

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 13 de febrero de 2007¹

I. Introducción

1. Indiscutiblemente asociada al milagro económico alemán, más que a su sombrío origen nacionalsocialista, la empresa Volkswagen representa el ejemplo más visible del éxito de la economía social de mercado, modelo de desarrollo implantado en la República Federal después de la Segunda Guerra Mundial por el ministro Ludwig Erhard,² siguiendo los postulados de la llamada *Escuela de Friburgo*.³

2. Por encima de sus conocidos méritos técnicos, algunos de los prototipos fabrica-

dos integran el acervo cultural⁴ del país de origen y el de todos aquellos en cuyas carreteras circularon, creando una de las estampas imborrables de los años cincuenta y sesenta en Europa y en el otro lado del Atlántico.⁵ Por eso, se entiende bien que para muchos ciudadanos, empapados de la nostalgia de aquella época dorada, el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión en relación con ciertos artículos de la Ley Volkswagen⁶ más que denunciar una normativa nacional, ataca un símbolo del modo de vida germano, un verdadero mito moderno.

3. Al margen de esas evocaciones melancólicas, el asunto se inscribe entre los que

1 — Lengua original: español.

2 — Ocupó ese puesto entre 1949 y 1963, año en el que sucedió a Konrad Adenauer como canciller.

3 — Grupo de profesores en torno a Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Grossmann-Doerth y Leonhard Miksch, quienes, como reacción al nazismo, insistieron en la idea de libertad frente al totalitarismo, no sólo en la economía sino también en otras esferas de la vida; Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, 1998, La Haya, pp. 184 a 187.

4 — Así, ha aparecido en numerosas muestras del Pop Art y ha sido protagonista de una película de Walt Disney, *The love bug*, dirigida en 1968 por Robert Stevenson, titulada en España *Ahí va ese bolido*, en Francia *Un amour de coccinelle* y en Alemania *Ein toller Käfer*, donde alcanzó un éxito extraordinario llegando a los cinco millones de espectadores en los ocho primeros meses de exhibición; después se ha desarrollado una saga de películas para cine y televisión que ha culminado en la última versión de 2005 *Herbie: fully loaded*, dirigida por Angela Robinson.

5 — Ya en 1958 apareció una historia de Volkswagen en inglés para el mercado americano: Nitske, W.R., *The amazing Porsche and Volkswagen story*, Comet Press Books, Nueva York.

6 — Ley de privatización de las participaciones sociales de Volkswagen GmbH, de 21 de julio de 1960 (BGBl. I, p. 585, y BGBl. III, 641-1-1), modificada el 6 de septiembre de 1965 (BGBl. I, 461) y el 31 de julio de 1970 (BGBl. I, p. 1149).

dirimen la conformidad con el Tratado CE de algunas legislaciones de los Estados miembros, en las que se reservaban facultades exorbitantes al poder público dentro de empresas privadas, conocidas vulgarmente como «acciones de oro» («golden shares»). No obstante, anticipo ya que en esta ocasión concurren diferencias notables, que desempeñan un papel decisivo.

examinadas por el Tribunal de Justicia a la luz de dos de las libertades fundamentales del Tratado CE, la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento. Respecto de la primera, el artículo 56 CE, apartado 1, reza así:

4. En concreto, la Comisión critica: la limitación del ejercicio de los derechos de voto al 20 % del capital social cuando algún accionista supere ese porcentaje; la elevación a más del 80 % de la mayoría requerida para la adopción de los acuerdos que la Aktiengesetz⁷ (ley de sociedades anónimas alemana) fija en el 75 %; así como el derecho del Bund (Estado federal) y del Land Baja-Sajonia a nombrar dos miembros en el Consejo de vigilancia de la compañía.

«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.»

6. A su vez, para el derecho de establecimiento resulta pertinente el primer párrafo del artículo 43 CE, a cuyo tenor:

II. El marco normativo

A. *El derecho comunitario*

5. Habitualmente, las normativas nacionales cuya validez impugna la Comisión son

«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.»

7 — De 6 de septiembre de 1965, BGBl. I, p. 1089.

7. Conviene traer a colación, por la importancia que reviste su apreciación, el artículo 295 CE:

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

8. La Directiva 88/361/CEE⁸ contiene en su anexo I una nomenclatura para clasificar los movimientos de capitales a que se refiere el artículo 1. Recoge, especialmente, las «participaciones en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos» (inversiones directas),⁹ y la «adquisición, por parte de no residentes, de títulos nacionales negociados en bolsa» (inversiones de cartera).¹⁰

B. *El derecho alemán*

9. En el ordenamiento jurídico afectado por este recurso de incumplimiento cobran relevancia algunos preceptos de la Ley de sociedades anónimas y de la llamada Ley Volkswagen.

1. La Ley de sociedades anónimas

10. El artículo 134, modificado por la Ley sobre el control y la transparencia de las empresas (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich), aclara que el derecho de voto se ejercita en función del nominal de las acciones o, en el caso de las acciones de cuota («Stückaktien»), de su número. Añade que, en las sociedades no cotizadas en bolsa, los estatutos pueden recortar el derecho de voto de los accionistas con varias acciones, fijando un tope máximo absoluto o progresivo.

11. El artículo 101, apartado 2, exige prever en los estatutos el derecho a designar representantes en el Consejo de vigilancia, pudiendo otorgarse sólo a determinados accionistas o a quienes tengan acciones nominativas cuya enajenación necesite la autorización de la sociedad. Reduce, asimismo, ese derecho a un tercio del número de miembros de dicho órgano societario atribuidos por la ley o por los estatutos a los delegados del capital. No obstante, la última frase del artículo deja expresamente a salvo la regulación particular de esta materia, en el artículo 4 de la Ley Volkswagen.

8 — Directiva del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L 178, p. 5).

9 — Punto I.2 del citado anexo.

10 — Punto III.A.1 del mismo anexo.

2. La Ley Volkswagen

12. El artículo 1 transforma la antigua sociedad de responsabilidad limitada, cuyo único titular era el Estado federal alemán, en una sociedad anónima.

13. Seguidamente, el artículo 2 ofrece reglas sobre el ejercicio del derecho de voto, que el apartado 1 restringe a un quinto del capital social cuando se posea más del 20 %. Incluye luego pautas para el cómputo de las acciones de cada titular (apartados 2 y 3).

14. Bajo la rúbrica «Organización de la sociedad», el artículo 4 aborda distintos aspectos y, en su apartado 1, concede la facultad de nombrar dos miembros del Consejo de vigilancia a la República Federal de Alemania y al *Land* Baja-Sajonia, respectivamente, mientras sean accionistas de la compañía.

15. En el apartado 2 supedita la construcción y la deslocalización de factorías a la aprobación por la mayoría de dos tercios del Consejo de vigilancia.

