

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GIUSEPPE TESAURO
presentadas el 16 de enero de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

cuyo objetivo es contribuir al desarrollo económico y social del país.

1. Mediante resolución de 2 de octubre de 1989, el Polymeles Protodikeio, Athinas (Tribunal de Primera Instancia de Atenas) planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones relativas a la interpretación de determinadas disposiciones de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital¹ (en lo sucesivo, «Segunda Directiva»).

Para comprender mejor el alcance de estas cuestiones, resumiré brevemente el contexto jurídico nacional y los antecedentes de hecho del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional de remisión.

La Ley griega nº 1386, de 5 de agosto de 1983,² creó el «Organismos oikonomikis Anasygkrotiseos Epicheiriseon» (Organismo para la reestructuración de empresas; en lo sucesivo, «OAE»), sociedad anónima con capital íntegramente suscrito por el Estado y

A tal fin el OAE puede, en concreto, asumir la administración y la gestión corriente de empresas en fase de saneamiento o nacionalizadas. En virtud del apartado 8 del artículo 8 de la Ley, el OAE, durante la administración provisional, puede decidir, entre otras cosas, aumentar el capital social de la empresa de que se trate, como excepción a las disposiciones vigentes en materia de sociedades anónimas, que establecen la competencia exclusiva de la junta general a este respecto. No obstante, los antiguos accionistas conservan su derecho de suscripción preferente que deben ejercitar dentro de un determinado plazo.

El artículo 10 de la Ley también se refiere al aumento de capital social; no obstante, a diferencia de las medidas previstas en el apartado 8 del artículo 8, esta disposición no se inscribe en el contexto de la administración provisional, sino que constituye una medida de saneamiento definitiva y, en tal caso, no se concede a los antiguos accionistas un verdadero derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones, si bien éstos no se hallan totalmente desprovistos de protección.

La Ley nº 1386/1983 fue objeto de la Decisión 88/167/CEE de la Comisión, de 7 de octubre de 1987,³ adoptada en el marco del procedimiento previsto en el artículo 93 del

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44.

2 — Boletín Oficial de la República Helénica A, 107, de 8.8.1983, p. 1926.

3 — DO L 76, p. 18.

Tratado CEE. En esta Decisión, el ejecutivo comunitario afirmaba que no formulaba objeciones a la aplicación de dicha Ley, salvo en el caso, entre otros, de las disposiciones relativas al aumento de capital, que el Gobierno griego habría de modificar para adaptarlas a los artículos 25, 26, 29 y 30 de la Segunda Directiva. En concreto, el artículo 1 de la Decisión ordenaba al Gobierno griego modificar, en este sentido y antes del 31 de diciembre de 1987, las correspondientes disposiciones de la Ley nº 1386/1983.

26 de marzo de 1986, decidió aumentar el capital social en 650 millones de DR.

Puesto que los antiguos accionistas no ejercitaron su derecho de suscripción preferente dentro del plazo establecido, el OAE adquirió las nuevas acciones hasta poseer alrededor de un 68 % del capital social.

El 7 de marzo de 1989, la Comisión inició el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CEE, alegando el incumplimiento por parte de la República Helénica, de las obligaciones que le incumben en virtud de la Segunda Directiva. El 10 de marzo de 1990, el Parlamento griego votó finalmente la Ley nº 1882,⁴ que modificaba la normativa anterior precisamente en este punto controvertido y en el sentido deseado por la Comisión.

Hacia finales de 1986, tras las negociaciones entabladas entre los acreedores, el OAE y los demás accionistas de la EPAS, se acordó mantener la sociedad y poner fin a la administración provisional, así como a la suspensión de pagos de las deudas de la EPAS. El convenio tenía por objeto la reducción del capital social de 947 millones de DR al mínimo obligatorio de 5.000.000 y el aumento simultáneo hasta 6.062.660.000 DR, ordenado por el Ministro conforme al artículo 10 de la Ley nº 1386/1983 y efectuado mediante la capitalización de una parte de las deudas de la EPAS frente a determinados acreedores públicos y la aportación de nuevos fondos por parte del OAE.

