

o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado.

2. El Juez nacional que conoce de un litigio sobre una materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151, 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, está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11. Teniendo presente dicha finalidad, estas últimas deben interpretarse en sentido estricto, de manera que la relativa al carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad debe entenderse referida exclusivamente al objeto de la sociedad, según la descripción contenida en la escritura de constitución o en los estatutos.

INFORME PARA LA VISTA presentado en el asunto C-106/89 *

I. Marco jurídico del litigio principal

1. Según el artículo 395 del *Acta relativa a las condiciones de adhesión* del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados,¹ estos dos nuevos Estados miembros pondrán en vigor las medidas que sean necesarias para cumplir, desde el momento de la adhesión, las disposiciones de las Directivas comunitarias.

2. La *Primera Directiva* 68/151/CEE del Consejo, especialmente basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre determinadas clases de sociedades, entre ellas las

sociedades anónimas, y los terceros, así como entre los socios.

Con este propósito, su artículo 11 limita los casos de nulidad de dichas sociedades. A tenor de dicho precepto:

«La legislación de los Estados miembros sólo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en los casos siguientes:

- 1) la nulidad deberá ser declarada por resolución judicial;
- 2) los únicos casos en que podrá declararse la nulidad son:

* Lengua de procedimiento: español.
1 — DO 1985, L 302, p. 23.

a) la falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública;

b) el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad;

c) la ausencia, en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas a la denominación de la sociedad, o a las aportaciones, o al importe del capital suscrito, o al objeto social;

d) la inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital social mínimo desembolsado;

e) la incapacidad de todos los socios fundadores;

f) el hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos.

Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad».

3. La *Ley española* de 17 de julio de 1951² sobre Régimen Jurídico de las sociedades anónimas no regula de forma específica los casos de nulidad de dichas sociedades. Por tanto, la doctrina considera que son de apli-

cación a la materia las normas de Derecho común, aunque subraya las dificultades existentes para aplicar analógicamente dichas normas.³

Los artículos 1261 y 1275 del Código civil español relativos a los requisitos esenciales para la validez de los contratos en Derecho español disponen respectivamente:

— Artículo 1261

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1) Consentimiento de los contratantes.

2) Objeto cierto que sea materia del contrato.

3) Causa de la obligación que se establezca.»

— Artículo 1275

«Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.»

4. El Reino de España comunicó a la Comisión el texto de un *anteproyecto de ley* de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las Directivas de la CEE en materia de sociedades,⁴ en cuya exposición de motivos se dice lo siguiente:

3 — Véase Garrigues, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid 1982, pp. 435 y ss.

4 — Ministerio de Justicia: *Suplemento del Boletín* n° 1469 de 5.10.1987. Año XLI. Madrid 1987.

2 — BOE n° 199 de 18.7.1951, con corrección de errores en el BOE n° 218 de 6.8.1951.

«Importante novedad constituye la inclusión de dos normas sobre la nulidad de la sociedad, que si se incorporan por exigirlo así las directivas comunitarias colman además una importante laguna de nuestro Derecho de sociedades. De un lado, limitan expresamente las causas de nulidad a los supuestos exclusivamente previstos en la Ley, excluyendo otras cualesquiera, dada la gravedad de los efectos que la nulidad, que sólo puede decretar el Juez, produce. De otro, la nulidad que abre la liquidación de la sociedad no podrá afectar perjudicialmente a sus acreedores, puesto que, caso de declararse, aquélla no afecta a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros.»

El artículo 32 f) «Causas de nulidad» del anteproyecto antes citado dispone:

«[...]

8. La nulidad de la sociedad deberá declararse judicialmente y sólo por las siguientes causas:

- 1) Por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro mercantil.
- 2) Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.
- 3) Por no expresarse en la escritura de constitución o en sus estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital previsto en el artículo 10.

4) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

5) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de la pluralidad de éstos exigida por el apartado 1 del artículo 12 de esta Ley.

9. Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad absoluta o relativa de la sociedad.»

5. Con posterioridad, dicho anteproyecto de ley se convirtió en la *Ley 19/1989*, de 25 de julio de 1989.⁵ El artículo 31 incluido en la Sección Cuarta («De la nulidad de la sociedad») recoge los cuatro últimos casos de nulidad establecidos en el citado anteproyecto.