16. En el apartado 3 aumenta a más de cuatro quintos (80 %) del capital social el quórum para aprobar las resoluciones de la Junta general que, según la Ley de sociedades anónimas, precisen un voto favorable de, al menos, tres cuartos (75 %).

III. Los hechos y el procedimiento administrativo previo

A. *Trasfondo histórico de la Ley Volkswagen*

17. Para entender mejor la ley nacional litigiosa, habría que remontarse a los orígenes de la empresa, relatados por el Gobierno alemán con bastante detalle en la contestación al recurso, pero, sobre todo, en su respuesta de 20 de junio de 2003 al escrito de requerimiento de la Comisión de 20 de marzo de ese mismo año, sin que esa Institución los haya rebatido.

18. Con la llegada al poder de Adolf Hitler en enero de 1933, se puso en marcha un plan de fomento de la industria del automóvil,¹¹ organizando un concurso público para la

¹¹ — Adolf Hitler anunció ese propósito en el discurso de inauguración del Salón del Automóvil de 1934 en Berlín.

concesión de la fabricación del denominado «coche del pueblo» (Volks - Wagen). Se pretendía construir un vehículo sencillo y asequible para la mayoría de los alemanes, sin gravar en exceso su patrimonio. El encargo se atribuyó al legendario ingeniero Ferdinand Porsche.¹²

19. El proyecto debía acometerse con gran rapidez y para su realización se acordaron dos subsidios por un importe total de 700.000 Reichmarks (RM), buscándose también el apoyo financiero de la Reichverband der Deutschen Automobilindustrie (asociación de la industria del automóvil alemana), que aportaría 20.000 RM mensuales durante los diez meses fijados para la finalización de los trabajos; mas las dificultades expuestas por esa Asociación al canciller del Reich movieron a Hitler para encomendar al Arbeitsfront (frente del trabajo) la producción del Volkswagen¹³ mediante la construcción de la fábrica más grande jamás vista. La financiación se obtuvo de diversas fuentes: junto a las aportaciones del propio Estado alemán, el Gobierno hizo un llamamiento al ahorro público, pidiendo a los ciudadanos que desearan adquirir un automóvil el depósito de 5 RM por semana en

una cuenta destinada a sufragar la empresa. De esta manera se reunieron 286 millones de marcos.

20. El 28 de mayo de 1937 el proyecto Volkswagen se retiró, pues, de las manos de la referida Asociación y se creó una sociedad estatal, la Gesellschaft zur Vorbereitung des Deutschen Volkswagens mbH, con un capital inicial de 50 millones de RM consignado por el Arbeitsfront, a cuyo servicio se destinó un avión para buscar un espacio adecuado en Alemania donde instalar la fastuosa fábrica, siempre que estuviera emplazado en el centro del país y que dispusiera de buenas comunicaciones fluviales y por carretera. Finalmente se encontró el sitio ideal en la Baja Sajonia, no lejos del castillo de Wolfsburg, propiedad familiar del conde von der Schulenburg desde el siglo XIV, que fue expropiado. La fábrica se levantó, por tanto, junto a la localidad de Fallersleben en el trayecto de la autopista que enlazaba Hannover y Berlín, cerca del canal de Mittelland. El 26 de mayo de 1938 se colocó la primera piedra ante más de 70.000 personas, a la vez que se planificaba la edificación de una nueva ciudad para albergar a los futuros obreros, la actual Wolfsburg. Despertando la sorpresa general, el propio Führer rebautizó al vehículo, llamándolo «KdF Wagen» (Kraft durch Freude Wagen) o el coche de la fuerza por la alegría, aunque el gabinete de Porsche había inscrito la marca Volkswagen incluso en el ámbito internacional.¹⁴

12 — Ferdinand Porsche, hijo de un hojalatero, nació en Maffersdorf-an-der-Neisse (hoy Vratislavice nad Nisou, República Checa) el 3 de septiembre de 1875. Esa ciudad de Bohemia pertenecía entonces al Imperio Austro-Húngaro, pero, después de la Primera Guerra Mundial, cambió el mapa político en Europa y Porsche se convirtió en ciudadano checoslovaco. «El más grande constructor alemán de automóviles», en palabras de Hitler, no podía conservar esa nacionalidad y todo se arregló con el cónsul de Checoslovaquia en Stuttgart para que, tras renunciar a sus orígenes, Porsche adquiriera la condición de alemán; Parvulesco, C., *Coccinelle. Triomphe de la voiture populaire*, Ed. ETAL, Boulogne-Billancourt, 2006, p. 18.

13 — Parvulesco, C., obra citada, pp. 17 y 18.

14 — Parvulesco, C., obra citada, p. 26.

21. En la presentación oficial del vehículo se mostraron tres modelos diferentes: un cabriolé, un descapotable y una limusina. El dictador, rodeado de militares que lucían vistosos uniformes e inequívocas maneras de inquebrantable adhesión a su régimen político, se acomodó en el cabriolé conducido por el propio hijo de Ferdinand Porsche, Ferry, que saltó inmediatamente a la fama. La declaración del Führer suscitó el más encendido entusiasmo: el KdF Wagen estaría pronto al alcance de todos, a un precio de sólo 990 RM.

22. Además, con el dinero recaudado por la venta de los bienes requisados y expoliados a los sindicatos de la República de Weimar, prohibidos a raíz del golpe de Estado nacionalsocialista, se erigieron, en su mayor parte, los talleres de la que sería la industria más grande de Europa, en la imaginación de los políticos que la apadrinaban.¹⁵

23. La fabricación masiva de vehículos debía comenzar el 15 de octubre de 1939, pero Hitler invadió Polonia el 1 de septiembre de ese año y el estallido de la Guerra Mundial trastocó los planes de todos los implicados, pues la producción se orientó a satisfacer las necesidades militares, especialmente las ati-

nentes a la movilidad de las tropas y al suministro de munición, dejando sin el ansiado utilitario a los cerca de 336.000 pequeños ahorradores¹⁶ implicados en un sueño que se desvanecía con el estruendo de las armas y de los cañones.¹⁷

24. Los bombardeos aliados afectaron seriamente a las instalaciones de la empresa, ya que en cuatro incursiones aéreas¹⁸ se descargaron más de mil toneladas de bombas de alto poder explosivo; aunque dañada, la factoría reanudó su actividad en mayo de 1945,¹⁹ una vez que el gobierno militar de la zona de ocupación británica colocó al frente de la compañía al ingeniero inspector-jefe Rudolf Brörmann, quien había resistido tenazmente los intentos americanos de desguazar la industria, sustituido²⁰ en 1947 por un miembro del Consejo de dirección de Opel, Heinrich Nordhoff. Además, el referido gobierno tampoco logró vender la sociedad a algún competidor extranjero, como Ford o Chrysler, por lo que, al retirarse de la zona el Reino Unido en 1949, Volkswagen se convirtió prácticamente en un bien mostrenco.