2. Las demandantes en el litigio principal son accionistas de la sociedad «Elliniki Paraketviomichania Afoi Sotiropouloi AE» (en lo sucesivo, «EPAS») y poseían 27.799 acciones de un capital social de 297.400.000 DR, dividido en 29.740 acciones.

Por considerar que los aumentos realizados eran contrarios al artículo 25 y siguientes de la Segunda Directiva, las demandantes en el litigio principal, convertidas en accionistas minoritarias de la EPAS, impugnaron ante el Polymeles Protodikeio, Athinas, los aumentos de capital antes citados, así como el reparto de acciones entre las empresas públicas. Dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento con el fin de preguntar al Tribunal de Justicia si el artículo 25 y siguientes y el artículo 29 de la Segunda Directiva son directamente aplicables en Grecia a partir del 1 de enero de

A petición de la EPAS, el Ministro de Economía nacional declaró a esta sociedad, mediante decisión de 26 de noviembre de 1984, sometida al régimen establecido por la Ley nº 1386/1983. En aquel momento, el OAE asumió la administración de la EPAS y, el

4 — Boletín Oficial de la República Helénica nº A 43, de 23 de marzo de 1990.

1981, en el sentido de que los órganos jurisdiccionales están obligados a aplicar estas disposiciones en los litigios que se les planteen, y si la normativa de que se trata prevalece sobre las disposiciones contrarias de la Ley nº 1386/198.

3. Recordemos que el Tribunal de Justicia ya ha respondido a cuestiones muy similares, planteadas por el Consejo de Estado griego, en su reciente sentencia Karella⁵ en la que afirmó, en primer lugar, precisamente en relación con la legislación griega objeto del presente litigio, que el artículo 25 de la Segunda Directiva está redactado en términos claros y precisos y establece, de manera incondicional, el principio de la competencia de la junta general en lo que respecta a la decisión de aumentar el capital social, de modo que esta norma puede ser invocada por un particular ante los órganos jurisdiccionales nacionales frente a las autoridades públicas. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia precisó que lo dispuesto en el artículo 25, en relación con el apartado 1 del artículo 41,⁶ de la Segunda Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, para garantizar la subsistencia y continuación de la actividad de las empresas que poseen una especial importancia para la colectividad desde el punto de vista económico y social, y que, debido a su endeudamiento excesivo, se encuentran en una situación excepcional, establece que se podrá acordar, mediante acto administrativo, el aumento de su capital social, sin perjuicio de que los antiguos accionistas conserven su derecho preferente al emitir las nuevas acciones.

5 — Sentencia de 30 de mayo de 1991, Karella y Karellas (asuntos acumulados C-19/90 y C-20/90, Rec. p. I-2691).

6 — Conforme a esta disposición, a la que no aludió el órgano jurisdiccional de remisión en el presente asunto, los Estados miembros pueden abstenerse de aplicar, en concreto, los artículos 25 y 29, si esta excepción es necesaria para la adopción o la aplicación de disposiciones destinadas a favorecer la participación de los trabajadores o de otras categorías de personas determinadas por la ley nacional en el capital de las empresas.

Las demandadas en el litigio principal sostienen, no obstante, que la Ley nº 1386/1983 no interviene en un sector regulado por la Segunda Directiva, puesto que la normativa nacional de que se trata no entra en el Derecho de sociedades sino en el de la quiebra; por consiguiente, esta normativa no afecta a las relaciones entre los accionistas, sino que tiene por objeto satisfacer los intereses de los acreedores por medio de la ejecución forzosa de los bienes de la sociedad. En cualquier caso, no se ha infringido la Directiva, puesto que el artículo 25 no especifica cómo debe adoptar la junta general la decisión de aumentar el capital; y, en el presente caso, el hecho de que la propia sociedad solicitara ser sometida al régimen de la Ley nº 1386/1983, así como la inercia de los accionistas, permiten deducir un cierto consentimiento de éstos últimos en la aplicación íntegra de la Ley de que se trata y el consiguiente aumento de capital. Por otra parte, la Comisión autorizó a las autoridades griegas, mediante la citada Decisión 88/167, a aplicar la legislación controvertida, al menos hasta el 31 de diciembre de 1987. Finalmente, de todos modos, la disposición comunitaria no se aplica, puesto que las demandantes en el litigio principal abusan de los derechos que la norma les confiere.

