

La eficacia jurídica del Derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna

(En torno a la STJCE de 13 de noviembre de 1990)

JOSE ANTONIO GARCIA-CRUCES GONZALEZ

Universidad de Salamanca

SUMARIO.— 1. Preliminar.— 2. Antecedentes de hecho.— 3. La eficacia jurídica del artículo 11 de la directiva 68/151 en el Derecho Interno Español de Sociedades de Capital: 3.1. El Régimen de la nulidad de Sociedades en el Derecho Interno Español de Anónimas.— 3.2. La incidencia de la directiva 68/151 en el Régimen Interno de la nulidad de Sociedades Anónimas según el TJCE.— 4. Análisis de las principales cuestiones planteadas: 4.1. El problema del «efecto directo» de las directivas.— 4.2. El criterio de la interpretación de la legislación interna «a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva».— 4.3. La noción de «objeto social» en la normativa comunitaria sobre sociedades de capital.— 5. Consideraciones finales: 5.1. Fundamentación Jurídica del Criterio de Interpretación del Derecho Interno «A la luz de la letra y finalidad de la directiva».— 5.2. Alcance de tal criterio.— 5.3. Consecuencias Prácticas.

1. PRELIMINAR (*)

Con fecha de 13 de noviembre de 1990 (1) el TJCE ha dictado una importante sentencia en la que se analiza la incidencia de la normativa

(*) Una vez entregado este trabajo para su publicación, el TJCE ha dictado una importantísima Sentencia que afecta, en parte, a los problemas que se comentan en el texto. Se trata de la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, Francovich, pendiente de publicación, en la que, tras negar el efecto directo de una Directiva por incumplimiento de las condiciones requeridas, se analiza la posible responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que sobre aquél (transposición) pesan en virtud del Derecho Comunitario (art. 189, 3.º TCEE).

El TJCE considera que «la possibilité de réparation à charge de l'Etat membre est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'Etat et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit commu-

comunitaria en materia de sociedades mercantiles sobre la legislación interna, cuando los Estados miembros no han cumplido su obligación de ejecución de la norma comunitaria (art. 189 TCEE).

Esta última particularidad —no trasposición de la Directiva— nos muestra la importancia de la sentencia a la que nos vamos a referir, pues no siempre los Estados miembros han mostrado un excesivo entusiasmo en el proceso de ejecución de las Directivas societarias ni de aquéllas otras que están llamadas a tener una incidencia relevante en el ámbito del Derecho Mercantil (2).

El esquema que pretendemos seguir en este comentario arranca, lógicamente, de la narración de los antecedentes de hecho que han dado origen a esta sentencia (n.º 2) y la exposición, necesariamente breve, del Derecho interno aplicable en el litigio principal (n.º 3.1.). A continuación, expondremos la doctrina formada por el TJCE en esta sentencia (n.º 3.2.).

Mención aparte han de merecer las cuestiones principales que son analizadas por el TJCE en este pronunciamiento, tales como el alcance de la doctrina del «efecto directo» (n.º 4.1.), el criterio de interpretación del Derecho interno «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva» (n.º 4.2.), y la interpretación que hace el TJCE del término «objeto social» (n.º 4.3.).

Acabamos estas páginas con unas breves consideraciones acerca de la fundamentación jurídica y del alcance de los criterios sentados en esta sentencia por el Tribunal de Luxemburgo, así como de sus posibles consecuencias prácticas.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

El juez de Primera Instancia e Instrucción, n.º 1, de Oviedo planteó, mediante Auto de 13 de marzo de 1989, una cuestión prejudicial, de acuer-

nautaire» (apto. n.º 34). Conclusión que el TJCE fundamenta en la necesidad de asegurar el efecto útil de las disposiciones de la Directiva, así como en el principio de cooperación enunciado en el art. 5 TCEE. (Cfr. Apto. n.º 36).

En cuanto a los requisitos a que se sujeta tal responsabilidad, el TJCE considera los siguientes (apto. n.º 40): 1.º que el resultado perseguido por la Directiva comporte la atribución de derechos en favor de los particulares; 2.º el contenido de tales derechos ha de poder ser identificado en base a las disposiciones de la Directiva, y 3.º la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de trasposición y el daño sufrido por los particulares.

(1) STJCE de 13 de noviembre de 1990, C-106/89, Marleasing, pendiente de publicación.

(2) Por citar algún ejemplo importante, baste con señalar la Directiva 374/85 en materia de responsabilidad derivada de productos (JOCE, L/210, de 7 de agosto de 1985). Sobre las dificultades del proceso de armonización en esta materia, vid. Lorenz, W., «Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung. Zum Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25 Juli 1985», *ZHR*, 1987, pp. 1 y ss.

Nuestro país no ha procedido aún a realizar la trasposición de esta Directiva en la legislación interna.

do con la previsión del artículo 177 del Tratado CE, acerca de la interpretación del art. 11 de la Directiva 68/151, de 9 de marzo de 1968 (3), 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 CEE, para proteger los intereses de los socios y terceros.

El origen de esta actuación judicial está en el litigio planteado ante dicho Juzgado por Marleasing, S. A., como demandante, y la Comercial Internacional de Alimentación, S. A., como demandada entre otras. Esta última fue constituida como Sociedad Anónima por una pluralidad de personas, entre las que participó la Sociedad Barviesia mediante la aportación de su patrimonio en concepto de suscripción de capital de la Comercial Internacional de Alimentación, S. A.

En el litigio suscitado, Marleasing solicitó la declaración judicial de nulidad de la Comercial Internacional de Alimentación, S. A. por falta de causa en el contrato de Sociedad, debido a que el mismo se hizo por simulación y en fraude de los acreedores de Barviesia, cofundadora —como se ha indicado— de la Sociedad demandada. La argumentación jurídica ofrecida por el demandante se fundamentaba, principalmente, en la aplicabilidad de los artículos 1261 y 1275 del Código Civil —ineficacia jurídica de los contratos sin causa o con causa ilícita— ante la inexistencia de una normativa específica que resultara aplicable al contrato de Sociedad.

La contestación de la demandada tenía su fundamento en la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil antes citadas pues, a su juicio, resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 11 de Directiva 68/151, en donde se enumeran taxativamente las causas de nulidad de las Sociedades de Capital, sin que entre ellas aparezca la ausencia o ilicitud de la causa contractual (4).

(3) JOCE, L/65, de 14 de marzo de 1968.

(4) El art. 11 de la citada Directiva establece que «la legislación de los Estados miembros sólo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes:

1. La nulidad deberá ser declarada por resolución judicial.
2. Los únicos casos en que podrá declararse la nulidad son:
 - 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 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».

Por su parte, el art. 12 de esta Directiva determina cuales son los efectos de la declaración de nulidad (no retroactividad y apertura del proceso de liquidación).

Conocidos los términos de la «litis», es necesario advertir, igualmente, que el Reino de España no había adoptado su legislación interna a pesar de que tenía obligación de hacerlo desde el momento de su adhesión, tal y como se deriva del Acta de Adhesión española (5).

Ante estos hechos, el órgano jurisdiccional español consideró que la cuestión planteada suscitaba un problema de interpretación y aplicación de la normativa comunitaria, por lo que acordó el planteamiento de la cuestión prejudicial que motiva este pronunciamiento del TJCE (6).

3. LA EFICACIA JURIDICA DEL ARTICULO 11 DE LA DIRECTIVA 68/151 EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL DE SOCIEDADES DE CAPITAL

3.1. El régimen de la nulidad de sociedades en el Derecho interno español de anónimas

Para un correcto análisis de los problemas planteados y a los que pretende ofrecer respuesta la citada sentencia del TJCE, parece conveniente examinar, aún cuando sea de forma extremadamente breve, el derecho material aplicable, tanto comunitario como interno, en los supuestos de nulidad de Sociedades de capital.

El régimen interno español que resultaba aplicable en el supuesto enjuiciado estaba constituido por la ley sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y por el Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Lo cierto es que el estudio del problema de la nulidad de la anónima bajo la vigencia de aquella normativa quedó en el olvido, quizá debido a las particularidades del sistema español de control previo en la fundación de la Sociedad (7) que motivaron un limitado número de conflictos (8).

(5) Cfr. art. 395 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, DOCE, L/302, 1985, p. 23.

(6) La cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, n.º 1 de Oviedo era la siguiente:

«¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva 68/151/CE 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?»

El órgano jurisdiccional español considera que el litigio planteado suscita el problema de la eficacia directa horizontal —o en las relaciones entre particulares— de las Directivas comunitarias que no han sido desarrolladas en el Derecho interno. Desde luego, el mencionado artículo 11 de la citada Directiva no deja margen al legislador nacional, pues establece taxativamente las causas posibles de nulidad de Sociedades. Por ello, se verían afectados los intereses —no sólo de los propios socios, sino, también, de terceros— si se entendiera el efecto directo de la disposición comunitaria.

(7) Sobre el régimen jurídico de la nulidad de las Sociedades Anónimas bajo la vigencia de la Ley de 1951, vid. Girón, J.: «Derecho de Sociedades», vol. I, Madrid, 1976, pp. 226 y ss.; id., «Las Sociedades Irregulares», ADC, 1951, pp. 1291 y ss.; Garrigues, J., «Teoría general de las Sociedades Mercantiles», RDM, 1974, pp. 226 y

Sin embargo, la normativa ahora derogada no se ocupaba de establecer un régimen jurídico propio de los supuestos y efectos de la nulidad de una Sociedad Anónima (9). Ante esta laguna legal se consideraba, en atención a la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la Sociedad (10), la plena aplicabilidad de la normativa de derecho común (11). En atención a tal régimen, se consideraría, por tanto, como causa de nulidad de la Sociedad Anónima la falta de causa o la causa ilícita en el contrato (arts. 1261 y 1275 del Código Civil). En este sentido, no cabe duda de que, bajo la vigencia de la Ley de 1951, «el contrato fundacional resultará viciado por falsedad de la causa del mismo, cuando se revele que el esquema societario proclamado en el negocio constitutivo no ha sido efectivamente querido por los fundadores y sí tan solo utilizado para encubrir otras finalidades distintas de la retenida por el ordenamiento jurídico al tipificar aquella estructura organizativa» (12). Estos vicios de naturaleza causal (inexistencia de causa, causa ilícita) determinarán la ineficacia del contrato de Sociedad, por ser subsumibles en los supuestos de nulidad absoluta (13).

ss.; De la Cámara, M., «Estudios de Derecho Mercantil», vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1977, pp. 527 y ss.; Robles, «La nulidad de Sociedades mercantiles en el Derecho español», *RDM*, 1949, pp. 121 y ss.

Un excelente estudio comparativo de la Legislación derogada y la proyectada, así como de la normativa comunitaria, puede consultarse en Eizaguirre, J. M., «La Sociedad nula», en *AAVV*, «La reforma del Derecho español de Sociedades de capital», Civitas, Madrid, 1987, pp. 281 y ss.