16 — Cifra avanzada por el Gobierno alemán.

17 — Parvulesco, C., obra citada, p. 27.

18 — Los ataques se efectuaron en abril, junio y agosto de 1944.

19 — En esta fecha se habían manufacturado 110 *Kübelwagen* (predecesor militar del Volkswagen llamado «escarabajo») para los aliados, con piezas sobrantes.

20 — Según Momsen, H., «Das Volkswagenwerk und die "Stunde Null": Kontinuität und Diskontinuität», en http://www.dhm.de/ausstellungen/aufbau_west_ost, fue depuesto a resultas de la campaña emprendida para borrar cualquier huella nazi de los talleres Volkswagen.

15 — Datos disponibles en <http://es.wikipedia.org/wiki/Volkswagen>.

25. No obstante, a pesar de esa falta de dueño conocido, la explotación demostró un dinamismo sorprendente que la transformó en un negocio floreciente,²¹ despertando las apetencias de sus trabajadores, sin duda justificadas por su colaboración directa e inmediata en el éxito empresarial. Cuando, a finales de los años cincuenta del pasado siglo, la desestimación por los tribunales de la demanda de los ahorradores de Volkswagen parecía inminente, los empleados reivindicaron la propiedad de la compañía, con lo que, junto al Bund, al Land Baja-Sajonia, a los sindicatos y a esos desafortunados ahorradores, ya eran cinco los pretendientes al dominio de la marca.

26. Las tensiones provocadas por los intereses contrapuestos amenazaban con prolongarse ante la justicia alemana, haciendo peligrar la estabilidad de una empresa símbolo de la todavía joven República Federal. Tras largos años de intensas discusiones y arduas negociaciones, se alcanzó un compromiso bajo la forma de un convenio de regulación de las relaciones jurídicas en la factoría Volkswagen GmbH, firmado el 12 de noviembre de 1959 entre el Bund y el Land Baja-Sajonia.²²

21 — En 1955 salió de la fábrica el ejemplar un millón de escarabajo y en 1972 ya se habían vendido más de quince millones de unidades de ese modelo. Por aquella época, algún autor americano intentó aprovechar el tirón popular del automóvil alemán, incluyendo su nombre en el título de una novela: Woods, E., *Yellow Volkswagen*, Greywood Publishing Ltd., Toronto, 1971.

22 — Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung und über die Einrichtung einer Stiftung Volkswagenwerk.

27. Conforme al convenio, se previó, en una primera fase, la transferencia de todas las participaciones sociales de la sociedad, entonces de responsabilidad limitada, al Estado federal;²³ transformada en sociedad anónima en una segunda fase, se repartió el 60 % de las acciones entre personas privadas y el resto, en sendos paquetes del 20 %, a las dos entidades de derecho público implicadas, el Bund y el repetido Land.²⁴

28. El convenio entre las referidas administraciones nacional y regional tuvo asimismo en cuenta los intereses de los trabajadores, creando la Fundación Volkswagen para el fomento de la investigación, la enseñanza, la ciencia y la tecnología.

29. Los estatutos de la sociedad anónima Volkswagen se aprobaron el 6 de julio de 1960 y se incorporaron a la Ley Volkswagen con el resto del acuerdo; dos de las cláusulas disponían, respectivamente, la elevación de la mayoría calificada para la adopción de determinados acuerdos sociales del 75 % a más del 80 % y la limitación del ejercicio de los derechos de voto al 20 % del capital.

23 — A través de la Ley de regulación de las relaciones jurídicas de la empresa Volkswagenwerk GmbH (Gesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Volkswagenwerk GmbH; BGBl. I, p. 301)

24 — Mediante la Ley Volkswagen, citada.

B. El procedimiento administrativo previo

30. La Comisión, habiendo recibido quejas sobre la Ley Volkswagen, dirigió a Alemania, el 19 de marzo de 2003, una carta de emplazamiento, a la que el Estado miembro respondió el 20 de junio de ese año.

31. Las explicaciones no convencieron a la Institución comunitaria, por lo que, el 1 de abril de 2004, emitió un dictamen motivado, invitando a que se promulgaran las medidas adecuadas para derogar o modificar la ley controvertida en un plazo de dos meses, contados a partir de la transmisión.

32. El Gobierno alemán formuló observaciones en un escrito de 12 de julio de 2004, confirmando su parecer de que la citada ley no infringía el artículo 56 CE y de que no procedía su reforma, por lo que solicitó el archivo del procedimiento por estimar infundada la imputación de incumplimiento.

33. Disconforme con la postura germana, la Comisión acudió al Tribunal de Justicia, instando la constatación del incumplimiento, en los términos del artículo 226 CE por infracción de los artículos 56 CE y 43 CE.

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia y las pretensiones de las partes

34. La demanda accedió al registro de este Tribunal de Justicia el 4 de marzo de 2005, instando la declaración de que los artículos 2, apartado 1, y 4, apartados 1 y 3, de la Ley Volkswagen conculcan los artículos 56 CE y 43 CE, así como la condena en costas del Estado demandado.

35. La contestación a la demanda, depositada el 25 de mayo de 2005, pretende que se desestime el recurso por infundado y que se impongan las costas a la Comisión.

36. Mediante auto de 7 de septiembre de 2005, el presidente del Tribunal de Justicia autorizó la intervención de la República de Finlandia que, no obstante, desistió en una carta recibida en la Secretaría el 25 de noviembre siguiente.

37. El 22 de agosto de 2005 se entregó la réplica y el 16 de noviembre, la réplica.

38. En la vista, celebrada el 12 de diciembre de 2006, expusieron verbalmente sus opiniones los representantes de la República Federal y de la Comisión.

V. Análisis del incumplimiento

especiales al Estado, en el caso de autos al Bund y al Land Baja-Sajonia.

A. Observaciones preliminares

39. Ante todo, conviene resaltar que la Comisión, aun habiendo invocado la infracción del artículo 43 CE, ciñe su demanda a la infracción de la libre circulación de capitales (artículo 56 CE), sin duda por mimetismo con el tratamiento dispensado por la jurisprudencia a los asuntos relativos a las acciones de oro, lo que no obsta para que el Tribunal de Justicia se pronuncie también sobre la violación coetánea de la libertad de establecimiento.

1. Incardinación de la Ley Volkswagen en la jurisprudencia sobre las acciones de oro

40. La Comisión se apoya, principalmente, en la jurisprudencia sobre las «golden shares»,²⁵ basando su análisis en que es una medida estatal que concede derechos

41. Recalca, igualmente, el carácter público del acuerdo rubricado por ambas entidades para superar las tensiones dominicales que afectaban a la compañía, al ser una ley promulgada para una sola sociedad.