4. En cuanto al primer punto, es decir, el ámbito de aplicación de la Segunda Directiva en relación con los procedimientos especiales de ejecución forzosa o de saneamiento de las grandes empresas en crisis, recordemos que este problema ya ha sido expresamente abordado en la sentencia Karella, antes citada. En aquella ocasión, el Tribunal de Justicia precisó que el objetivo de garantizar un nivel mínimo de protección de los accionistas en el conjunto de los Estados miembros, perseguido por la Segunda Directiva, se vería seriamente comprometido si

los Estados miembros pudieran establecer excepciones a las disposiciones de la Directiva, manteniendo en vigor normativas que, a pesar de ser calificadas de especiales o excepcionales, permitieran decidir, en vía administrativa y sin intervenir decisión alguna por parte de la junta de accionistas, un aumento del capital social que obligara a los accionistas a aumentar sus aportaciones o a soportar la entrada en la sociedad de nuevos accionistas.

Según el Tribunal de Justicia, esta afirmación no significa que el Derecho comunitario prohíba en todos los casos a los Estados miembros establecer excepciones a las disposiciones de la Directiva. En efecto, el legislador comunitario ha previsto expresamente, bien excepciones concretas, bien procedimientos que pueden desembocar en tales excepciones en casos extraordinarios (véanse los apartados 2 y 3 del artículo 19; el apartado 2 del artículo 40; el apartado 2 del artículo 41, y el apartado 3 del artículo 43 de la Segunda Directiva). Sin embargo, ni el Tratado CEE ni la propia Directiva contemplan posibilidad alguna de establecer excepciones respecto del apartado 1 del artículo 25 en caso de empresas en crisis. Por el contrario, el apartado 1 del artículo 17 prevé expresamente que, en caso de pérdida grave del capital suscrito, deberá convocarse junta general en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida; esto confirma que el principio establecido en el apartado 1 del artículo 25 se aplica incluso en el caso de que la sociedad afectada atraviese graves dificultades financieras.

Además, para que la garantía otorgada por la norma de que se trata sea efectiva, debe aplicarse a los socios durante todo el tiempo

que la sociedad exista con sus estructuras propias. Si, por consiguiente, la Directiva no se opone a la adopción de medidas de ejecución forzosa y, en concreto, a regímenes de liquidación que sitúen a la sociedad bajo administración forzosa con el fin de salvaguardar los derechos de los acreedores, continuará, no obstante, aplicándose mientras la junta de accionistas subsista y, por consiguiente, en el caso concreto de un simple régimen de saneamiento que implique la intervención de los organismos públicos o de sociedades de Derecho privado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia añadió que reconocer la existencia de una excepción general en casos extraordinarios, fuera de de las disposiciones específicas del Tratado y de la Segunda Directiva, perjudicaría el carácter obligatorio y la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

5. Esta tesis, que comparto plenamente, tal y como por otra parte se desprende de mis conclusiones en el asunto citado, me parece íntegramente coherente con la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia, quien en su sentencia Abels,⁷ refiriéndose a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad,⁸ declaró que esta disposición es aplicable a un procedimiento como el de «surséance van betaling» (suspensión de pagos) neerlandés, a pesar de

7 — Sentencia de 7 de febrero de 1985 (135/83, Rec. p. 469), apartado 28.

8 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

que presenta determinadas características comunes con el procedimiento de quiebra. En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que los motivos que pueden justificar la no aplicación de la Directiva en el caso de procedimientos de quiebra dejan de ser válidos cuando el procedimiento de que se trate implique un control del Juez de alcance más limitado que en el caso de quiebra y tenga principalmente por objeto la salvaguarda del patrimonio y, en su caso, la continuidad de la actividad de la empresa mediante una suspensión de pagos colectiva, con el fin de encontrar una solución que permita garantizar la actividad de la empresa en el futuro.