(8) La intervención notarial que requería la LSA de 1951 al exigir la forma pública en el acto constitutivo de la Sociedad (art. 6), implicaba una cierta función de «jurisprudencia cautelar» (Fernández de la Gándara, L., «La atipicidad en el Derecho de Sociedades», *Pórtico*, Zaragoza, 1977, p. 106). Por otro lado, hay que advertir un segundo control en la normativa societaria española, pues, también se requiere la inscripción, con carácter constitutivo, del acto fundacional en el Registro Mercantil. Por ello, «el sistema español de control preventivo de la fundación (calificación registral) constituye un importante factor restrictivo de los supuestos de nulidad en la constitución de sociedades de capital»; Eizaguirre, J. M., «La sociedad...», *op. cit.*, p. 288. En igual sentido, pero ya en referencia a la nueva normativa española de anónimas, vid. Sánchez Calero, F., «La Sociedad nula», en *AAVV*, «Derecho de Sociedades Anónimas», vol. I, «La Fundación», Civitas, Madrid, 1991, pp. 1016 y 1017.

(9) En los más de treinta años de vigencia de la Ley de 1951, el Tribunal Supremo español sólo se ocupó en dos ocasiones del problema de la nulidad de una Sociedad Anónima, vid., SSTS de 13 de junio de 1983 (Az. 3542) y de 18 de julio de 1989 (Az. 5714). En ambos supuestos el TS estima la nulidad de la sociedad por simulación.

(10) La STS de 13 de junio de 1983 (Az. 3524) no se pronuncia explícitamente sobre tal aspecto, aún cuando implícitamente considera su naturaleza contractual por lo que afirma la plena aplicación en tales supuestos de la normativa general relativa a los vicios negociales.

(11) Se ha señalado que la finalidad de esta laguna legal no era otra que la de permitir una mayor libertad a los Tribunales. Vid. Garrigues, J., y Uria, R., «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», vol. I, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Menéndez, A., y Olivencia, M., Madrid, 1976, p. 182.

(12) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 318.

(13) Señala el prof. Eizaguirre, que es necesario delimitar en tales supuestos la simulación y el empleo de testaferreros. Del ámbito del negocio simulado es necesario

Ahora bien, la cuestión principal que plantea el régimen jurídico de la nulidad de las Sociedades de Capital es el de sus efectos (14). En principio, la nulidad —que deberá declararse por sentencia— tendrá unos efectos predeterminados que deberán retrotraerse al momento de la constitución de la Sociedad, como así se deriva de la aplicación del art. 1303 del Código Civil (15). Esta eficacia *ex tunc* de la sentencia de nulidad conllevará la restitución de las prestaciones realizadas, lo cual, desde un punto de vista de la equidad y, sobre todo, de la seguridad del tráfico, es absolutamente criticable (16).

Sin embargo, se ha propuesto una interpretación diversa que tenga en cuenta la normativa registral, la cual también es de aplicación en los supuestos de nulidad de una Sociedad Anónima (17). En el tratamiento del problema de la nulidad de una anónima y, de forma especial, en la delimi-

excluir el supuesto del *fraus legis*, ya que éste tiene un tratamiento autónomo. Por otra parte, igualmente será necesario excluir de los supuestos de simulación, la actuación del testafiero con una real voluntad de producción de efectos jurídicos aún cuando sea en beneficio de su mandante. Por ello, su posible ineficacia no derivaría de su falta de voluntad (simulación) sino de su contradicción con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. Vid. Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 325.

(14) Advertía el prof. Girón la consideración de distintas razones que fundamentarían un tratamiento específico de la nulidad de la anónima, como el «fortalecimiento de la seguridad del Tráfico, protección de la apariencia jurídica, importancia de la realidad de la organización efectiva que como tal ha funcionado y que no se puede desconocer, etc... En realidad estas construcciones de principios pueden parecer de escasa importancia en ordenamientos en los cuales existen normas legislativas concretas. Pero tiene interés dejarlas indicadas, para servir de primer asidero que utilizará nuestra jurisprudencia para ir recibiendo en nuestro país este sector de ideas que es tan importante respecto de la S. A., salvando así la omisión de la Ley. Igualmente admitida la doctrina general que separa el contrato de sociedad de los contratos ordinarios, tendríamos la otra base precisa para obtener, en cada caso, una justa solución de problemas prácticos»; Girón, J., «Derecho de Sociedades Anónimas», Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, p. 171.

Sin embargo, la Jurisprudencia, en los escasos pronunciamientos que ha formulado, afirmó la aplicación de la doctrina general de los contratos en los supuestos de nulidad de Sociedades, sin hacer posteriores matizaciones. Vid. SSTS de 13 de junio de 1983 y de 18 de julio de 1989, ya citadas.

(15) Por supuesto, el enjuiciamiento de tales supuestos habrá de actuarse, conforme a reiterada jurisprudencia de nuestro TS (vid., *ad ex.* STS de 13 de febrero de 1984, Az. 651), bajo un criterio restrictivo.

(16) «El punto más relevante es, sin duda, el de la estimación de los efectos de la declaración de nulidad y, en particular, la exigencia, unánimemente planteada en la doctrina, de tutelar la posición de los terceros que han confiado en la realidad externa de la Sociedad y en la consiguiente legitimidad de la relación entablada con ella. Esta orientación teleológica del tema que nos ocupa obliga a una profunda reconsideración de la forma de operar la nulidad en el marco de las sociedades.» Embid Irujo, J. M., «La validez de las obligaciones sociales», en AAVV, «La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas», dir. por A. Rojo, Civitas, Madrid, 1987, p. 62.

(17) Vid. Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, en especial, pp. 333, 338 y 339, a quién seguimos en este punto.

tación de sus efectos, se suele a veces omitir el análisis de la normativa registral. No hay que olvidar que el Registro Mercantil en España no ha sido, ni tampoco lo es en la actualidad, un simple instrumento para el depósito de documentos sino que al mismo se accede en virtud de la previa calificación registral. En virtud de tal mecanismo de control preventivo, el legislador español sanciona un principio de presunción de exactitud del contenido registral. De esta manera, las disposiciones reguladoras del Registro Mercantil estarán llamadas a influir en la determinación del régimen jurídico de la nulidad de las anónimas bajo la vigencia de la Ley de 1951, en especial en lo que se refiere a sus efectos, pues no tendrán incidencia alguna en cuanto a la delimitación de las causas de tal nulidad. Podrá considerarse entonces que las disposiciones del RRM de 1956 incidían —o, al menos, podrían incidir— en este tema alterando la doctrina civil en cuanto a los efectos derivados de la nulidad.

Así lo ha señalado Eizaguirre, para quien la solución al problema puede venir dada en atención al principio de *fides publica* que proclamaba el artículo 3.2.º.2 del RRM entonces en vigor, ya que «la regla según la cual, la declaración de nulidad (de la sociedad inscrita) no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro, permite inferir la excepción respecto de éstos, de las consecuencias retroactivas de la declaración de nulidad (art. 3.2.º.1 RRM), pero tal estado es inoponible retroactivamente a los terceros de buena fe... Frente a los socios la sociedad es nula *ex tunc*. Por ello no es oponible a terceros de buena fe, que serán la mayoría. Consiguientemente, éstos a su conveniencia, podrán valerse de la apariencia registral o invocar por el contrario la nulidad. El art. 1.3.º RMM no hace sino indicar el instante en que el contenido protector del Registro cesa: el momento de la inscripción de la sentencia de nulidad» (18).

La nueva normativa española en materia de Sociedades Anónimas (19), establece el régimen jurídico aplicable en los supuestos de nulidad de tales sociedades, con la doble finalidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, así como el colmar la laguna existente en la Ley ahora derogada (20).

El aspecto más destacado del nuevo régimen jurídico español de la nulidad de Sociedades Anónimas es la formulación de los principios de

(18) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, pp. 338 y 339.

(19) Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, *BOE* de 27 de diciembre de 1989.

(20) Sin embargo, esta segunda finalidad no se cumple en su integridad, pues la nueva normativa mantiene silencios en aspectos importantes del régimen jurídico de la nulidad, como en lo referente a la convalidación del negocio fundacional, la legitimación en el ejercicio de la acción de nulidad o el plazo de prescripción de ésta última. Sin embargo, el prof. Sánchez Calero considera que tales problemas pueden ser superados con criterios interpretativos en atención a los arts. 115.3.º y 117.1.º de la LSA y los arts. 1301 y 1302 del Código Civil. Cfr. Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, pp. 1028 y 1029.

taxatividad y de exclusión en punto a las posibles causas de nulidad (21). En primer lugar, un principio de taxatividad o delimitación positiva de aquellas causas que puedan acarrear la nulidad de una sociedad anónima. Por otra parte, un principio de exclusión o delimitación negativa de los supuestos de hecho determinantes de la eficacia claudicante del acto constitutivo de la sociedad, en cuanto que el nuevo artículo 34.2.º LSA determina la imposibilidad de declarar la nulidad por alguna causa distinta de las enumeradas en el párrafo primero de este precepto (22).

Pero también el artículo 35 LSA resultante de la reforma establece cuáles son los efectos de la declaración de nulidad. En este sentido, hay que entender que la declaración de nulidad —que, en todo caso, ha de ser judicial— determina la apertura del proceso de liquidación de la sociedad, no afectándose a la validez de sus relaciones con terceros, y pudiendo estar obligados —en su caso— los socios al desembolso de los dividendos pasivos (23).

Como se ha podido observar, las diferencias entre el régimen ahora derogado y la nueva normativa societaria son evidentes. De igual manera, esta constatación de sus diferencias nos advierte ya del diferente criterio mantenido por la Directiva 68/151 en punto a la nulidad societaria, respecto al régimen vigente y aplicable al supuesto enjuiciado, esto es, la derogada LSA de 1951 (24). Pues bien, habiendo constatado tales diferencias parece que ya se está en condiciones de intentar determinar la incidencia que, a juicio del TJCE, tiene la normativa comunitaria en materia de Sociedades en las legislaciones internas cuando no hubieran sido desarrolladas por estas últimas.

(21) Vid. Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 1017. En relación al Anteproyecto de 1987, vid. Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 341.

(22) Ha señalado el prof. Sánchez Calero que esta «norma de cierre» del sistema «se anunciaba quizá más correctamente en el Anteproyecto de 1987 al decir que fuera de los casos indicados no podría declararse “la inexistencia ni la nulidad absoluta o relativa de la sociedad”. Esta norma, que en cualquier caso no se limita a decirnos simplemente que no son admisibles causas de nulidad diversas a las enunciadas, sino que la ley desea que no puedan aumentarse tales causas alegando que nos hallamos ante supuestos de inexistencia o anulación». *Op. cit.*, p. 1017.

(23) Advierte Sánchez Calero que, en puridad, no puede afirmarse que estemos ante un supuesto de verdadera nulidad, ya que cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico quedan sin efecto los derechos de los terceros, aun cuando hayan sido adquiridos de buena fe y, por otro lado, las partes se liberan de las eventuales obligaciones que tuvieran su fundamento en aquella relación jurídica; cosa que, obviamente, no sucede en esta pretendida «nulidad», a tenor de los párrafos 2.º y 3.º del art. 35 LSA. Cfr. *op. cit.*, p. 1012.

(24) La limitación de las causas de nulidad, tanto en su aspecto positivo (Principio de taxatividad), como negativo (Principio de exclusión), que formula el art. 11 de la Directiva 68/151, tiene su fundamento en el sistema de control previo que recoge la propia Directiva, aun cuando en razón a su «carácter eminentemente compósito» (Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 301), la normativa comunitaria establece una equivalencia entre la forma pública del acto constitutivo y un sistema estricto de control previo o registral. Cfr. art. 10 de la Directiva 68/151.