42. El Gobierno alemán disiente de ese planteamiento y estima que las situaciones en las que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado no tienen parangón con la de la empresa Volkswagen, aludiendo a la objetividad de las disposiciones controvertidas, al menos de las que se refieren a la limitación de los derechos de voto y al aumento de la mayoría exigible en la junta general de accionistas para algunas decisiones fundamentales, que no contienen ningún elemento discriminatorio, al repercutir de igual manera en todos los inversores, públicos o privados.

43. Insiste, además, el Gobierno demandado en no tildar de «medida estatal» a la Ley Volkswagen por recoger simplemente el convenio privado celebrado en 1959 entre el Estado federal y la Baja-Sajonia.

²⁵ — Sentencias de 23 de mayo de 2000, Comisión/Italia (C-58/99, Rec. p. I-3811); de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731), Comisión/Francia (C-483/99, Rec. p. I-4781) y Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. p. I-4809); así como las sentencias de 13 de mayo de 2003, Comisión/España (C-463/00, Rec. p. I-4581) y Comisión/Reino Unido (C-98/01, Rec. p. I-4641). Posteriormente se han dictado la de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia (C-174/04; Rec. p. I-4933), y la de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos (C-282/04 y C-283/04, no publicada aún en la Recopilación).

44. Aunque verdaderamente este asunto se halla al margen de las acciones de oro, *stricto sensu*, pues los derechos especiales no se atribuyen a los títulos en posesión de los entes públicos, tampoco cabe admitir una idea reduccionista de lo que debe entenderse por tales derechos; en realidad, no importa tanto si las prerrogativas exorbitantes se incorporan formalmente a algunas participaciones del capital, sino si se atribuyen de una manera privilegiada hasta el punto de disuadir al inversor, en particular al extranjero.

45. Causa también perplejidad la pretensión del ejecutivo germano de no considerar medida estatal una ley votada en el Parlamento nacional, pues no existe ninguna manifestación más típica del comportamiento de los poderes públicos que el ejercicio de sus competencias legislativas. No menos extrañeza provoca calificar de pacto privado a un «Staatsvertrag» del derecho alemán, cuando la doctrina de aquel país al unísono lo incluye entre los actos de derecho público de su ordenamiento jurídico.²⁶

46. Refuto, pues, los argumentos avanzados por el Gobierno alemán para desmarcar, de entrada, el caso que le afecta de los otros

asuntos sobre acciones de oro ya resueltos por sentencia, sin perjuicio de analizar después en detalle las imputaciones de incumplimiento que le reprocha la Comisión.

2. Pertinencia del artículo 295 CE

47. Curiosamente, el Gobierno ahora denunciado no ha alegado en su defensa el respeto que merece el artículo 295 CE, estudiado ampliamente en las dos conclusiones acumuladas que he elaborado en los asuntos en los que recayeron las sentencias Comisión/Portugal, Comisión/Francia y Comisión/Bélgica,²⁷ por un lado, así como Comisión/España y Comisión/Reino Unido,²⁸ por otro, todas ya citadas.

48. Mantengo la opinión de que la expresión «régimen de la propiedad» del artículo 295 CE no remite al ordenamiento civil de las relaciones patrimoniales, sino al conjunto ideal de normas de cualquier tipo, incluidas las de derecho público, capaces de otorgar la titularidad de una empresa, es decir, que autorizan a quien la ostenta para ejercer una influencia decisiva en la defini-

26 — Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Ed. C.H. Beck, 12ª ed. revisada y ampliada, Múnich, 1999, pp. 352 y ss.

27 — Presentadas el 3 de julio de 2001

28 — Leídas el 6 de febrero de 2003.

ción y en la ejecución de todos o de algunos de sus objetivos; igualmente, la necesaria interpretación finalista del precepto descarta una distinción entre empresas públicas y particulares, a efectos del Tratado, que repose en la mera composición de su accionariado, sino que depende de la posibilidad que tenga el Estado de imponer algunos criterios de política económica, diferentes de la mera búsqueda del máximo beneficio que caracteriza la actividad privada.²⁹

49. Reitero, pues, mi parecer de que el respeto del Tratado al régimen de la propiedad en los ordenamientos jurídicos nacionales, consagrado en el artículo 295 CE, debe extenderse a toda medida que, a través de la intervención en el sector público, entendido en sentido económico, permite al Estado contribuir a la configuración de la actividad productiva del país.³⁰

50. Aunque conserva plena vigencia la crítica vertida en mis conclusiones de los asuntos C-463/00 y C-98/01 al hecho de que las sentencias hayan descartado, sin motivación alguna, la aplicación y el alcance del artículo 295 CE, ya que las dictadas poste-

riormente tampoco lo han interpretado,³¹ reconozco que este litigio acusa divergencias sustanciales con los juzgados hasta la fecha por este Tribunal de Justicia, circunstancia que lo encauza hacia otra solución.

51. Los supuestos precedentes se enmarcaban, generalmente, en los procesos de privatización de empresas que operaban en ámbitos considerados «estratégicos» y que se habían liberalizado paulatinamente (hidrocarburos, aeropuertos, seguros). Las medidas enjuiciadas coincidían en un aspecto, el de su carácter de medios de intervención de los poderes públicos en ciertas actividades de interés vital para la economía nacional, con el afán de implantar una estrategia de política económica.³²

52. La Ley Volkswagen, como se desprende del relato histórico de su gestación, no se inscribe en ese contexto.

53. Por un lado, no se trata de un sector tradicionalmente comprendido entre las ramas clave de la economía de un país,

29 — Sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (188/80 a 190/80, Rec. p. 2545), apartado 21.

30 — Conclusiones de los asuntos C-367/98, Comisión/Portugal, C-483/99, Comisión/Francia, y C-503/99, Comisión/Bélgica, referidas, puntos 54 y 55; también en las conclusiones de los asuntos C-463/00, Comisión/España, y C-98/01, Comisión/Reino Unido, ya aludidas, puntos 56 y 57.

31 — Sentencias Comisión/España y Comisión/Reino Unido, citadas; Comisión/Italia; y Comisión/Países Bajos, también mencionadas.

32 — Conclusiones de los asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99, punto 62.

independientemente de su peso específico en el producto interior bruto, pues la industria del automóvil se encontraba bastante desarrollada en la Alemania de entreguerras, sin que su evolución se debiera a intervenciones estatales.

54. Por otro lado, la razón primordial de la norma litigiosa residía en resolver las tensiones generadas en torno a la propiedad de la compañía, lo que, en principio, la haría merecedora del calificativo de norma del ordenamiento jurídico privado en el sentido del artículo 295 CE que algunos propugnan —aunque yo no comparto—. Pero las disposiciones denunciadas por la Comisión en este recurso de incumplimiento no conciernen a la ordenación del dominio, ni con carácter general, ni respecto de la sociedad Volkswagen aisladamente.

