteriores de dicho artículo en caso de infracción de la normativa y del código deontológico que regulan el funcionamiento de los canales de televisión se impondrán de manera conjunta y solidaria no sólo a la sociedad titular de la licencia para la creación y el funcionamiento del canal de televisión, sino también a todos los accionistas que sean titulares de una cantidad de acciones superior al dos y medio por ciento (2,5 %).

2) En cambio, los artículos 43 CE, 48 CE y 56 CE sí se oponen a una disposición nacional como la descrita en el número 1.»