3.2. La incidencia de la Directiva 68/151 en el régimen interno de la nulidad de las sociedades anónimas según el TJCE

La diferencia de regímenes jurídicos —tanto en su concepción como en sus aspectos particulares— entre la norma comunitaria y la Ley española de sociedades anónimas ahora derogada es, a mi juicio, evidente. Mientras la Directiva 68/151 asume, no sin matices que deben ser destacados, el modelo alemán (25); la normativa interna española no se pronunciaba sobre el particular. Por ello, aplicando las disposiciones generales vigentes en el derecho interno (26), no habría ninguna duda en afirmar la aplicabilidad de la doctrina común o general de los contratos en los supuestos de nulidad de sociedades anónimas.

La Directiva 68/151 establece, principalmente, un doble criterio en materia de nulidad de sociedades anónimas; ya que, por un lado, limita en el tiempo los efectos de la declaración judicial de nulidad, al excluir toda retroactividad, y, por otra parte, limita materialmente tal declaración de nulidad, pues la misma no podrá estimarse por causa distinta a alguno de los supuestos de hecho reconocidos como tales (Principios de taxatividad y de exclusión). Frente a esa concepción rígida, el régimen aplicable en España bajo la vigencia de la Ley de anónimas de 1951 permitía, por su reenvío a las disposiciones comunes, un número mucho más amplio de causas de nulidad y, por otra parte, y con muchas dudas, la posible retroactividad de los efectos de su declaración judicial.

Esa contradicción de regímenes es analizada por el TJCE, a quien el Juez español solicita su pronunciamiento acerca de *si la normativa comunitaria (art. 11 de la Directiva 68/151) es directamente aplicable al presente litigio, ante su falta de desarrollo en el Derecho interno.*

El TJCE se enfrenta a tal cuestión recordando su reiterada jurisprudencia sobre el *efecto directo horizontal*, cuestión sobre la que volveremos más adelante. A juicio del Tribunal, «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» (27). Por tanto, la Directiva 68/151 no es directamente aplicable en el presente supuesto, ya que se trata de relaciones entre particulares (ausencia de «efecto directo horizontal»). El TJCE contesta así a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional español. Sin embargo, va más allá de la petición formulada —al menos de sus términos literales— cuando, a continuación, afirma que «de los autos se desprende que el órgano jurisdiccional pretende, en esencia, dilucidar si el Juez nacional al que se le somete un litigio relacionado con alguna materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151, antes citada, tiene la obliga-

(25) Sobre el proceso de elaboración de la Directiva 68/151, *vid.* el trabajo clásico de Van Ommeslaghe, P., *La première Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés*, Ch. Dr. Europ., 1969, en especial, pp. 494 y ss.

(26) *Vid.* arts. 2.º, 50 y 59 C.com.

(27) Apto. n.º 6.

ción de interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, con el fin de impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima por alguna causa distinta de las enumeradas en su artículo 11» (28).

Como puede observarse en la cita anterior, se ha cambiado totalmente el planteamiento del problema. No se trata ya de analizar si el artículo 11 de la Directiva 68/151 es directamente aplicable —conclusión negada conforme a una reiterada jurisprudencia—, sino si el citado precepto puede incidir, *por vía de interpretación del derecho interno*, a fin de impedir la declaración de nulidad de una sociedad por causas distintas a las que reconoce la norma comunitaria.

Desde este nuevo punto de vista, el TJCE contesta al Juez nacional formulando una observación general y una conclusión concreta. En primer lugar, y tras recordar algún precedente (29), señala que «al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores 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» (30). El Tribunal de Luxemburgo hace derivar esta conclusión del deber ex artículo 5 TCEE, de adopción de todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de la obligación de los Estados miembros, a fin de alcanzar el resultado previsto por la Directiva; obligación que también recae —dentro del marco de sus competencias— sobre las autoridades judiciales (31).

Esa obligación de interpretación de Derecho interno de conformidad con la Directiva («Richtlinienkonforme Auslegung»), que pesa sobre los Tribunales nacionales, lleva al TJCE a la conclusión de que la misma «impide interpretar las disposiciones del Derecho nacional sobre sociedades anónimas de manera tal que pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva de referencia» (32).

Parece, pues, fuera de duda la solución concreta al litigio planteado. El Juez nacional deberá realizar una interpretación de su Derecho interno que le permita declarar la nulidad *sólo en aquellos supuestos enumerados como causas de nulidad en el artículo 11 de la norma comunitaria*. De esta

(28) Apto. n.º 7.

(29) STJCE de 10 de abril de 1984, 14/83, Von Colson et Kamann, Rec. 1984, páginas 1891 y ss.

(30) Apto. n.º 8.

(31) El art. 5.º TCEE enuncia el «principio de la cooperación» o de «lealtad comunitaria». Vid. Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 184. Sobre el alcance de la «Gemeinschaftstreue», o cláusula de «lealtad comunitaria» en relación a la función jurisdiccional, vid. Bleckmann, *Europarecht*, Köln, 1980, pp. 120 y ss.

(32) Apto. n.º 9.

manera, se tiene la impresión de que el Tribunal de Luxemburgo no sólo limita las posibles interpretaciones del Derecho interno, sino que, además, se pronuncia sobre las normas nacionales. Así se puede comprobar si se atiende a la interpretación que hace el TJCE del artículo 11.B.2.º de la Directiva 68/151, pues señala que esta norma «prohíbe que las legislaciones de los Estados miembros prevean una anulación judicial fuera de los casos taxativamente enumerados en la Directiva, entre los que figura el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad» (33), el cual comprende sólo aquel que aparece descrito en la escritura de constitución o en los estatutos, por lo que «la declaración de nulidad de una Sociedad no puede ser consecuencia de la actividad que realmente se desarrolla, tal como, por ejemplo, el expolio de los acreedores de los fundadores» (34).

Conocidas ya las soluciones que ofrece el Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas, conviene ahora analizar los aspectos presentes en la argumentación jurisprudencial.

4. ANALISIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS

4.1. El problema del «efecto directo» de las Directivas

La cuestión planteada por el Juez nacional y que, conforme a una reiterada jurisprudencia, resuelve en primer lugar el TJCE es la de la aplicabilidad directa del artículo 11 de la Directiva 68/151. El problema planteado es, pues, el posible «efecto directo» de tal disposición comunitaria.

Como es conocido, el artículo 189 TCEE establece que la Directiva impone a los Estados miembros destinatarios una obligación de resultado, esto es, la armonización de su Derecho interno de conformidad con las exigencias derivadas de la Directiva. De ahí que esta norma comunitaria vinculará al Estado miembro al cual se le notifica en cuanto al logro del resultado pretendido, pero el mismo será libre en cuanto a la forma y medios de su realización (35). Por tanto, y en principio, la Directiva no va

(33) Apto. n.º 10.

(34) Apto. n.º 11.

(35) Ha señalado Pescatore que la Directiva, por comparación con el Reglamento, se concibe como un instrumento de legislación indirecta y mediata. Cfr. Pescatore, *L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification*, Rec. Dalloz-Sirey, 1980, p. 171. Sobre la «obligación de resultado» a que se hace referencia en el texto, vid. Plender, R., y Pérez Santos, J., *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1984, p. 4; Louis, J. V., *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Col. Perspectivas Europeas, Oficina de las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1980, pp. 53 y 54.

La libertad de los Estados miembros en cuanto a la forma y medios a emplear para la consecución del resultado armonizador pretendido está sujeta a un doble límite. En primer lugar, tal y como ha advertido el TJCE, «del artículo 189, párrafo 3.º, del Tratado, se desprende que la competencia dejada a los Estados miembros en lo referente a la

a generar por sí derechos y obligaciones que un particular pudiera hacer valer ante la jurisdicción nacional, esto es, no goza de aplicabilidad directa (36).

Pero no puede olvidarse que, conforme a la jurisprudencia del TJCE, las disposiciones de una Directiva pueden tener —en determinadas condiciones— *efecto directo*, o lo que es lo mismo, pueden ser invocadas por los particulares ante su jurisdicción nacional (37). En definitiva, según la posición adoptada por el Tribunal de Luxemburgo (38), la Directiva,

forma y los medios de las medidas a adoptar por las instancias nacionales está en función del resultado que el Consejo o la Comisión esperen alcanzar» (STJCE de 23 de noviembre de 1977, 38/77, Enka, Rec., 1977, p. 2122). Pero también hay que advertir una limitación material, pues no hay que olvidar que en ocasiones las Directivas tienen un carácter minucioso y detallado que limita la libertad de los Estados miembros y que lleva a afirmar una atenuación en la práctica de los efectos unificadores del Reglamento y la Directiva. *Vid.* Bouza Vidal, N., «Modalidades de unificación y armonización de las Legislaciones en la Comunidad Económica Europea», en AAVV, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dir. por E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, vol. I, Civitas, Madrid, 1986, p. 557.

(36) La distinción entre «aplicabilidad directa» y «efecto directo» existe aun cuando no siempre esté perfectamente delimitada. Sobre su distinción, *vid.* Winter, J. A., *Direct applicability and direct effect: two distinct and different conceptions in Community Law*, CMLR, 1974, pp. 425 y ss. En la doctrina española, *vid. ad ex*, Millán Mozo, L., *Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, RIE, 1984, pp. 445 y ss.

(37) El fundamento del efecto directo de las Directivas no es explícito en la Jurisprudencia del TJCE, aun cuando en el fondo se puedan afirmar razones de fortalecimiento y avance en el proceso de integración europea. No obstante lo anterior, se ha señalado como tal fundamento la doctrina del *estoppel*, aunque con unos perfiles más amplios. En este sentido, se afirma que un Estado miembro no puede oponer a los particulares el incumplimiento de las obligaciones que la Directiva impone. *Vid.* Green, N., *Directives, Equity and The Protection of Individual Rights*, ELR, 5, 1984, p. 306.

Esta idea es reiterada por Mangas Martín, quien, tras recordar el art. 7.º TCEE como otro fundamento del efecto directo (principio de no discriminación), afirma que «el efecto directo de una Directiva emerge únicamente como correctivo frente al Estado miembro en el caso en que éste no haya adoptado los actos internos necesarios para su ejecución o que los puestos en vigor fueran inadecuados o insuficientes». *Cfr.* Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 76.

(38) La bibliografía acerca de la Jurisprudencia y doctrina del «efecto directo» de las Directivas es numerosísima. *Vid. ed ex.*, Easson, A., *Can Directives impose obligations on individuals?*, ELR, 1979, pp. 67 y ss.; Timmermans, C., *Directives: Their effect within the national legal systems*, CMLR, 1979, pp. 533 y ss.; Pescatore, P., *The Doctrine of Direct Effect. An Infant Disease of Community Law*, ELR, 1983, pp. 155 y ss.; Wyatt, D., *The Direct Effect of Community Social Law*, ELR, 1983, pp. 245 y ss.; Pellicer, R., *Condiciones y tipos de invocabilidad de la Directiva Comunitaria*, RIE, 1985, pp. 7 y ss.; Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., *El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Europea*, RAP, 1986, pp. 119 y ss.; Morris, P. E., «The Direct Effect of Directives. Some recent developments in the European Court», *Journal of Business Law*, 1989, pp. 233 y ss., y 309 y ss.; Manin, Ph., *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, RTDE, 1990, pp. 669 y ss.

cuando reúne las condiciones señaladas por la Jurisprudencia (39) podrá ser alegada o invocada por los particulares ante la Jurisdicción nacional (40).