55. Sin duda, los tres artículos de la Ley alemana cuestionados en este proceso ayudan a conservar la titularidad a quien ya la ostenta, mediante técnicas jurídico societarias típicas de defensa del Consejo de dirección de una empresa contra ofertas públicas de adquisición hostiles.³³

33 — Sobre el límite de los derechos de voto Kübler, F., *Gesellschaftsrecht*, 5ª ed. revisada y ampliada, Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1998, p. 199. También Krause, H., «Von „goldenen Aktien“, dem VW-Gesetz und der Übernahmefrichtlinie», *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 38/2000, p. 2749.

56. A tenor de lo expuesto, estimo que el artículo 295 CE no respalda la Ley Volkswagen, tanto en atención a la interpretación que siempre he auspiciado, como a las pautas hermenéuticas que circunscriben ese precepto a proteger la autonomía de los Estados miembros para regular las relaciones patrimoniales privadas.

B. Sobre las restricciones a la libre circulación de capitales

1. Aclaración preliminar

57. La demandante pretende constatar que la República Federal de Alemania ha infringido la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales, aunque funda su argumentación exclusivamente en la conculcación de esta última, lo que parece lógico a tenor de la jurisprudencia en materia de «golden shares», que se ha centrado esencialmente en el artículo 56 CE, y sólo de manera subsidiaria en el artículo 43 CE.

58. No he cambiado mi criterio de que el ámbito natural e idóneo para el análisis de las restricciones varias que se encubren, harto imprecisamente, bajo el denominativo «acciones de oro», es el de la libertad de

establecimiento, pues el Estado miembro encausado suele aspirar a controlar, utilizando facultades de intervención en la configuración de la estructura accionarial, la formación de la voluntad social de las entidades privatizadas (interviniendo en la composición accionarial o en actos concretos de administración), extremo que pocas concomitancias guarda con el libre flujo de capitales.³⁴

59. Sin embargo, tales facultades pueden incidir en el derecho de libre establecimiento, haciéndolo menos interesante, tanto de modo directo, cuando versan sobre el acceso al capital social, como indirecto, cuando reducen su atractivo, al restringir la capacidad de disposición o de gestión de los órganos sociales.³⁵ En contra de lo que declaró el Tribunal de Justicia,³⁶ insisto en que el obstáculo a la libertad de circulación de capitales resultante reviste carácter subsidiario, no necesario. Ya he señalado que esa aseveración es cierta en lo concerniente a las medidas que afectan a la composición del accionariado, pero lo es aún más en cuanto a las que limitan la adopción de acuerdos sociales (cambio de objeto de la empresa, enajenación de activos), como las impugnadas en el caso de autos, tornándose hipotético o muy tenue el vínculo con la libre circulación de capitales.³⁷

60. De cualquier manera, no vale la pena ahondar más en la incorrecta calificación jurídica del supuesto de infracción alegado, pues no provoca mayores consecuencias, ya que el Tribunal de Justicia aplica un examen similar a ambas libertades, cuya metodología propongo asumir a continuación para indagar si se han producido los incumplimientos perseguidos, al haberse descartado el abrigo del artículo 295 CE para la Ley Volkswagen.

61. Pues bien, según he explicado, el Tribunal de Justicia se ha centrado reiteradamente en el artículo 56 CE, apartado 1, que prohíbe las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros.³⁸

62. A falta de una definición del concepto de «movimientos de capitales» en el Tratado CE, la jurisprudencia ha reconocido el valor indicativo de la nomenclatura anexa a la Directiva 88/361/CEE,³⁹ a cuyo tenor constituyen movimientos de capitales las

34 — Conclusiones del asunto en el que recayeron las sentencias Comisión/España y Comisión/Reino Unido, mencionadas, punto 36.

35 — Velasco San Pedro, L.A., y Sánchez Felipe, J.M., «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE», en *Revista de derecho de sociedades*, número 19, año 2002-2, p. 31.

36 — Sentencias Comisión/Portugal y Comisión/Francia, antes citadas, apartado 56. También sentencia Comisión/Países Bajos, apartado 43.

37 — Conclusiones del asunto en el que recayeron las sentencias Comisión/España y Comisión/Reino Unido, reseñadas, punto 36.

38 — Por ejemplo, las reiteradas sentencias Comisión/Francia, apartados 35 y 40; y Comisión/Reino Unido, apartados 38 y 43.

39 — Directiva del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado (artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam) (DO L 178, p. 5).

inversiones directas, las que compran participaciones en una compañía mediante la posesión de acciones que confiera la posibilidad de intervenir en su gestión y en su control, y las indirectas, como la adquisición de títulos en el mercado de capitales con la intención de colocar un dinero, pero sin ánimo de influir en la gestión ni en el control de la empresa (también denominadas «de cartera»).

2. Análisis de la normativa litigiosa

a) El derecho del Bund y del Land a nombrar dos miembros en el Consejo de vigilancia de la empresa

63. El Tribunal de Justicia ha estudiado estas dos categorías de negocios y ha calificado de «restricciones» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, las medidas nacionales que impidan o dificulten la adquisición de acciones en las sociedades afectadas o que disuadan a los operadores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de tales sociedades.

64. A la luz de estos principios han de contemplarse los preceptos controvertidos de la Ley Volkswagen para comprobar si suponen obstáculos a la libre circulación de capitales del artículo 56 CE, apartado 1. En caso de respuesta afirmativa, hay que averiguar las posibles justificaciones.

i) Planteamiento

65. Para la Comisión, el artículo 4, apartado 1, de la Ley Volkswagen, al otorgar la facultad de designar dos miembros del Consejo de vigilancia a la República Federal de Alemania y al Land Baja-Sajonia respectivamente, siempre que ostenten la cualidad de accionistas, significa una excepción a la norma del artículo 101, apartado 2, de la Ley de sociedades anónimas, que exige la previsión estatutaria de tal prerrogativa, reduciéndola a un tercio del número de miembros de ese órgano societario atribuidos por la ley o por los estatutos a los delegados del capital, es decir, que, en el caso de Volkswagen, ascendería a tres miembros.

66. La propia Institución comunitaria entiende que la configuración de ese privilegio en la Ley Volkswagen restringe las probabilidades de que otros accionistas se inmiscuyan en la gestión y en el control de la sociedad, lo que significa una infracción de la

40 — Sentencia de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661), apartado 21; y las sentencias, antes citadas, Comisión/Francia, apartados 36 y 37, y Comisión/Reino Unido, apartados 39 y 40.

41 — Sentencias Comisión/Francia, apartado 41; Comisión/Italia (C-174/04), anotada, apartados 30 y 31; y de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, Rec. p. I-923), apartados 34 y 35.