Según sus disposiciones finales, la Ley entrará en vigor el 1 de enero de 1990.

II. Hechos y procedimiento

El 29 de septiembre de 1987, «Marleasing, SA» interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Oviedo solicitando que se declarara la nulidad por simulación del contrato de sociedad y de la escritura de constitución de la sociedad «La Comercial Internacional de Alimentación, SA» por falta de causa, subsidiariamente, que se declarara la rescisión del referido contrato de sociedad y escritura de

5 — Ley 19/1989, de 25 de julio de 1989, sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades.

constitución por haberse celebrado y otorgado en fraude de acreedores y, subsidiariamente, que se declarara la rescisión de la aportación no dineraria de muebles e inmuebles del activo de «Barviesa, SA» efectuada en favor de la sociedad «La Comercial Internacional de Alimentación, SA» por haberse realizado en fraude de acreedores.

La mencionada demanda se apoyaba en el convencimiento de que la demandada, constituida el 7 de abril de 1987, fue creada por la mercantil Barviesa y dos hombres de paja con la única finalidad de sustraer el activo de esta última sociedad de la acción de los acreedores, entre los que se encuentra Marleasing, SA. La demanda se fundamenta en las disposiciones generales del Código civil, a saber, en el artículo 1261, relativo a los requisitos necesarios para la existencia de los contratos, y en el artículo 1275, relativo a la ineficacia de los contratos sin causa.

La demandada solicitó que se desestimara en su integridad la demanda, aduciendo especialmente que en el artículo 11 de la Primera Directiva se enumeran taxativamente los casos en que podrá declararse la nulidad de la sociedad anónima y que entre ellos no figura la falta de causa.

El órgano jurisdiccional nacional destaca que la Primera Directiva no ha sido desarrollada por el Reino de España, pese a que tenía obligación de hacerlo desde el 1 de enero de 1986, según lo dispuesto en el artículo 395 de la citada Acta. El órgano jurisdiccional nacional estima que el litigio plantea el problema de la eficacia directa, en las relaciones entre particulares, de las Directivas comunitarias que los Estados miembros no han desarrollado en los plazos previstos. El artículo 11 de la Primera Directiva, al establecer de manera taxativa las causas de nulidad, no deja ningún margen para su desarrollo en Derecho interno. Por otra parte, en el supuesto de existir efecto directo con

respecto a los particulares, la nulidad de la sociedad anónima afecta a un ámbito más amplio que el estricto de las relaciones entre éstos por repercutir dicha nulidad en los intereses de socios y de terceros, por cuya protección vela el artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Por lo tanto, mediante auto de 13 de marzo de 1989, el órgano jurisdiccional nacional decidió, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, suspender el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara, con carácter prejudicial, sobre la siguiente cuestión de interpretación:

«¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, no desarrollada en el Derecho interno, para impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima fundada en causa distinta de las enumeradas en dicho artículo?»

La resolución de remisión se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 3 de abril de 1989.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE presentaron observaciones escritas la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. A. Caeiro, Consejero Jurídico de la Comisión, y el Sr. D. Calleja, miembro del Servicio Jurídico de la Comisión, en calidad de Agentes, y la demandante en el procedimiento principal, representada por el Sr. J. R. Búzón Ferrero, Abogado de Oviedo.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia

decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. Mediante decisión de 17 de enero de 1990 dicho Tribunal, con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 95 del Reglamento de Procedimiento, acordó atribuir el asunto a la Sala Sexta.

III. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

La *Comisión de las Comunidades Europeas* manifiesta que el Tribunal de Justicia ha reconocido a través de una jurisprudencia⁶ constante la posibilidad de que las disposiciones claras, incondicionales y suficientemente precisas de una directiva comunitaria puedan ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional por un particular frente a toda autoridad pública del Estado miembro que ha incumplido su obligación de incorporar dicha directiva a su ordenamiento jurídico interno, dentro del plazo previsto en la misma.

A continuación, la Comisión se plantea el problema de si en Derecho comunitario puede admitirse que las disposiciones de una directiva puedan ser invocadas por un particular en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, en el supuesto de que, una vez expirado el plazo previsto para su incorporación, el ordenamiento jurídico interno del Estado destinatario todavía no se haya adaptado a la directiva.