Esta es, de forma extremadamente sintética, la doctrina jurisprudencial sobre el llamado «efecto directo» de las Directivas. Sin embargo, debemos añadir —pues su importancia en el presente litigio así lo requiere— que el TJCE ha procedido a una doble reducción del alcance de tal doctrina (41),

(39) El TJCE ha señalado cuatro condiciones que ha de reunir una Directiva para que tenga efecto directo. En primer lugar, que el plazo de ejecución hubiera expirado, condición que viene exigida con carácter absoluto por el Tribunal. Por otra parte, también es necesario el concurso de otras tres condiciones, aun cuando éstas tengan un carácter relativo. Tales condiciones son: que la disposición no fuera ejecutada o lo fuera incorrectamente, que la misma no deje un sustantivo «margen de discrecionalidad al Estado miembro para el cumplimiento de la ejecución de la Directiva», y, en último lugar, que la disposición sea clara e incondicional. Un análisis de tales condiciones puede verse en Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., «El efecto directo...», *op. cit.*, pp. 130-133.

Ha señalado Manin que la importancia de tal condicionalidad es radical. Esta caracteriza de forma efectiva la invocabilidad fundada sobre el efecto directo como una invocabilidad «excepcional» y no de «derecho común». La invocabilidad «normal» de una regla jerárquicamente superior —aquella que conocemos y aplicamos en Derecho interno— no subordina la invocabilidad a ninguna condición previa. En el sistema que nosotros calificamos de «normal», la utilidad de la invocación de una norma superior depende solamente del contenido de la norma y de la interpretación que se haga. Cfr. Manin, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 673.

(40) STJCE de 5 de abril de 1979, 148/78, Ratti, Rec., 1979, p. 1642, y de 19 de enero de 1982, 8/81, Becker, Rec., 1982, p. 70. *Vid.* Louis, J. V., «El Ordenamiento...», *op. cit.*, pp. 84 y ss.; Plender, R., y Pérez Santos, J., «Introducción...», *op. cit.*, pp. 72 y 73; Rodríguez Iglesias, G. C., *Los efectos internos del Derecho Comunitario*, DA, 201, 1984, pp. 49 y ss.; Santaolalla Gadea, F., *La aplicación del Derecho Comunitario en España*, DA, 201, 1984, pp. 83 y ss., en especial, pp. 218-226.

(41) Los resultados a que conlleva la doctrina del efecto directo de una Directiva sólo podrán comprenderse si se tienen presentes las consecuencias que se derivan del principio de primacía del Derecho Comunitario. Sobre el alcance de tal principio, *vid.*, Louis, J. V., «La primauté du Droit Communautaire», en AAVV, *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du Droit européen*, Larcier, Bruxelles, 1978, pp. 145 y ss.

Los efectos que se derivan de tal principio de primacía son remarcados por Mangas Martín, al hilo de la conocida sentencia Simmenthal (STJCE, de 9 de marzo de 1978, 106/77, Rec., 1978, pp. 643 y 644). Así, hay que recordar como «el Tribunal deduce del principio de la primacía dos efectos que enmarcan las relaciones entre las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables y el Derecho interno de los Estados miembros: el primero, es que una una norma comunitaria hace *inaplicable de pleno derecho desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la Legislación nacional existente*; el segundo de los efectos se dirige hacia la norma futura (posterior y contraria a la comunitaria) y consiste en que la vigencia de la normativa comunitaria impide *la formación válida de nuevos actos Legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias*. Y en el caso en que se adoptase una norma nacional contraria a la comunitaria, el juez nacional tiene obligación de asegurar el pleno efecto de las disposiciones comunitarias, *dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria a la Ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria*». Cfr. Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 89.

mediante la exclusión del efecto directo horizontal (42), y, por otra parte, la exclusión del efecto directo vertical inverso (43). Estas exclusiones han de llevar a la conclusión de que el TJCE reconoce tal «efecto directo» en las relaciones de los administrados con la administración (efecto vertical) (44), pero lo niega en las relaciones privadas, considerando que las disposiciones de las Directivas no pueden generar derechos y obligaciones que sean invocables en las relaciones intersubjetivas (45).

(42) «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, 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». STJCE de 26 de febrero de 1986, 152/84, Marshall, Rec., 1987, p. 723.

(43) *Vid.* SSTJCE de 11 de junio de 1987, 14/86, *Pretore de Saló*, 1987, p. 2545, y 8 de octubre de 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rec., 1987, p. 3969.

(44) Pero no en sentido contrario («efecto directo vertical inverso»), por lo que el Estado no podrá alegar el contenido de una Directiva frente a un particular cuando hubiera incumplido su deber de ejecución. Cfr. STJCE de 8 de octubre de 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit.

(45) La negativa del TJCE a reconocer el «efecto directo horizontal» de las Directivas ha sido valorado críticamente. *Vid.* Manin, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, pp. 688-690. De hecho, esta limitación puede conducir a consecuencias prácticas no queridas, como el mantenimiento de discriminaciones en el ámbito laboral (cfr. Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, pp. 81 y 82), o una distorsión en las condiciones de competencia (cfr. García-Cruces González, J. A., *Derecho Comunitario y Derecho del Consumo*, RDM, 1989, pp. 327 y ss., en especial, pp. 377-379 y 395).

(46) La doctrina del «efecto directo» de las Directivas señalada en el texto plantea numerosos problemas que, por razones evidentes, se obvian en este momento. Desde luego no es mi intención recoger aquí el mayor número posible de ellos y exponer las soluciones que ha ido formando el TJCE y la doctrina más autorizada. Sin embargo, sí me parece que puede tener interés remarcar el «carácter funcional» de las nociones de «Estado» y «particular» con la finalidad de aplicar tal doctrina del «efecto directo».

Respecto a la noción de «Estado», el Tribunal advirtió en la sentencia Marshall, ya citada, que «cuando los justiciables puedan invocar una Directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya como empresario, ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho Comunitario», cit., p. 723.

Esta delimitación de la noción de «Estado», de carácter quizá excesivamente amplio, puede plantear numerosos problemas. Así, y por citar tan sólo un ejemplo que luce en la propia Jurisprudencia, en el asunto British Gas Plc., (STJCE de 12 de julio de 1990, C-189/89, pendiente de publicación), las disposiciones de una Directiva sólo pudieron invocarse respecto a situaciones registradas en el período durante el cual la empresa estaba nacionalizada, pero no una vez que fue privatizada. Podría contestarse entonces como hizo el propio Tribunal en la ya citada sentencia Marshall, cuando señaló que tal distinción podría haberse evitado si el Estado miembro afectado hubiera traspuesto correctamente la Directiva en su Derecho nacional. Sin embargo, como ha observado Manin («L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 684), esta contestación no es suficiente, ya que no soluciona la cuestión de fondo y legitima una discriminación posible. El citado autor advierte, no obstante, que en tales supuestos el particular que viera lesionada su posición jurídica por la falta de «efecto directo horizontal» podría exigir la oportuna responsabilidad al Estado infractor (*op. cit.*, p. 684, nota 50), posibilidad a mi juicio teórica según la práctica habitual de muchos Estados miembros.

Siendo ésta la doctrina formada por el TJCE en lo referente al efecto directo de una Directiva (46), parece lógico concluir en una contestación negativa a la cuestión planteada por el Juez nacional. En este sentido, el Tribunal recuerda que «sobre la cuestión de si un particular puede ampararse en una Directiva contra una Ley nacional, debe recordarse la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia según la cual 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» (47).

Sin embargo, el Tribunal, tras negar el «efecto directo horizontal» del artículo 11 de la Directiva 68/151, analiza su posible incidencia en el Derecho interno por otras vías. Así entiende que «de los autos se desprende que el órgano jurisdiccional nacional pretende, en esencia, dilucidar si el Juez nacional... tiene la obligación de interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva».

Sobre el concepto de «Estado» en la Jurisprudencia relativa al «efecto directo», *vid.* el reciente trabajo de Curtin, D., *The Province of Government. Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common law Context*, ELR, 1990, pp. 195 y ss.

Pero no sólo plantea —o puede plantear— problemas la noción de «Estado» a los efectos de determinar la invocabilidad de una Directiva. De igual manera, es preciso delimitar la noción de «particular», cuestión a la que ha dedicado, también, su atención el TJCE. En este sentido, el Tribunal ha señalado que «une organisme de droit public peu invoquer l'article 4, paragraphe 5, de la sixième directive afin de s'opposer à l'application d'une disposition nationale prévoyant son assujettissement à la taxe sur le valeur ajoutée pour une activité accomplie en tant qu'autorité publique ne figurant pas à la annexe D de la directive et dont le non-assujettissement n'est pas susceptible de donner lieu à des distorsions de concurrence d'une certaine importance» (STJCE de 17 de octubre de 1989, 231/87 y 129/88, *Comune di Carpaneto et al.*, Rec. 1989, p. 3281). De esta manera, un Ayuntamiento —cosa que ocurría en tal caso— será considerado, cuando invoca una Directiva frente al Estado y en tal contexto, como «assimilée aux particuliers».

Tal criterio ha sido reafirmado en la STJCE de 22 de febrero de 1990 (C-221/88, *Busseni*, Rec., 1990, pp. 529 y 530), en donde se reconoce el efecto directo de una «recommendation» de la CECA cuando el «particular» que pretende valerse de su invocabilidad es la propia CECA. Por ello, y a modo de primera conclusión, un ente público podrá actuar tanto como «Estado» que como «particular». Todo dependerá de la posición que ocupe. *Vid.*, críticamente, Manin, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, pp. 684 y 685. El problema del efecto directo de las Directivas comunitarias en materia de Sociedades no ha sido ajeno a la doctrina mercantil española. En este sentido, se ha afirmado que «el reclamo de la propia Directriz examinada en el art. 54.3.g TCEE, que persigue la coordinación de las garantías impuestas a las sociedades en los Estados miembros, en interés de los socios y de terceros, con el fin de hacerlas equivalentes, aleja toda interpretación de aquélla como sucedáneo de «loi uniforme». El resultado pretendido por la Directiva se limita a crear una equivalencia material de los efectos jurídicos derivados de cada ordenamiento nacional, reservando un apreciable margen de maniobra al legislador interno en su cometido armonizador». Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 298. En favor de tal «efecto directo» de las Directivas, y afirmando la necesidad de favorecer su impulso, *vid.* Fernández de la Gándara, L., *Derecho Europeo de Sociedades y reforma del ordenamiento español*, DA, 202, 1984, p. 232.

(47) Aptdo. n.º 6.

Por ello es ahora necesario detenerse en este criterio hermenéutico y valorar su alcance, tal y como parece haber sido formulado por el TJCE en esta sentencia.

4.2. El criterio de la interpretación de la legislación interna «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva»

El criterio de interpretación del derecho interno por las Jurisdicciones nacionales, de conformidad «a la luz de la letra y de la finalidad de una Directiva» no es un criterio nuevo en la jurisprudencia del TJCE. Una de sus formulaciones más importantes puede ser la que aparece en el asunto *Mazzalai* (48), cuyo conocimiento parece tener un interés evidente, a fin de poder analizar esta nueva sentencia del TJCE. En la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mazzalai*, el gobierno italiano planteó una argumentación interesante, aunque, a juicio del Tribunal, no fuera correcta. Así, se señalaba que con carácter previo a la interpretación de una Directiva, el TJCE debería valorar «si la norme communautaire n'était pas directement applicable dans le ordre juridique nationale, et si, partant, le juge national ne pouvait pas l'appliquer, L'interpretation donné par la Cour restreint privée d'effet...» (49).

Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo rechazó tal argumentación señalando que «qu'aux termes de l'article 177 la Cour est compétente pour statuer à titre prejudiciel, sur L'interprétation des actes puis par les institutions de la Communauté, independamment du fait qu'ils soient directement applicables on non» (50). Reiterando tal conclusión, el Tribunal advierte que su interpretación de la Directiva puede ser útil, a fin de que el Juez nacional asegure una interpretación y aplicación de la norma interna a las exigencias derivadas del Derecho Comunitario (51).

Este criterio del TJCE ha sido mantenido en diversas sentencias (52), algunas de las cuales han resuelto litigios que afectaban a la interpretación de la Directiva 68/151. Así, la conocida sentencia que resolvió el caso *Haaga*, en donde el «Bundesgerichtshof» solicitó del TJCE la interpretación del artículo 2.º, párrafo 1.º, letra D, de tal Directiva, con la finalidad de solventar las dudas acerca de cuál tenía que ser la interpretación más correcta —de entre las que se ofrecieron por las partes en el litigio principal— de la norma interna de trasposición (53).

Sin embargo, el TJCE va a completar este criterio hermenéutico dándole un mayor alcance e importancia en las sentencias *Von Colson* y

(48) STJCE de 20 de mayo de 1976, 111/75, *Mazzalai*, Rec., 1976, pp. 657 y ss.

(49) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, cit., p. 661, donde se añade que «dans un tel cas (disposición no directamente aplicable), le arrêt interprétatif de la Cour devrait se borner à affirmer que la norme n'est pas directement applicable», loc. ult. cit.

(50) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, cit., p. 665.

(51) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, cit., p. 666.

(52) *Vid.ad ex.*, SSTJCE de 26 de febrero de 1975, 67/74, *Bonsignore*, Rec., 1975, pp. 297 y ss., y de 8 de febrero de 1990, C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*, Rec., 1990, pp. 285 y ss.

(53) STJCE de 12 de noviembre de 1974, 32/74, *Haaga*, Rec., 1975, pp. 1205 y ss.

Harz (54). El TJCE va a reformular —o, mejor, completar— tal criterio hermenéutico, pues, con fundamento en el artículo 5 TCEE, sentará dos conclusiones importantísimas. En primer lugar, que la obligación genérica de trasposición recogida en el artículo 189.3.º TCEE también recae, dentro de sus competencias, sobre los tribunales nacionales. Por otra parte, que los jueces nacionales, a la hora de aplicar el Derecho interno, estarán obligados a hacerlo de conformidad con el texto y finalidad de una Directiva, a fin de lograr el resultado pretendido por el artículo 189.3.º TCEE (55).

El TJCE delimita aún más tal obligación de los Tribunales nacionales, pues señala que tal criterio interpretativo conforme a las exigencias comunitarias deberá actuarse en la aplicación del derecho interno «dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national» (56).

Por tanto, el criterio de interpretación del derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva» —de obligada observancia para la jurisdicción nacional— está sujeto a un doble límite. En primer lugar, que el TJCE procederá a resolver las dudas interpretativas que la jurisdicción nacional someta a su examen (57), pero no se pronunciará sobre la interpretación que, a su juicio, sea más correcta de la legislación nacional (58). Esta última es una labor privativa de los Tribunales nacionales (59). Por

(54) SSTJCE de 10 de abril de 1984, 14/83, Von Colson, Rec., 1984, pp. 1891 y ss., y de 10 de abril de 1984, 79/83, Harz, Rec., 1984, pp. 1921 y ss.

(55) Así, ha señalado el TJCE que la obligación de los Estados miembros de desarrollar una Directiva en su Derecho interno, «d'atteindre le resultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de L'article 5 du Traité de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer L'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des Etats membres y compris, dans le cadre de Leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive 76/207, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la Directive pour atteindre le résultat visé par L'article 189, paragraphe 3». STJCE de 10 de abril de 1984, Von Colson, cit., p. 1909.

(56) STJCE de 10 de abril de 1984, Von Colson, loc. últ. cit. El carácter obligatorio de este criterio hermenéutico es reiterado en la STJCE de 17 de octubre de 1989 (109/88, Dansk Arbejdsgiverforening, Rec., 1989, pp. 3199 y ss.), en donde el Tribunal advierte que «le souci d'efficacité qui sous-tend ainsi la directive doit conduite à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en oeuvre effective du principe d'égalité». Cfr. STJCE de 17 de octubre de 1989, Dansk Arbejdsgiverforening, cit., p. 3226.

(57) El supuesto paradigmático es el caso *Haaga*, en donde ante las diferentes interpretaciones de la ley interna que propusieron las partes en el litigio principal, el «Bundesgerichtshof» solicitó del TJCE la interpretación de la Directiva 68/151, a fin de conformar su fallo. Cfr. STJCE de 12 de noviembre de 1974, *Haaga*, cit., pp. 1205 y ss.

(58) *Vid. ad ex.*, STJCE de 8 de febrero de 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*, cit., p. 304. Con anterioridad, *vid.* STJCE de 10 de marzo de 1983, 172/82, *Fabricants Raffineurs D'Huile de Graissage*, Rec., 1983, pp.

(59) Cuando en un litigio ante la Jurisdicción nacional surja un problema de validez o de interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal nacional podrá o, según los

otra parte, en la aplicación de tal criterio interpretativo, los Tribunales internos deberán siempre respetar sus propias competencias, y sólo dentro de ellas deberán seguir el criterio de la interpretación de conformidad con la Directiva.

Este criterio hermético, de indudable trascendencia práctica, como más adelante tendremos ocasión de analizar, es el que reafirma el TJCE en esta sentencia de 13 de noviembre de 1990. Así, el Tribunal vuelve a recordar la obligación que pesa sobre las jurisdicciones nacionales de actuar una interpretación de su derecho interno «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» (60).

4.3. La noción de «objeto social» en la normativa comunitaria sobre sociedades de capital

Tras la negación del «efecto directo horizontal» de la Directiva 68/151, y la reiteración de la obligación de los Tribunales nacionales de interpretar su legislación interna de conformidad con tal Directiva, el TJCE se ocupa de una cuestión que, como veremos más adelante, tendrá importantes consecuencias prácticas. Nos referimos a la interpretación del término «objeto social» que emplea el artículo 11.2.B de la Directiva.

La Comisión CE entendía que tal «objeto social» lo era en sentido formal y no material; esto es, la referencia al objeto social habría que entenderla como a la descripción del mismo contenida en la escritura de constitución o en los estatutos. Esta interpretación del término objeto social es aceptada por el Tribunal, quien expresamente rechaza que la actividad

casos, estará obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Cfr. art. 177, párr. 3.º TCEE. Ahora bien, tal cuestión prejudicial no implica una privación de las competencias del juez nacional, ya que será éste quien deba resolver sobre el fondo del asunto una vez dictada la sentencia por el TJCE y, por tanto, pronunciarse sobre el particular. Esta conclusión se fundamenta, en definitiva, en la finalidad de interpretación uniforme del Derecho Comunitario que tiene la cuestión prejudicial. Cfr. STJCE de 16 de enero de 1974, 166/73, Rheinmühlen, Rec., 1974, p. 33. Por tales razones, la cuestión prejudicial «no es un recurso frente a una decisión de una jurisdicción nacional. El juez comunitario sólo se pronuncia sobre el alcance o validez de la norma comunitaria, ya que a quien corresponde dirimir el asunto de fondo es al juez nacional, dando aplicación a la norma comunitaria y constatando si hubo o no violación por parte del Estado. El Tribunal de la Comunidad es incompetente para pronunciarse sobre el Derecho interno de los Estados a través del mecanismo del reenvío judicial», Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 283. *Vid.*, en igual sentido, Waelbroeck, M., en Megret, J. (dir.), *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 10, IEE/ULB, Bruxelles, 1983, pp. 178 y ss., en especial, p. 196. Sobre el alcance del art. 177 TCEE y las competencias del Tribunal de Justicia, *vid.* las consideraciones de Arnulf, A., *References to The European Court*, ELR, 1990, pp. 375 y ss.

(60) Aptdo. n.º 8.

desarrollada por la Sociedad pueda fundamentar una causa de nulidad ex artículo 11 de la Directiva 68/151 (61). El TJCE fundamenta tal conclusión con el carácter restrictivo que ha de informar toda interpretación de una posible causa de nulidad y, por otra parte, en la finalidad de garantizar «la seguridad jurídica en las relaciones entre la Sociedad y los terceros, así como entre los socios» (62) que persigue la regulación comunitaria de la nulidad de Sociedades de capital (63).

Esta interpretación del TJCE parece descartar las dudas que podría existir acerca del significado de la expresión «objeto social». Sin embargo, con anterioridad a esta sentencia se hizo notar que mediaba una diferencia importante entre las versiones latinas y la germánica del texto de la Directiva que podría tener alguna consecuencia importante en este tema (64). Así, en la versión alemana del texto comunitario se configura como causa de nulidad el supuesto en que el objeto social *resulte* («tatsächlich») ilícito o contrario al orden público. Esta matización podría justificar, por tanto, una interpretación de la expresión «objeto social» como «objeto social real», esto es, la actividad efectivamente desarrollada por la Sociedad.

Ahora bien, tras esta sentencia de 19 de noviembre de 1990, la referencia que se establece en el texto alemán no puede tener más que un alcance puramente temporal. El TJCE ha solventado en este pronunciamiento cualquier duda que quedara. El objeto social a que se refiere el artículo 11.2.B, de la Directiva 68/151 no es otro que aquel que aparezca en los Estatutos.

(61) Señala el TJCE que «la expresión “el objeto de la sociedad” debe entenderse referida al objeto de la sociedad, según la descripción contenida en la escritura de constitución o en los Estatutos». Aptdo. n.º 12.

(62) Considerando n.º 6 de la Directiva 68/151.

(63) En este sentido, Van Onmeslaghe («La première...», *op. cit.*, p. 660) advertía que la Directiva admite como causa de nulidad el objeto ilícito o contrario al orden público, pero no comprende la «causa ilícita» entre los motivos de anulación. En consecuencia, si los fundadores están animados por móviles ilícitos, sin que el objeto social como tal lo sea, la sociedad no podrá ser anulada.

Sin embargo, este autor advierte que la Directiva no impide el ejercicio de la acción pauliana respecto a las aportaciones que se hicieran en fraude de los acreedores del aportante, ya que —a su juicio— no se trata de una acción de nulidad ni entraña la anulación de la Sociedad (cfr. *op. cit.*, p. 657). La justificación de esta afirmación radica, aparte del carácter de la acción pauliana, en el hecho de que la Directiva no regula la anulación de ciertas suscripciones que no entrañen la anulación de la Sociedad. Desde luego, continúa Van Onmeslaghe, los efectos de tales anulaciones no son los mismos que se derivan de la nulidad de una Sociedad para los terceros. Por tanto, los Estados miembros podrán establecer en su legislación interna la posibilidad de una anulación parcial y completarla con la responsabilidad de los fundadores o de los miembros del primer órgano de administración. De ahí que las reglas en vigor en ciertos Estados miembros, en especial, en materia de vicios del consentimiento o de incapacidad, puedan continuar surtiendo efectos en la medida en que no afectan a la validez de la Sociedad. Cfr. *op. cit.*, loc. últ. cit.

(64) Bärmann, *Europäische Integration im Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1970, p. 285, cit. por Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 239.