42 — Por ejemplo, las sentencias, ya mentadas, Comisión/Bélgica, apartados 42 a 55, y Comisión/Países Bajos, apartados 32 a 40.

libre circulación de capitales según la jurisprudencia.⁴³ A su juicio, carecen de relevancia la circunstancia de que el Bund haya vendido todas sus acciones y, por ende, no ejerza su derecho de nombramiento, y la de que el número de los mandatarios del Land Baja-Sajonia sea proporcional o, incluso, inferior, a su porcentaje del capital social, pues no impiden que se otorguen facultades especiales al Estado que reducen el atractivo de las inversiones en Volkswagen.

ii) Examen del motivo

68. El correcto entendimiento del derecho de nombrar miembros en el Consejo de vigilancia, estatutariamente reservado a ciertos accionistas en el artículo 101, apartados 1 y 2, de la Ley alemana de sociedades anónimas, se orienta a una función doble: la de facilitar la representación en tal órgano de los grandes poseedores de títulos valores de la compañía que quieran colaborar en su gestión; y la de reservar algunos puestos a las minorías, limitando ese tipo de mandatarios a un tercio del total correspondiente al capital.⁴⁵

67. El Gobierno alemán estima que el Consejo de vigilancia,⁴⁴ por su condición de órgano de control, carece de poder decisorio efectivo, excepto en las contadas ocasiones en las que la ley o los estatutos reclamen su intervención; agrega que el número de plazas en ese gremio guarda una relación equitativa con la contribución al capital, siendo la del Land Baja-Sajonia inferior a su porcentaje de acciones; termina aduciendo que las hipótesis barajadas por la Comisión sobre el freno a las inversiones no tienen conexión con la realidad.

69. La salvedad que contiene ese precepto al artículo 4, apartado 1, de la Ley Volkswagen revela el carácter exorbitante de las facultades conferidas a los entes territoriales en cuestión.

43 — Sentencias Comisión/Reino Unido, apartado 44, Comisión/Bélgica, apartados 39 a 41 y Comisión/Portugal, apartados 44 a 46. En este último pronunciamiento el Tribunal de Justicia interpretó el silencio del Gobierno portugués como un allanamiento, un reconocimiento tácito del incumplimiento, e inició el estudio de las eventuales justificaciones; ya he criticado tal proceder en mis conclusiones en los asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99, citadas, punto 76, conminando al Tribunal de Justicia a llevar a cabo de oficio la indagación del incumplimiento, pues dudo de que el interés comunitario subyacente en este tipo de recursos case con el principio de libre disposición de la acción.

44 — Regulado en los artículos 95 a 116 de la Ley alemana de sociedades anónimas.

70. Así, en primer lugar, se ha destacado que uno de los motivos que indujeron a redactar el mencionado artículo 101 fue precisamente abrir la puerta a la influencia de los poderes públicos en las sociedades encargadas de prestar servicios de interés general sin

45 — Kübler, F., *Op. cit.*, p. 190.

procurarse el capital necesario.⁴⁶ Este dato, lejos de justificar la Ley Volkswagen, abunda en su naturaleza extraordinaria, pues, al dejarse incólume su normativa, se acentúa la excepcionalidad de unas reglas que benefician a una sola empresa.

derecho común, restringe las posibilidades de los demás inversores de recibir ventajas similares, rompiendo la simetría entre la fuerza del capital y las alternativas de gobierno en una sociedad.⁴⁸ Incluso un empresario que alcanzara el poder suficiente para modificar los estatutos y derogar esas cláusulas se toparía con el inconveniente de cambiar la Ley, para lo que se requiere el concurso del Parlamento nacional.

71. En segundo lugar, también se vislumbra que la norma controvertida se aparta de la ordinaria en lo formal, pues la potestad de nombrar miembros en el Consejo de vigilancia se atribuye *ex lege*⁴⁷ y no estatutariamente, así como en lo sustancial, ya que el artículo 4, apartado 1, reserva cuatro de los diez asientos correspondientes al capital a dos entes públicos, lo que supone más del tercio que, como máximo, prescribe el artículo 101, apartado 2, de la Ley de sociedades anónimas.

73. Por tanto, aunque el artículo 4, apartado 1, de la Ley Volkswagen se considere una *lex specialis*, no cabe duda de que disuade a quienes pretendan adquirir una cantidad importante de acciones de la compañía, ya que se encontrarían en el Consejo de vigilancia con cuatro representantes de los poderes públicos, poseedores de un número marginal de títulos.

72. En suma, esa prerrogativa exclusiva del Estado federal y de la región, además de desvincularse por completo de la importancia de sus paquetes de acciones respectivos, en contra del espíritu de la norma de

74. No resulta trascendente para investigar el incumplimiento el que los entes públicos mencionados ejerciten sus privilegios, pues basta con que no se haya purgado el ordenamiento jurídico alemán del derecho exorbitante del Bund y del Land Baja-Sajonia a nombrar mandatarios en el Consejo de vigilancia de Volkswagen ni de la prerrogativa de intervenir cuando lo estimen oportuno.

⁴⁶ — Ibidem.

⁴⁷ — De haberse incorporado a una cláusula en los estatutos sociales de Volkswagen pero no en su ley, la aprobación de la Aktiengesetz de 1965 habría acarreado la nulidad de tal cláusula; por lo que la aclaración sobre la vigencia del repetido artículo 4, apartado 1, sirvió para solventar el problema de una incompatibilidad con el artículo 101 de la Ley de sociedades anónimas.

⁴⁸ — Sander, F., «Volkswagen vor dem EuGH – der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit am Scheideweg», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, n° 4/2005, p. 109.

75. En consecuencia, el artículo 4, apartado 1, de la Ley Volkswagen infringe el artículo 56 CE, sin perjuicio de las eventuales justificaciones que, por haberse planteado con igual contenido en relación con los demás preceptos impugnados, se evocan coordinadamente al final de las otras imputaciones.

tesis de la generalidad de esta técnica de contención de los derechos de voto en las sociedades, debería percibirse la diferencia entre ofrecer esa restricción, como hace el ordenamiento alemán con las compañías no cotizadas en bolsa, e imponerla a una empresa por ley, como ocurre en Volkswagen.

b) Sobre la minoría de bloqueo y la limitación de los derechos de voto

i) Planteamiento

76. En los escritos procesales, estos dos motivos de incumplimiento se han estudiado por separado y sólo se han tratado conjuntamente al ponderar el efecto combinado de las tres disposiciones conflictivas. No obstante, por las razones que luego se indican, parece conveniente enmarcarlos en el mismo análisis.

78. La Comisión prosigue su exégesis con el artículo 4, apartado 3, que aumenta a más de cuatro quintos (80 %) del capital social la mayoría para negociar ciertas resoluciones de la Junta general, mientras que la Ley de sociedades anónimas exige un voto conforme de tres cuartos (75 %), permitiendo así al Land Baja-Sajonia oponerse y bloquear ese tipo de decisiones mediante la minoría suficiente a tal fin, que el Land posee desde el inicio. Señala, asimismo, que esa mayoría no emana de la autonomía de la voluntad de los accionistas, sino del empeño del legislador, quien la decretó en beneficio exclusivo de los inversores públicos.