Según la Comisión la respuesta a dicho interrogante parece ser negativa. Sobre el particular, la Comisión recuerda que en la sentencia recaída sobre el asunto Marshall,⁷ el Tribunal de Justicia afirmó con claridad que:

6 — Véase especialmente la sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. 1982, p. 53).

7 — Sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. 1986, p. 723).

«[...]

Según el artículo 189 del Tratado, el carácter obligatorio de una directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional nacional sólo existe respecto a "todo Estado miembro destinatario". De ello se deriva que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona.»

Tanto de lo que antecede como de la opinión doctrinal mayoritaria debería extraerse la conclusión de que las Directivas comunitarias carecen de eficacia jurídica «horizontal» y que sus disposiciones no pueden ser invocadas en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares. La objeción fundamental en este sentido es sin duda la inseguridad jurídica que la solución contraria conllevaría en las relaciones jurídicas entre particulares.

La Comisión considera que el artículo 11 de la Primera Directiva, cuyo objetivo último es garantizar al máximo la seguridad jurídica restringiendo los supuestos de nulidad de las sociedades con personalidad jurídica, impone a los Estados miembros destinatarios una obligación de resultado, clara, incondicional y suficientemente precisa.

No obstante, añade la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permite que una disposición de dicha naturaleza de una directiva no recogida en Derecho interno en el plazo establecido, como ocurre en el caso de autos, pueda ser invocada por un particular frente a otro particular, que no es destinatario de la directiva,

con arreglo al artículo 189 del Tratado CEE. Ello parece que deba ser especialmente así en una materia tan sensible como el Derecho de sociedades, en la que el régimen comunitario debe interpretarse de un modo unitario habida cuenta del equilibrio que se persigue en la protección de los intereses de los accionistas, de los acreedores y de los terceros en general. La inseguridad jurídica que provocaría el que la disposición de la directiva comunitaria pudiera hacerse valer frente a otro particular que confía en la validez del Derecho nacional vigente sería evidente. El pretender oponer a un particular dicha disposición de un acto comunitario cuya publicación no es obligatoria y del que no es destinatario no parece aceptable.

Por todo ello, concluye la Comisión, parece que la respuesta a dar a la pregunta formulada por el Tribunal español debería ser negativa.

No obstante lo indicado, la Comisión considera que la anterior legislación española consagraba en gran medida los principios básicos contenidos en la Primera Directiva, si bien no íntegramente. El punto de divergencia clave entre la Directiva y la anterior Ley española sobre sociedades anónimas, o mejor, entre la Directiva y la interpretación doctrinal de esta Ley, reside en que la Directiva tan sólo admite como causas de nulidad aquellas que la misma expresamente relaciona (apartado 2 del artículo 11), mientras que la anterior Ley guarda silencio al respecto.

Según la doctrina, esta laguna —reconocida expresamente por el legislador español en el texto de la exposición de motivos del citado anteproyecto de ley— se colma mediante el recurso a las reglas generales aplicables en materia civil a los contratos, a las que se

añaden las causas derivadas de la inobservancia de los preceptos mercantiles sobre constitución de sociedades anónimas (falta o nulidad de alguna mención esencial de la escritura, no haberse suscrito íntegramente al capital social, etc.).

Habida cuenta de lo que antecede, la Comisión estima que cabría preguntarse si la laguna legal que existía en esta materia de la nulidad de las sociedades anónimas podría ser colmada, no según las reglas generales de los contratos civiles, sino mediante el recurso a los principios y reglas del Derecho comunitario contenidos en la Primera Directiva.

Es cierto, aduce, que el Reino de España debería haber adoptado las medidas necesarias para adaptar su Derecho interno al Derecho comunitario a partir del día 1 de enero de 1986.

Sin embargo, la anterior legislación española ya se orientaba en la misma línea, procurando alcanzar los mismos objetivos que la Primera Directiva en materia de Derecho de sociedades.

En estas condiciones, no parece que, en ausencia de norma expresa de las anteriores disposiciones españolas relativa a las causas de nulidad de las sociedades, el órgano jurisdiccional nacional no pueda proceder a integrar dicha laguna de su ordenamiento interno interpretando su Derecho nacional de manera conforme a la Directiva, en línea con el artículo 11, apartado 2, de la misma, que sí contempla cuáles son los únicos casos en los que podrá declararse la nulidad de una sociedad.