La referencia al objeto social que resulte ilícito o contrario al orden público en cuanto causa de nulidad deberá entenderse como aquel supuesto sobrevenido de ilicitud o contradicción con el orden público del objeto social. Así, esa alusión no puede tener otro alcance —como se deriva de la interpretación jurisprudencial— que configurar, como causa de nulidad, el supuesto de hecho en que, el juicio de reprobación que al ordenamiento jurídico o a la conciencia social merece el objeto social delimitado en Estatutos, sea posterior a la válida constitución de la Sociedad.

Como conclusión, podemos entonces observar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 11.2.B de la Directiva 68/151, la nulidad de una Sociedad de capital por ser su objeto social ilícito o contrario al orden público, sólo podrá ser declarada cuando el objeto social que conste en Estatutos así lo sea, o bien lo llegue a ser de forma sobrevenida, sin que el objeto social real o actividad realmente desarrollada por la Sociedad pueda justificar tal declaración judicial de nulidad (65).

La interpretación del término «objeto social», que ha formulado el TJCE en esta sentencia tiene, por otra parte, una consecuencia práctica evidente en la nueva legislación española de sociedades de capital. Tras la reforma de la Ley de anónimas de 1951, el legislador español —a fin de adaptar la normativa interna y, por otra parte, colmar una laguna legal— reguló en los artículos 34 y 35 la nulidad de la Sociedad anónima.

En lo que ahora nos interesa, habrá que destacar cómo la Ley española señala como causa de nulidad el «resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público» (art. 34.1.A). Prescindiendo de otras cuestiones que plantea el citado precepto (66), debemos plantearnos la cuestión de la delimitación del supuesto de hecho que la nueva LSA configura como causa de nulidad. En este sentido, y ya en relación al Anteproyecto de 1987, se advertía que la mención del objeto social ilícito o contrario al orden público como causa de nulidad habría que entenderla no sólo como objeto social estatutario, sino también por su referencia al «objeto social real o actividad efectivamente desarrollada por la Sociedad, a despecho del consignado en el acto constitutivo» (67).

(65) Pero la Directiva no impide que la legislación interna configure la ilicitud de la actividad desarrollada por la Sociedad como una *causa de disolución*. Como advirtiera Van Onmeslaghe (*op. cit.*, p. 656), la Directiva enumera solamente las causas de nulidad, por lo que los Estados miembros podrán sancionar la disolución de las Sociedades con fundamento en otras irregularidades no previstas como causas de nulidad. Ahora bien, la cuestión que puede plantearse inmediatamente es la del alcance de tal facultad. Si se recuerda el significado práctico que tiene la nulidad en la Directiva 68/151 (*vid.*, en relación a su trasposición en la legislación interna española, Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 1012), parece que su «efecto útil» impediría un excesivo realce de la disolución fundada en irregularidades no contempladas como causas de nulidad.

(66) Sobre tales aspectos, *vid.* Sáenz García de Albizu, J. C., *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 99 y ss.

(67) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 349. En este sentido, y tras la aprobación de la nueva Ley, Sánchez Calero advierte, citando a Eizaguirre y a Sáenz, «que la ley al hablar de la nulidad de la Sociedad cuando el objeto «resulta» ilícito o

Pues bien, tras esta sentencia del TJCE en el asunto *Marleasing*, no creo que pueda entenderse que la causa de la letra A del artículo 34.1.º de la nueva LSA incluya como supuesto de nulidad la ilicitud del objeto social real o licitud de la actividad social efectivamente desarrollada. La interpretación que el TJCE ha realizado del artículo 11.2.B de la Directiva 68/151 nos lleva a tal conclusión. Al interpretar la Ley española habrá que negar la posibilidad de que sea declarada la nulidad judicial por el desarrollo de una actividad ilícita a pesar de la licitud del objeto social consignado en Estatutos. Esta conclusión se afirma, evidentemente, con fundamento en una interpretación de la legislación interna de conformidad «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva», tal y como ésta ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia.

Sin embargo, la consideración del objeto social a que se refiere el artículo 34.1.A de la LSA como objeto social formal o estatutario plantea dos problemas que, a mi juicio, son de compleja solución.

El primer problema que se plantea es el de la posible nulidad de una sociedad cuyo objeto social real o actividad implica la infracción de normas administrativas (68). En tales supuestos, el ordenamiento jurídico no sanciona, con carácter general, tal ilicitud de actividad más que con sanciones administrativas. Sin embargo, en la reciente legislación económica española se pueden encontrar supuestos en que, junto a sanciones puramente administrativas, el legislador establece sanciones de derecho privado (69), llegando incluso a configurar tales supuestos como causas de nulidad (70). En estos supuestos, cabe plantearse la duda de si la Sociedad anónima válidamente constituida podrá ser declarada nula, pues la actividad que desarrolla es contraria a esta normativa económica (71).

contrario al orden público, ha querido referirse tanto al objeto estatutario como al objeto real, si bien se matiza por esos autores que en este último supuesto nos encontramos ante una nulidad de la Sociedad únicamente si el cambio entre el objeto estatutario (aparentemente lícito) y el objeto real (que resulta ilícito), se debe a una decisión de los socios en el momento de constitución de la Sociedad. Pero no sucede así cuando el objeto social, es decir, la actividad que de hecho realiza la sociedad, sea diversa al objeto estatutario, no por voluntad de los socios, si no por voluntad de los administradores, ya que en tal caso, la Sociedad constituida será válida, sin perjuicio de la responsabilidad de los propios administradores». Cfr. Sánchez Calero, F., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 1021. En este sentido, *vid.* Sáenz García de Albizu, J. C., «El objeto social...», *op. cit.*, p. 137.

(68) Este problema es analizado por Sánchez Calero («La Sociedad...», pp. 1020 y 1021), quien, al considerar posible la nulidad por ilicitud de la actividad social efectivamente desarrollada, no verifica la posible incompatibilidad de la sanción administrativa de nulidad en tales supuestos respecto a lo establecido en la Directiva 68/151.

(69) Cfr., *ad ex.*, art. 6.º de la Ley 33/84, de 14 de agosto, de Ordenación del Seguro privado, en donde se sanciona la nulidad de los contratos de seguros celebrados por entidades no inscritas.

(70) Así, el art. 28.1.º de la Ley 26/88, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece la nulidad «de pleno derecho» de aquellas Sociedades que —habiéndose sido inscritas— su actividad, objeto social o denominación resulten contrarios a las disposiciones de la propia ley (reserva de la actividad bancaria).

(71) En tales supuestos puede intentar buscarse una posible solución mediante la aplicación del criterio hermenéutico defendido por el TJCE en esta sentencia de 13 de

Por otra parte, el segundo problema anunciado hace referencia a la posible nulidad de la Sociedad por la ilicitud sobrevenida del objeto social. Evidentemente, tal causa de nulidad por ilicitud del objeto social no pugna con la interpretación que ha hecho el TJCE de lo dispuesto en el artículo 11.2.B de la Directiva 68/151. La ilicitud sobrevenida del objeto social aparece, pues, como una causa de nulidad admitida tanto por la normativa comunitaria como por la legislación interna española. Ahora bien, se ha afirmado que la ilicitud sobrevenida del objeto social no puede configurarse como causa de nulidad, ya que las causas previstas como tales «afectan al fundamento genético de la sociedad», aunque «tal vicisitud no puede estimarse carente de consecuencias sobre el devenir de la sociedad, en la medida en que equivaldría a la imposibilidad de realización del objeto, causa de disolución» (72). Se opte por una u otra solución, las consecuencias prácticas —no así en el orden conceptual— que se derivarían serían las mismas: apertura del proceso de liquidación y no afectación de las relaciones anteriores con terceros (73).

5. CONSIDERACIONES FINALES

5.1. Fundamentación jurídica del criterio de interpretación del Derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva»

Sin intentáramos señalar ahora cuál es el fundamento jurídico de este criterio hermenéutico establecido por el TJCE, parece que la simple lectura del artículo 189 TCEE no nos ayudaría mucho. Por ello, no basta con una simple interpretación literal de lo dispuesto en aquel precepto.

noviembre de 1990. Así deberíamos interpretar lo dispuesto en el art. 28.1.º de la Ley de Disciplina e intervención de Entidades de Crédito, de conformidad a «la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva», tal y como ésta ha sido interpretada por el Tribunal. En este sentido, podría llegar a ser una solución —en el caso de que entendiéramos el conflicto entre la Directiva y la norma interna— interpretar la sanción dispuesta en el art. 28.1.º de la Ley española como causa de disolución, logrando de este modo un resultado muy similar al que se derivaría de su configuración como nulidad (cfr. art. 12 Directiva 68/151 y art. 35 LSA) y que, por otra parte, es el que establece la propia Ley 26/88 (cfr. art. 30). En este sentido, quizá fuera un apoyo el texto del artículo 1666 C.c.

(72) Eizaguirre, J. M., «La Sociedad...», *op. cit.*, p. 349, quien sigue y cita en este punto a Bocchini, *I vizi della costituzione e la nullità della società per azioni*, Napoli, 1977, p. 238.

(73) A mi juicio, parece preferible configurar la ilicitud sobrevenida del objeto social como causa de nulidad reconocida, tanto por el art. 11.2.B. de la Directiva 68/151, como por el art. 34.1.A de la Ley española. La razón está en no privar de sentido práctico a la regla allí establecida, máxime si se tiene presente la interpretación que del término «objeto social» ha hecho el TJCE. En un sistema de publicidad sujeto a control previo como el que —con carácter general, aun cuando se deba señalar la equi-

Atendiendo al significado de la disposición del artículo 189 TCEE, es indudable que del mismo se deriva el carácter normativo de la Directiva. Pues bien, como señaló el TJCE en el asunto Van Duyn, sería incompatible con el carácter normativo que el artículo 189 TCEE reconozca a la Directiva el excluir en principio que la obligación que ella impone pueda ser invocada por las personas afectadas. Particularmente, en el caso en que las autoridades comunitarias, por Directiva, hubieran obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, el *efecto útil* de tal acto quedaría diluido si los justiciables estuvieran impedidos de valerse en justicia y la jurisdicción nacional no pudiera tener en consideración la propia Directiva (74).

Por tanto, el carácter normativo de la Directiva también se refleja en la posibilidad de su invocación ante los Tribunales nacionales. Ahora bien, tal invocabilidad —como ya conocemos— tiene un alcance distinto según las relaciones de hecho que se den en el litigio enjuiciado. Si esas relaciones son las de un particular frente al Estado —entendido éste en el sentido amplio con que, según se expuso con anterioridad, el TJCE interpreta tal término— la Directiva será plenamente invocable, es decir, tendrá «efecto directo vertical» (75).

Si, por el contrario, en el litigio en el que se alega la invocabilidad de las disposiciones de una Directiva, las relaciones que subyacen son entre particulares —con la amplitud que, como también ha quedado indicado, da a este término el propio TJCE— la misma no goza de tal efecto directo, pues éste sólo se da frente al «Estado destinatario» incumplidor del deber de trasposición, conforme a una constante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (76).

paración del art. 10— establece la Directiva, parece muy extraño y poco factible que tal causa de nulidad por ilicitud del objeto social pudiera tener alguna virtualidad práctica, salvo que en el mismo supuesto se encuadrara la ilicitud sobrevenida de tal objeto social. En el caso español, en donde a ese sistema de control previo (calificación registral) debemos añadir la exigencia de la forma pública (control notarial), me parece poco probable que pudiera existir algún supuesto en donde, tras superar esa dualidad de controles, un Juez pudiera declarar la nulidad de una Sociedad por ser ilícito el objeto social que, constando en escritura pública, aparece en la inscripción registral de la Sociedad. Parece lógico, pues, incluir como causa de nulidad ex art. 34.1.A de la LSA el supuesto de la ilicitud sobrevenida del objeto social.