77. En su investigación por separado, la Comisión advierte de que el artículo 2, apartado 1, de la Ley Volkswagen, con la restricción del derecho de voto a un quinto del capital, introduce una desviación del principio «una acción, un voto» («one share, one vote»), sin que los propietarios de las participaciones tengan ocasión de pronunciarse. Añade también que, aun aceptando la

79. A su vez, el Gobierno alemán aborda la restricción del artículo 2, apartado 1, negando una correlación entre la participación en el capital y el derecho de voto, confirmando el origen contractual de la cláusula y reclamando la libertad del legislador para las disposiciones de derecho societario distintas de las comunes para algunas empresas.

80. En cuanto al artículo 4, apartado 3, alega la falta de un límite en la Ley de sociedades anónimas de su país y explica el porcentaje de acciones en manos del Land Baja-Sajonia por las sucesivas compras llevadas a cabo en el mercado como cualquier inversor privado.

81. Pero, como he anticipado, prefiero auspiciar un análisis concertado de ambos preceptos, ya que no son las normativas aisladamente, sino sus secuelas, las que merecen una atención pormenorizada.

82. La Comisión sólo preconiza que, como las tres reglas infringen, cada una por sí misma, el Tratado, sus implicaciones conjuntas sólo refuerzan esa conculcación.

83. El Gobierno alemán, en cambio, invocando un precedente,⁴⁹ replica que no cabe apreciar ninguna violación del Tratado por separado ni tampoco combinándolas.

ii) Examen de los motivos

84. La historia de la Ley Volkswagen enseña que se ha creado una estructura jurídica altamente sofisticada para blindar una situación determinada en un momento muy preciso.⁵⁰ Parece complicado interpretar de otra manera el aumento a más del 80 % el quórum para aprobar ciertas decisiones de la junta general, cuando el derecho común sólo pide el 75 %. Además, la reducción del ejercicio del derecho de voto al 20 % coincide con el porcentaje de acciones que se repartieron a los dos inversores institucionales en la época en la que se promulgó la Ley, el Bund y el Land Baja-Sajonia.

85. En la práctica, quien deseara adquirir el número suficiente de acciones de esa empresa para introducirse en sus órganos de gestión comprobaría fácilmente los obstáculos para reformar una estipulación estatutaria, al margen de la necesidad de acudir al legislador para enmendar la Ley a su antojo.

49 — Sentencia de 14 de abril de 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe (C-6/03, Rec. p. I-2753), apartado 55.

50 — Un indicio del trato preferencial que la Ley otorga a Volkswagen se infiere de la abolición en 1998 de la limitación de los derechos de voto en las sociedades que cotizan en bolsa, al aprobarse en Alemania la referida Ley sobre el control y la transparencia de las empresas, con el claro objetivo de restablecer la proporcionalidad entre el capital y el ejercicio del derecho de voto, como indica Fernández Pérez, N., *La protección jurídica del accionista inversor*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 224. La exposición de motivos de esa Ley de 1998 asumía que las trabas al derecho de voto desincentivan el mercado de capitales; Ruge, R., «Goldene Aktien und EG-Recht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, n.º 14/2002, p. 424.

86. Por lo pronto, albergaría serias dudas a la hora de reunir más de una quinta parte del capital, pues quedaría sin voz por encima de ese tope.⁵¹ Pero incluso, si se llegara a movilizar a todo el pequeño accionariado, la minoría de bloqueo del Bund y del Land haría ilusoria la tentativa de alcanzar cualquier modificación con más de cuatro quintos del capital social en la Asamblea de accionistas.

87. En suma, se persigue mantener el *statu quo* del gran accionariado *ab initio*, es decir, del Bund y del Land Baja-Sajonia, lo que refuerza el primer motivo de incumplimiento, relativo a los mandatos de esos entes en el Consejo de vigilancia.

88. Pero no se pueden pasar por alto las cualidades del autor de la providencia que ampara la tesisura descrita. Conviene recalcar, igualmente, que todas estas cortapisas a la penetración de grandes accionistas las imponen los propios entes públicos desde el Convenio de 1959 (el «Staatsvertrag») a través de una ley federal.

89. La norma nacional, sin ser discriminatoria, bloquea una situación objetivamente favorable a los mencionados entes públicos, porque fortalece la posición del Bund y del Land, impidiendo cualquier interferencia en la gestión. En estos corolarios proteccionistas reside el efecto disuasorio de la Ley Volkswagen, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, vulnera la libre circulación de capitales. Se desvanecen así las alegaciones del Gobierno alemán sobre la fluidez de la circulación de las acciones Volkswagen, que aluden a inversiones de cartera y no a las realizadas con miras a involucrarse en la gestión de la empresa.

90. Las dificultades para los inversores extraños al pacto inicial resultan patentes y perduran, al menos potencialmente, mientras subsistan los artículos impugnados. La situación, de hecho incompatible con el derecho comunitario, no se solventaría con la venta de las participaciones del Land, hoy único inversor público, pues la propia norma que da cobertura a esa situación contribuye a perpetuar el dominio de la entidad regional alemana, como se ha acreditado a lo largo de los últimos cuarenta años.

91. La táctica emprendida cobra, pues, especial significación para revelar la identidad pública de sus autores, ya que demuestra el carácter de «medida nacional» de la Ley

51 — Soltysinski, S., «The rise and fall of the golden share concept in privatised companies», en Demaret, P./Govaere, I./Hanf, D. (coordinadores), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Brujas, 2005, p. 329, da cuenta de la idea muy extendida de que las restricciones al ejercicio del derecho de voto levantan barreras a la libre circulación de capitales de mayor envergadura que las acciones de oro, en decadencia.

Volkswagen según lo entiende la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia de cara a su enjuiciamiento a la luz del artículo 56 CE, pero no autoriza a sacar otras consecuencias ni, en particular, a deducir que, en ausencia de esa normativa, las cláusulas estatutarias con el mismo contenido que los preceptos discutidos en este proceso verían afectada su validez.

92. Por tanto, esa condición de medida estatal, susceptible de desalentar a los inversores de acumular el capital imprescindible para cooperar en la gestión de la empresa, implicaría que los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 3, de la Ley Volkswagen transgreden la libre circulación de capitales del artículo 56 CE, apartado 1.

3. Las eventuales justificaciones a la infracción

a) Planteamiento

93. Al haber aducido el Gobierno alemán, a título subsidiario, una serie de argumentos basados en la defensa del interés general, procede dedicarles cierta atención, con el artículo 58 CE y la jurisprudencia como elementos de contraste.