En la medida en que el Juez nacional pueda optar entre varias alternativas de interpretación de su Derecho nacional, la Comisión entiende que no puede impedirse a dicha autoridad jurisdiccional el que escoja la interpretación conforme a la directiva comunitaria. No se trata por tanto de sustituir el Derecho nacional por una directiva que aún no ha sido ejecutada en Derecho español y que no puede ser invocada frente a un particular. Tampoco se trata de obligar al Juez nacional a escoger una interpretación *contra legem* aplicando directamente la Directiva comunitaria, puesto que no existe norma nacional expresamente aplicable.

Simplemente se trata de que, cuando no se dan las condiciones que permiten a la directiva producir plenos efectos en Derecho interno, el mecanismo de la interpretación de conformidad con el Derecho comunitario de las disposiciones del Derecho nacional permite salvaguardar los principios del Derecho comunitario. El efecto de dicho mecanismo puede determinar que la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario prime sobre las normas de interpretación comúnmente admitidas en el ordenamiento interno, pero, precisamente en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, deben considerarse excluidas todas las reglas de interpretación que pudieran impedir el resultado querido por los autores de una directiva.

En virtud de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, el Juez español dispone de un nuevo ordenamiento jurídico en el que puede basarse para interpretar su Derecho nacional en determinadas materias. Dicho ordenamiento jurídico forma parte integrante del Derecho nacional puesto que el Juez nacional es Juez comunitario. No se puede vedar la posibilidad al Juez nacional

de referirse a la solución otorgada por el legislador comunitario al interpretar su Derecho interno cuando existe una laguna en este Derecho. No se puede impedir a dicho órgano jurisdiccional el que interprete la anterior Ley española en línea con la solución que se aplica en el resto de los Estados miembros de la Comunidad.

La demandante en el procedimiento principal considera que la Directiva no es aplicable al presente asunto.

En efecto, alega, las directivas sólo obligan a los Estados miembros, según el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CEE, y su fuerza obligatoria no afecta más que a los Estados miembros destinatarios de las mismas, no pudiendo exigirse a los particulares su contenido.

Por definición una directiva, en opinión de la demandante, es una norma incompleta que, por lo tanto, no puede producir ningún efecto horizontal entre particulares. Sólo la norma nacional de ejecución de la directiva podría afectar directamente a los particulares.

El propio Tribunal de Justicia, aduce, no reconoce a las directivas que no se hayan ejecutado dentro de los plazos previstos ningún efecto directo en las relaciones entre particulares que pueda suponer una inseguridad para el ciudadano, ya que obligaría a este último, para defenderse en los litigios internos, a adquirir unos conocimientos exhaustivos sobre la materia, sobre todo teniendo en cuenta que las directivas no tienen que ser publicadas obligatoriamente para entrar en vigor.

Por norma general, indica dicha demandante, las directivas no pueden engendrar derechos que los particulares puedan invocar en un litigio entre ellos, como tampoco el particular puede ser incumplidor de una obligación que no le afecta directamente al tener ésta otro destinatario cuales son los Estados miembros.

En el presente caso, señala la demandante, se trata de un litigio entre dos sociedades mercantiles españolas, con establecimiento y domicilio social en el territorio español, y sobre una cuestión de Derecho civil y mercantil; por consiguiente, no cabe hacer una interpretación extensiva de la aplicación de la Primera Directiva pues, concretamente, la misma no contiene ninguna disposición que, excepcionalmente, permita que se considere que, a pesar de estar dirigida sólo a los Estados miembros, afecta igualmente a los particulares. En opinión de la demandante, la Directiva tampoco tiene conexión directa

con algún artículo del Tratado o de un Reglamento, para poder entrar en el ámbito de lo excepcionalmente aplicable.

Tanto en el enunciado como en su exposición de motivos y desarrollo, la Directiva precisa que se adopta «para proteger los intereses de socios y terceros». Es evidente que la mejor forma de proteger los intereses de terceros es prohibiendo que, al amparo precisamente de una interpretación extensiva de una directiva, no fundamental, se constituyan sociedades fantasmas que, absorbiendo el patrimonio de otras anteriores, de esta manera, hagan del todo imposible la satisfacción de los derechos de los acreedores de la primera y, consiguientemente, el cumplimiento de las responsabilidades asumidas en las obligaciones y en los contratos.

T. F. O'Higgins
Juez Ponente