De igual modo, en su reciente sentencia D'Urso,⁹ el Tribunal de Justicia precisó que la Directiva 77/187, se aplica cuando en el marco de un sistema legal como el que regula en Italia la administración extraordinaria de las grandes empresas en situación de crisis, se ha acordado que prosiga la actividad de la empresa y mientras esta última decisión siga en vigor. En efecto, en opinión del Tribunal de Justicia, cuando el Decreto por el que se decide la aplicación del procedimiento de administración extraordinaria también prevea la continuación de la actividad de la empresa, bajo la dirección de un comisario, el objetivo de dicho procedimiento es, en primer lugar, restablecer el equilibrio de la empresa para garantizar su actividad en el futuro; de este modo, el objetivo económico y social perseguido no puede explicar ni justificar que, cuando la empresa afectada se transmita total o parcialmente, sus trabajadores se vean privados de los derechos que les reconoce la Directiva en las condiciones que ésta precisa.

⁹ — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-362/89, Rec. p. I-4105), apartados 32 a 34.

Añadamos a esto que, como mínimo, parece contradictorio sostener que se decidió aumentar el capital de una empresa para proceder a su liquidación. En efecto, el aumento de capital normalmente se efectúa no con el fin de liquidar una empresa, sino precisamente para su saneamiento y para la continuación de su actividad.

6. En cuanto al argumento según el cual el artículo 25 de la Segunda Directiva no se ha infringido en el presente caso, puesto que esta disposición no precisa cómo debe decidir la junta general el aumento de capital y los accionistas, al solicitar la aplicación a la empresa de la Ley nº 1386/1983, expresaron su acuerdo tácito para la aplicación íntegra de la normativa de que se trata y para el consiguiente aumento de capital establecido por la disposición administrativa, me parece incluso demasiado evidente que tal interpretación de las normas de que se trata no se apoya en el texto y podría comprometer seriamente la realización del objetivo perseguido por la norma, es decir, garantizar un nivel mínimo de protección a los accionistas.

De hecho, el artículo 25 establece un principio de carácter general relativo a las sociedades anónimas al afirmar, en su apartado 1, que los aumentos de capital deberán ser decididos por la junta y al establecer, en el apartado siguiente, que los estatutos, la escritura de constitución o la propia junta general pueden autorizar a otro órgano de la sociedad a decidir el aumento del capital suscrito, pero sólo hasta un importe máximo preestablecido y respetando un plazo previsto en su caso por la ley.

Ahora bien, admitir que la junta pueda delegar en un órgano externo a la sociedad y sin limitación alguna la facultad de realizar aumentos de capital, y además sin deliberación expresa, sino deduciendo simplemente tal voluntad de la solicitud de aplicación de un procedimiento que sólo contempla circunstancialmente la posibilidad de realizar aumentos de capital, significa no sólo reconstruir una voluntad que de hecho probablemente no haya existido nunca, sino sobre todo admitir que la junta tiene la facultad de evitar que se aplique a la sociedad la correspondiente disposición de la Directiva.

7. De igual modo, el argumento según el cual, mediante la Decisión 88/167 antes citada, que exigía al Gobierno griego que modificara la Ley nº 1386/1983 antes del 31 de diciembre de 1987, a fin de adaptarla a los artículos 25, 26, 29 y 30 de la Segunda Directiva, la Comisión autorizó a las autoridades griegas a no aplicar hasta dicha fecha las disposiciones citadas, me parece que también carece de fundamento.

En efecto, es evidente que la Comisión, lejos de querer avalar, aunque sólo fuera durante un periodo transitorio, una violación del Derecho comunitario, simplemente pretendió fijar un plazo perentorio a fin de que las autoridades competentes pudieran adoptar las medidas necesarias para poner fin a la infracción y, por otra parte, la propia Comisión no tenía la facultad de suspender provisionalmente la aplicación de las normas contenidas en una Directiva del Consejo, dotadas de efecto directo.

8. En cuanto a la tesis según la cual la invocación de la norma por parte de las demandantes en el litigio principal constituye un abuso de derecho y, en consecuencia, el apartado 1 del artículo 25 no se aplica en el presente caso, me limitaré a señalar que, a primera vista, las demandantes no perseguían una utilización abusiva de la norma, sino que simplemente intentaron lograr el respeto de los derechos que constituyen el objetivo fundamental de la propia norma, objetivo que consiste precisamente en impedir que se efectúen aumentos de capital sin acuerdo expreso de la junta. Por otra parte, el propio órgano jurisdiccional de remisión, al que corresponde valorar los hechos que dieron lugar al litigio, no ha considerado oportuno plantear al Tribunal de Justicia una cuestión a este respecto.