(74) STJCE de 4 de diciembre de 1974, 41/74, Van Duyn, Rec., 1974, pp. 1337 y ss. En esta misma sentencia advierte el TJCE que «L'article 177 qui permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de la validité et de l'interprétation de tous les actes son susceptibles d'être invoqués par les justiciables devant les dites juridictions», cit., p. 1349.

(75) No así «efecto directo vertical inverso», o, lo que es lo mismo, el Estado incumplidor no podrá hacer valer frente a un particular su propio incumplimiento, esto es, las disposiciones de la Directiva no ejecutada por él. Cfr. STJCE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen BV, cit., pp. 3986 y 3988.

(76) Es la negación del efecto directo en las relaciones intersubjetivas o «efecto directo horizontal». Cfr. STJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall, cit., página 723.

Ahora bien, la negación del «efecto directo horizontal» de una Directiva no implica la irrelevancia de sus disposiciones en los litigios entre particulares que se sustancian ante los Tribunales nacionales. El Tribunal considera que, en tales supuestos, la jurisdicción nacional deberá interpretar el Derecho interno «a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva». Pero, para llegar a tal conclusión, el TJCE acude —como así ha hecho— a una interpretación armónica del artículo 189 en relación al principio de cooperación recogido en el artículo 5.º TCEE. En este sentido, el Tribunal advierte que esta última disposición impone a los Estados miembros una obligación positiva de trasponer el Derecho Comunitario que no tiene, por sí misma, una eficacia directa en la Legislación nacional (77). Una falta de ejecución o una ejecución ineficaz de la Directiva han de considerarse contrarias no sólo a la previsión específica del artículo 189.3.º TCEE sino, también, respecto al deber de cooperación legal impuesto por el artículo 5.º TCEE (78).

Pues bien, al considerar como «Estado» —o mejor, integrante del mismo— a los Tribunales nacionales, éstos quedarán sujetos por el deber impuesto por el artículo 189 TCEE, de conformidad con el deber de cooperación afirmado en el artículo 5.º TCEE (79). Esta obligación que pesa sobre los Tribunales nacionales a fin de lograr la efectividad del resultado previsto por la Directiva («efecto útil»), y el propio carácter de norma de derecho objetivo que ésta tiene, fundamentan, por tanto, que los Jueces nacionales deban seguir, como criterio de interpretación de su Derecho interno, su conformidad «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva» («Richtlinienkonforme Auslegung») (80).

(77) STJCE de 29 de junio de 1978, 77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV, Rec., 1978, pp. 1513 y 1525.

(78) Sobre tal principio de cooperación, *vid.* SSTJCE de 16 de diciembre de 1976, 39/76, Rewe, Rec., 1976, pp. 1989 y 1997, y de 10 de diciembre de 1969, 6/69 y 11/69, Commission v. France, Rec., 1969, pp. 523 y 540.

(79) Sobre el alcance del art. 5.º TCEE, *vid.* Belckmann, *Europarecht, op. cit.*, pp. 120 y ss.

(80) Recuérdese que la disposición del art. 189 TCEE deja un amplio margen de libertad a los Estados miembros para elegir los medios y la forma de ejecución de la Directiva. En este sentido, se ha afirmado que «la facultad estatal de determinar la forma y los medios de desarrollo y ejecución de las Directivas tiene por objeto, sobre todo, evitar irrumpir bruscamente en los sistemas nacionales de fuentes jurídicas, de ordinario fruto de un laborioso decurso histórico; por ello, dicha facultad configura una función instrumental por referencia a un contenido jurídico, ya en muy buena medida determinado por la Directiva misma». Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., «El efecto directo...», *op. cit.*, p. 139.

Siendo cierta la anterior afirmación, la misma no puede hacernos olvidar las limitaciones que pesan sobre tal facultad estatal, pues ésta quedará compensada con la *obligación ex art. 5.º TCEE de elegir la forma y medios más apropiados para conseguir la plena efectividad de la norma comunitaria*. Así lo señaló el TJCE en el asunto Royer, cuando advierte que «la liberté laissée par L'article 189 aux Etats membres quant aux choix des formes et moyens, en matière d'exécution des directives, laisse entière leur obligation de choisir les formes et les moyens le plus appropriés en vue d'assurer L'effet utile des directi-

5.2. Alcance de tal criterio

Conocido el fundamento jurídico del criterio de interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas, es ahora el momento de intentar delimitar su alcance.

Desde luego, para mejor aplicar tal criterio, el Juez nacional podrá acudir al TJCE para que éste le ofrezca una interpretación de la norma comunitaria a fin de que el primero resuelva el litigio planteado ante la jurisdicción nacional. Por supuesto, y de conformidad con la finalidad que tiene asignada la cuestión prejudicial (81), la sentencia del TJCE no procederá a interpretar la norma interna ni su compatibilidad con la comunitaria, cuestiones que quedan confiadas a los Tribunales nacionales (82). Ahora bien,

ves». STJCE de 8 de abril de 1976, 48/75, Royer, Rec., 1976, p. 519. Vid. también STJCE de 6 de julio de 1982, 61/81, Commission V. Royaume Uni, Rec., 1982, p. 2601.

La exigencia de salvaguardia del «efecto útil» de las Directivas lleva a la conclusión de que, en atención a las competencias que tradicionalmente les han sido asignadas, los Tribunales nacionales cumplan tal obligación mediante el seguimiento del criterio de interpretación conforme a las Directivas en aquellos supuestos en que éstas no fueran ejecutadas o lo fueran incorrectamente.

Por otra parte, se ha advertido que la obligación de resultado impuesta a los Estados miembros por el párrafo 3.º del art. 189 TCEE implica que la simple reproducción literal de los objetivos de la Directiva en la legislación nacional sea insuficiente para las finalidades perseguidas por la normativa comunitaria. La exigencia de efectividad en el resultado impone tal conclusión. Vid. Cutin, D., *Effective Sanctions and the equal treatment Directive: The Von Colson and Hazr Cases*, CMLR, 1985, página 514.

(81) La cuestión prejudicial, como anteriormente indicamos, es un *instrumento de cooperación* entre el TJCE y las Jurisdicciones nacionales por el cual «La première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu'elles sont appelées à trancher». STJCE de 18 de octubre de 1990, C-297/88 y 197/89, Dzodzi, pendiente de publicación, Apto. n.º 33.

(82) El art. 177 TCEE confiere al Tribunal de Justicia la competencia de interpretar el Tratado y los actos de las Instituciones, pero no la de aplicarlos a un caso sometido a un juez nacional. Waelbroeck, M., en Mégret, J.: «Le Droit...», *op. cit.*, pp. 224 y 227. Por ello, el TJCE dará al Juez nacional todas las indicaciones precisas que le permitan aplicar la disposición comunitaria que el Tribunal interpretó. Así se ha manifestado reiteradamente el TJCE, para quien «La compétence de la Cour au titre de l'article 177 ayant pour objectif d'assurer l'interprétation uniforme, dans tous les Etats membres, des dispositions de Droit Communautaire, la Cour se borne à deduire de la lettre et de l'esprit de celles-ci la signification des normes communautaires en cause. Il appartient ensuite aux seules juridictions nationales d'appliquer les dispositions de droit communautaire ainsi interprétées, entendant compte des circonstances de fait et de droit de L'affaire dont elles sont saisies». STJCE de 8 de octubre de 1990, Dzodzi, *cit.*, Apto. n.º 38. Vid., igualmente, SSTJCE de 28 de junio de 1984, 180/83, Mosez, Rec., 1984, p. 2539; de 29 de noviembre de 1978, 21/78, Delkvist, Rec., 1978, p. 2327; de 30 de enero de 1974, 158/73, Kampffmeyer, Rec., 1974, p. 101; de 11 de julio de 1968, 5/68, Sayag, Rec., 1968, p. 576, y de 8 de febrero de 1968, 32/67, Van Leuwen, Rec., 1968, p. 64.

la incidencia práctica de este criterio de la «*Richtlinienkonforme auslegung*» sólo podrá conocerse en toda su extensión si se tienen presentes los efectos de la sentencia de interpretación que, en su momento dicte el TJCE, bien porque él acuda voluntariamente el Tribunal nacional, bien porque éste esté obligado a formular la cuestión prejudicial (83).

Desde este punto de vista y con la finalidad perseguida, cabe preguntarse ahora por los efectos de las sentencias de interpretación dictadas por el TJCE. Desde luego, para analizar tal cuestión, parece conveniente diferenciar entre su eficacia material y sus efectos en el tiempo.

Respecto a los efectos materiales que se derivan de una decisión judicial de este tipo, se ha advertido (84), aún cuando fuera ocasionalmente, que las mismas tendrían el carácter de «*arrêts de régleme*nt», por lo que una vez dictada la sentencia ésta impediría volver a plantear una cuestión prejudicial sobre un problema idéntico. Sin embargo, el propio TJCE ha rechazado de forma expresa tal caracterización y no ha dudado en admitir a trámite una cuestión prejudicial para interpretar una disposición ya interpretada con anterioridad en un caso igual (85). Esta última afirmación no implica la negación de los efectos materiales de una sentencia de interpretación del TJCE. Como el propio Tribunal ha advertido, la sentencia de interpretación dictada vincula al juez nacional (86). Por ello, una decisión de un Tribunal nacional inferior podrá ser recurrida ante los Tribunales nacionales superiores si no respetara la interpretación que de la norma comunitaria realizó el TJCE. Las sentencias del Tribunal de Luxemburgo no son simplemente las decisiones de una autoridad moral; aunque no tengan un

(83) En la práctica, la aplicación del criterio de interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva irá, lógicamente, precedido de la interpretación de la norma comunitaria por parte del TJCE. Así se deriva, no sólo por razones de prudencia por parte del Tribunal nacional sino que, en aquellos casos en que —al no ser obligatoria— un Tribunal nacional inferior prescindiera de formular la cuestión prejudicial, bastará con que el litigante que así lo quisiera recurriera hasta agotar la vía de los recursos, en cuyo caso, el último Tribunal nacional estaría obligado a formular tal cuestión prejudicial. Cfr. art. 177, párrafo 3.º TCEE.

(84) Köhl, A.: «*Note sous l'arrêt Defrenne*», *Rev. Crit. Jur. Belg.*, 1977, p. 231.

(85) Vid., ad ex. STJCE de 15 de mayo de 1990, C-4/89, «*Comune di Carpaneto et al. II*», *Rec.*, 1990, pp. 1869 y ss.