94. Así, el Tribunal de Justicia ha admitido en varias ocasiones la restricción nacional de la libre circulación de capitales por las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por otras razones imperiosas de interés general,⁵² siempre que no haya una armonización comunitaria para salvaguardar esos intereses,⁵³ correspondiendo a los Estados miembros encauzar el nivel de protección de tales intereses y la manera de lograrlo. Sin embargo, sólo se les reconoce esa facultad dentro de los parámetros del Tratado y, en concreto, respetando el principio de proporcionalidad.⁵⁴

95. En el presente asunto, el Gobierno alemán aboga por sopesar el contexto histórico peculiar en el que se gestó la Ley controvertida y los objetivos de política social, regional, económica e industrial que la presiden.

96. La Comisión, después de rechazar la pertinencia de las consideraciones de índole histórica que propone la demandada, rebate que la Ley impugnada atienda a todos esos objetivos.

52 — Sentencias de 7 de septiembre de 2004, Manninen (C-319/02, Rec. p. I-7477), apartado 29, y Comisión/Países-Bajos, ya referida, apartado 32.

53 — Sentencia de 15 de junio de 2006, Comisión/Francia (C-255/04, no publicada aún en la Recopilación), apartado 43, y la jurisprudencia citada.

54 — Sentencias, ya citadas, Comisión/Bélgica, apartado 45, y Comisión/Países Bajos, apartado 33.

b) Examen de las alegaciones

97. La crítica de los preceptos denunciados de la Ley Volkswagen no empaña el éxito de la empresa, asombroso si se recuerdan las condiciones en las que se ha forjado, en unos talleres casi en ruinas tras los bombardeos. La eficacia, la precisión, la flexibilidad⁵⁵ y el dinamismo de los que ha hecho gala son un ejemplo de tenacidad y de espíritu de superación dignos de elogio. Mas el cambio que se ha vivido en Europa, tras la consolidación del proceso de integración, iniciado con los Tratados de Roma, exige adaptar la compañía a los nuevos tiempos.

98. De entrada, confieso cierto estupor al comprobar que se invoca el interés de la colectividad para proteger una norma elaborada en beneficio exclusivo de una sola entidad, en consonancia con la tesis de parte de la doctrina de que, en las grandes empresas, el aspecto público de su actividad

es particularmente relevante y, al no haber control alguno del derecho de sociedades, hay que articular un sistema de cautelas legales, para garantizar la satisfacción del interés público concurrente con total independencia de la forma jurídica que revisitan.⁵⁶

99. En cuanto a las causas exculpatorias esgrimidas, conviene constatar: en primer lugar, que los acontecimientos evocados por el Gobierno alemán prueban que hubo motivos urgentes para regular las tensiones demaniales en una sociedad como Volkswagen, pero no disculpan los tres preceptos impugnados que, como he anunciado, carecen de virtualidad en el régimen de propiedad de las acciones en sentido estricto.

100. En segundo lugar, blandir los intereses de los trabajadores resulta completamente falaz, pues el propio Gobierno ha explicado, por un lado, que sus anhelos sobre el control de la compañía se fraguaron al instituir la Fundación Volkswagen, por lo que la Ley no incide, ni siquiera indirectamente, en los deseos de esos trabajadores; por otro lado, la utilidad de implicar a los asalariados en la administración de la compañía mediante la cogestión, aunque hubiera necesitado una

55 — La versatilidad del «escarabajo» está fuera de toda duda; aparte de la adaptabilidad para convertirlo en vehículo militar, también se modificó para diseñar prototipos de camionetas de carga y de reparto, de camping y hasta ambulancias y coches de bomberos. Inspiró la creatividad de otros ingenieros como Karmann, Hebmüller o Rometsch, quienes imaginaron atrevidas variaciones sobre el modelo original que alcanzaron gran prestigio (Seume, K. y Shall, B., *Volkswagen Beetle — Coachbuilts and cabriolets 1940-1960*, Bay View Books Ltd., Devon, 1993, pp. 70 y ss.). Otro testimonio de la maleabilidad de los Volkswagen se encuentra en el modelo que, por encargo personal, se manufacturó para el emperador de Abisinia, Haile Selassie I (que reinó en Etiopía entre 1930 y 1974), con asientos tapizados en piel de leopardo (*ibidem*, p. 10).

56 — Reich, N., *Mercado y derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, versión castellana de Antoni Font, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 284.

actuación legislativa, no requería la congelación de la posición reforzada de los organismos públicos instaurada por la Ley litigiosa.

tado 1, y 4, apartados 1 y 3, de la Ley Volkswagen con un planteamiento demasiado amplio y alejado de la realidad, que no responde a razones imperiosas de interés general, por lo que sólo cabe desestimarlos.

101. En tercer lugar, no se atisba la causa de que la protección de las minorías se funde en la inamovilidad de los grandes accionistas. Las reglas controvertidas no aportan ninguna seguridad suplementaria.

C. Sobre la violación del artículo 43 CE

102. Por último, hay que prescindir de los objetivos de política industrial, económica y regional,⁵⁷ pues no casan con una norma concebida para una única sociedad. El Gobierno alemán confunde los intereses generales con los del Land Baja-Sajonia y los suyos propios en la buena marcha del negocio, legítimos y comprensibles dadas las dimensiones de la sociedad, con factorías repartidas por todo el país y con gran número de empleados. De todas maneras, tampoco se colige de la Ley Volkswagen —ni se ha aportado la prueba— de que los artículos denunciados sirvan precisamente al mejor logro de esos objetivos.

103. El Gobierno alemán intenta justificar las restricciones a la libre circulación de capitales derivadas de los artículos 2, apar-

104. La Comisión no ha efectuado ninguna imputación específica sobre la incompatibilidad de la Ley Volkswagen con el artículo 43 CE, sin duda por atenerse al discurso de la jurisprudencia, que ha enfocado estos asuntos hacia la libre circulación de capitales.

105. Así, varias sentencias consideran que las restricciones a la libertad de establecimiento de tales asuntos son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales, a los que se encuentran indisolublemente ligadas, por lo que, una vez demostrada la vulneración del artículo 56 CE, apartado 1, no parece oportuno emprender otro análisis a la luz de la libertad de establecimiento.⁵⁸

57 — La sentencia de 6 de junio de 2000, Verkoijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 48, no les concedió ninguna validez.

58 — Sentencias Comisión/España, apartado 86, y Comisión/Países Bajos, apartado 43, ambas citadas.

VI. Costas

106. El artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de

Justicia prescribe que quien pierda ha de ser condenado en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sucumbido en sus pretensiones la República Federal de Alemania y al haber pedido la Comisión su condena al pago de los gastos judiciales, hay que imponerle las costas de este recurso.

VII. Conclusión

107. A tenor de las reflexiones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia:

- 1) Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al mantener en vigor los artículos 2, apartado 1, y 4, apartados 1 y 3, de la Ley de privatización de las participaciones sociales de Volkswagen GmbH, de 21 de julio de 1960.
- 2) Condenar a la República Federal de Alemania al pago de las costas.