Ahora bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y habida cuenta del reparto de competencias realizado por el artículo 177 del Tratado en el marco del procedimiento prejudicial, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional definir el contenido de las cuestiones que desee plantear al Tribunal de Justicia y este último no puede, a petición de una de las partes en el litigio principal, examinar cuestiones que no le han sido planteadas por el órgano jurisdiccional de remisión.¹⁰

De no ser así, el Tribunal de Justicia podría, en efecto, verse obligado a responder a

¹⁰ — Sentencias de 14 de noviembre de 1985, Neumann (299/84, Rec. p. 3663), apartado 12 y de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), apartado 10.

cuestiones cuya solución carecería de interés para el órgano jurisdiccional de remisión, con el inconveniente adicional de privar de puntos de referencia precisos a los Estados miembros, cuya decisión de presentar observaciones en un procedimiento prejudicial se basa exclusivamente en la resolución de remisión.

De todos modos, si el órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de la evolución del asunto pendiente ante él, considerara necesario posteriormente solicitar elementos adicionales de interpretación del Derecho comunitario, podría someter de nuevo el asunto al Tribunal de Justicia a tal fin.

9. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional de remisión interrogó a continuación al Tribunal de Justicia sobre el alcance del artículo 29 de la Segunda Directiva, problema no debatido en la antes citada sentencia Karella. Antes de finalizar, resulta pues necesario analizar en concreto si, conforme a lo declarado por el Tribunal de Justicia en relación con el artículo 25 de la Segunda Directiva, el artículo 29 no está tampoco sometido a condición alguna de libre apreciación por parte de los Estados miembros y es suficientemente preciso, de manera que el particular puede invocarlo frente a la Administración ante un órgano jurisdiccional nacional, alegando que la normativa contenida en una disposición legal es incompatible con dicho artículo.

A este respecto, hemos de recordar que el apartado 1 del artículo 29 está redactado en términos claros y precisos y establece de

manera incondicional que, en caso de aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones.

Tal disposición no parece condicionada por lo dispuesto en el apartado 4 de la misma norma, según el cual el derecho preferente podrá ser limitado o suprimido por decisión de la propia junta general, en determinadas condiciones. En efecto se trata de una excepción clara y puntualmente delimitada del principio enunciado más arriba y que, por ello mismo, excluye la posibilidad de que el legislador nacional establezca excepciones a dicho principio fuera de este caso concreto.

Lo mismo puede decirse del apartado 5, según el cual la legislación de un Estado miembro puede prever que los estatutos, la escritura de constitución o la junta general, mediante decisión adoptada conforme a reglas concretas de quórum, mayoría y publicidad, puedan otorgar el poder de limitar o de suprimir el derecho de suscripción preferente al órgano de la sociedad habilitado para decidir sobre el aumento del capital suscrito dentro de los límites del capital autorizado.

En efecto, el contenido de este apartado, en la medida en que prevé una posibilidad concreta y bien delimitada de establecer excepciones, tampoco puede constituir un obstáculo para el efecto directo del apartado 1 del artículo 29 de la Segunda Directiva.

10. A la luz de las observaciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Polymeles Protodi-keio, Athinas:

- «1) El apartado 1 del artículo 25 y el apartado 1 del artículo 29 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo pueden ser invocados por los particulares ante un órgano jurisdiccional nacional frente a las autoridades públicas.
- 2) El apartado 1 del artículo 25 y el apartado 1 del artículo 29 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de una normativa que, teniendo por objeto garantizar el saneamiento y la continuación de la actividad de las empresas que posean una importancia concreta desde el punto de vista económico y social y se hallen, a causa de su endeudamiento, en una situación excepcional, permita:
 - a) Que se decida el aumento del capital social mediante un acto administrativo y sin deliberación de la junta general.
 - b) Que se decida mediante acto administrativo la atribución de las nuevas acciones sin tener en cuenta la participación en el capital de los antiguos accionistas.»