(86) Vid. STJCE de 3 de enero de 1977, 52/76, *Benedetti*, *Rec.*, 1977, p. 183. Se ha recordado que «el Tribunal no decide sobre un caso, sino sobre un punto de interpretación y lo hace de manera abstracta. Se trata pues, en realidad, de la “autoridad del precedente”, según el concepto genuinamente anglosajón. A imitación de la práctica seguida a partir de 1976 por la “House of Lords”, el Tribunal de Justicia se reserva el derecho de modificar sus decisiones precedentes. No obstante, hasta que no proceda de esta manera, las jurisdicciones nacionales deberán seguir la jurisprudencia por él establecida. La solución es equilibrada, ya que contribuye a la unidad de interpretación del Derecho Comunitario sin paralizar su evolución». Louis, J. V., «Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *RIE*, 1983, pp. 11 y 12. Sobre los efectos de las STJCE en el tiempo, vid., igualmente, Waelbroeck, M., «*May the Court of Justice Limit The Retrospective Operations of its Judgements?*», *Yearbook of European Law*, 1981, pp. 115 y ss.

carácter normativo absoluto, se imponen «erga omnes» en todos los futuros litigios, aun cuando los Tribunales nacionales conserven siempre la facultad de acudir de nuevo al TJCE sobre una cuestión ya resuelta (87).

Por otra parte, hay que recordar la eficacia temporal de las sentencias dictadas por el TJCE. Como criterio general habrá que señalar como tales fallos tienen una eficacia retroactiva (88). Con carácter general los pronunciamientos en interpretación que realice el TJCE tienen efectos retroactivos, aun cuando el Tribunal se reconozca la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de su decisión (89). Ante estos supuestos en que el TJCE limita la eficacia temporal de una sentencia de interpretación, se ha afirmado que el Tribunal «aparece como una instancia que dicta una nueva regla: actúa como un legislador» (90).

Si se tiene presente la eficacia que, como acabamos de exponer, se deriva de las sentencias de interpretación dictadas por el TJCE, podrá comprenderse fácilmente la gran importancia que está llamado a tener este criterio hermenéutico de la interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva. Sin embargo, no puede desconocerse que este criterio interpretativo, a pesar de su importancia, no goza de un valor absoluto pues está limitado. El límite de tal criterio no es otro, conforme al propio concepto de Directiva, que aquél se deriva del principio de la autonomía institucional.

La labor de desarrollo de la normativa comunitaria, y por tanto, la ejecución de las Directivas, corresponde a los Estados miembros de conformidad con su ordenamiento jurídico interno pues el Derecho Comunitario no establece procedimiento o regla alguna. En el supuesto de la ejecución de una Directiva, el principio de la autonomía institucional implica que será el Estado destinatario de la misma quien procederá a la trasposición de la norma comunitaria de conformidad con el procedimiento previsto en su legislación interna (91). De esta manera, la distribución competencial establecida en el ordenamiento

(87) Waelbroeck, M. en Mégret, J., «Le Droit...», *op. cit.*, p. 247.

(88) STJCE de 28 de marzo de 1980, 66127, y 128/79, Salumi, Rec., 1980, página 1260.

(89) STJCE de 8 de abril de 1976, 43/75, Defrenne II, Rec., 1976, p. 455.

(90) Louis, J. V., «Los efectos...», *op. cit.*, p. 13. Poco más adelante, este autor señala que «en su función de juez de interpretación y de apreciación de la validez de los actos de las instituciones, el Tribunal de justicia aparece como un auténtico Tribunal constitucional, preocupado por las consecuencias de sus decisiones en la valoración de una constitución cuya rigidez es un elemento característico. El Tribunal no quiere paralizar la evolución del Derecho Comunitario y por ese motivo, se niega a otorgar a sus sentencias una autoridad absoluta. Al mismo tiempo, desea mantener el control sobre toda posible evolución e invitar a los Tribunales nacionales a respetar la autoridad de las interpretaciones o declaraciones de invalidez. Si éstos prefieren no seguir la Jurisprudencia comunitaria les queda siempre la posibilidad de someter nuevas cuestiones», *op. cit.*, p. 19.

(91) En este sentido, el TJCE advirtió que «dans le cas où la mise en oeuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national», STJCE de 11 de febrero de 1971, 39/70, Fleikschkontor, Rec., 1971, p. 58.

jurídico interno determinará la habilitación de que goza cada uno de los órganos del Estado en la ejecución y desarrollo de las Directivas. Conforme a tal reparto de competencias, será preciso, pues, determinar el alcance que puede tener este criterio hermenéutico sentado por el TJCE en un concreto ordenamiento jurídico, ya que el mismo también quedará sujeto a las limitaciones que se deriven del mencionado principio de la autonomía institucional (92).

Estas consideraciones nos permiten encarar el problema de fondo que puede plantear esta sentencia de 13 de noviembre de 1990. En ella, como hemos visto, el TJCE reitera la obligación de los Tribunales nacionales de interpretar su derecho interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva». Así, en lo supuestos en que quepa una cierta discrecionalidad judicial dentro del Derecho nacional, la misma estará limitada por las exigencias derivadas del Derecho Comunitario, ya que la Directiva podría ser alegada ante tal jurisdicción en cuanto criterio interpretativo de la norma interna, llegando al resultado de que los jueces nacionales podrían considerar inaplicable o reinterpretar su legislación interna (93). Ahora bien, cuando el Estado hubiera incumplido su deber de trasposición de la Directiva Comunitaria, el Tribunal nacional también deberá observar el criterio de la «richtlinienkonforme auslegung» en la aplicación de la normativa interna, pero la observancia de tal criterio no puede justificar ni amparar una actuación judicial contraria a las funciones y competencias reconocidas a los Tribunales en la Constitución y Legislación internas.

De esta manera, podemos llegar a la conclusión de que el criterio hermenéutico afirmado por el Tribunal de Luxemburgo tendrá un alcance diverso en razón de las competencias reconocidas a la Jurisdicción nacional en cada ordenamiento interno. Si, como ocurre en España, la labor judicial no es creadora ni puede llevar a cabo una interpretación *contra le-*

(92) El TJCE fundamenta este principio de la autonomía institucional en el art. 5 TCEE. El propio Tribunal de Justicia ha señalado que «conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les Etats membres, il appartient aux Etats membres, en vertu de L'article 5 du Traité, d'assurer sur leurs territoires L'exécution des réglementations communautaires, notamment dans le cadre de la politique agricole commune. *Pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national...*», STJCE de 21 de septiembre de 1983, 205 a 215/82 Deutsche Milchkontor, Rec., 1983, p. 2665.

Ahora bien, no puede desconocerse que «ese principio de la autonomía institucional no tiene carácter absoluto sino que está limitado por el respeto a los principios de la primacía y de la aplicación directa y uniforme del Derecho Comunitario. En efecto, cuando el Estado toma medidas para ejecutar el Derecho Comunitario no puede dictar normas incompatibles en el contenido y objetivos marcados en la norma comunitaria, ni entorpecer el efecto directo y útil al elegir procedimientos excesivamente complejos o lentos. Especialmente, el mayor daño que puede proceder de una desmedida atención al principio de autonomía procedimental se causaría a la uniformidad de la aplicación del Derecho Comunitario...»; Mangas Martín, A., «Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 184.

(93) Curtin, D., «Effective Sanctions...», *op. cit.*, pp. 531 y 533.

gem (94) el criterio interpretativo sentado por el TJCE no puede justificar —en mi opinión— una interpretación del derecho interno que resulte prohibida por tal normativa.

Esta es la conclusión que se deriva del principio de autonomía institucional, el cual necesariamente también ha de incidir en la aplicación judicial de la normativa interna por su interpretación conforme con la comunitaria (95).

5.3. Consecuencias prácticas

La sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, que hemos ido comentando, plantea, a mi juicio, una serie de consecuencias importantísimas. Pero, parece conveniente distinguir aquéllas que, en principio, pueden darse en la aplicación de las Directivas comunitarias, y por otra parte, las consecuencias que el pronunciamiento del Tribunal puede tener en relación al supuesto de hecho societario que motivó el litigio principal.

En lo que respecta a la primera cuestión, se advirtió ya en relación a las sentencias Von Colson y Harz (96), y —sin duda— puede trasladarse esta observación respecto a esta nueva sentencia, que el criterio interpretativo de la «Richtlinienkonforme auslegung» del Derecho interno, conducirá en la práctica a los mismos resultados que el reconocimiento del «efecto directo horizontal» de las Directivas. Por supuesto, desde un punto de vista dogmático se trata de conceptos diferentes. Sin embargo, las consecuencias prácticas de la aplicación de este criterio hermenéutico conducen a resultados similares que el reconocimiento de tal efecto directo en las relaciones intersubjetivas o entre particulares (97). Ahora bien, tales consecuencias

(94) Art. 1.6.º del Código Civil.

(95) Lo contrario sería afirmar que el TJCE pretende deprimir el alcance del principio de la autonomía institucional. Este principio no tiene, como ya vimos, un significado absoluto, pues estará limitado por una finalidad uniformadora en la aplicación de la normativa comunitaria. Pero, tal finalidad no puede justificar una alteración de la distribución competencial entre los órganos del Estado conforme establece su legislación interna. Si la Jurisprudencia —como ocurre en España— no es fuente del Derecho y, por tanto, no puede crear éste, a los jueces españoles les estará prohibida una interpretación de la normativa interna que, aun cuando se justificara en la propia Directiva, tuviera carácter *contra legem*.

(96) Curtín, D., «Effective Sanctions...», *op. cit.*, pp. 506 y 532.

(97) Un repaso de la Jurisprudencia comunitaria sobre este criterio hermenéutico conduce a tal conclusión. Evidentemente, estas consecuencias prácticas no aparecen reflejadas tan claramente en la Jurisprudencia inicial acerca del criterio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con las Directivas, como puede comprobarse en la sentencia Mazzalai (STJCEE de 20 de mayo de 1976, *cit.*, pp. 665 y 666). La razón está en que el Tribunal aún no había configurado la observancia de tal criterio por parte de los Tribunales nacionales como una obligación. Sin embargo, tras la sentencia Von Colson (STJCE de 10 de abril de 1984, *cit.*, p. 1909), y con fundamento tanto en el art. 189 (obligación de resultado) como en el art. 5 TCEE (principio de cooperación), el TJCE advierte del carácter obligatorio de una interpretación del Derecho interno conforme a la Directiva por parte de los jueces nacionales. Vid., igualmente STJCE de 17 de octubre de 1989, 109/88, *Dans arbejds giverforening, Rec.*, 1989, p. 3226.

prácticas se darán siempre que sea posible la aplicación de tal criterio por la jurisdicción nacional. En aquellos supuestos en que, como ya vimos, el principio de autonomía institucional impida al juez nacional seguir tal criterio, la Directiva no desplegará su «efecto útil» en la aplicación del Derecho interno (98).

Pero, ante esta identidad de resultados que, en la práctica, puede darse entre dos conceptos diferentes como son los de «efecto directo horizontal» y, por otro lado, el criterio de la «*Richtlinienkonforme auslegung*», el justiciable tendrá, a su vez, una doble vía a la que acudir cuando solicite de su jurisdicción nacional la aplicación de la norma interna de trasposición de una Directiva (99). Así, podrá alegar, ante la incorrección de la norma interna de trasposición, su propio defecto y requerir el «efecto directo», si es posible, de tal Directiva. Pero, también, podrá solicitar al Juez nacional que éste, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, realice una interpretación de la legislación interna de desarrollo conforme «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva», obteniendo así un resultado similar al que se lograría en el caso anterior, pero con la ventaja de no quedar sujeta su petición a los límites y condiciones de la doctrina del «efecto directo».

Pero, el problema principal radica en aquellos supuestos en que el Estado incumpliera su deber de ejecución ex artículo 189 TCEE. En estos supuestos, la aplicabilidad del criterio hermenéutico expuesto tiene un alcance diferente. A fin de delimitar la operatividad de tal criterio interpretativo en estos supuestos parece conveniente distinguir dos casos distintos, según que frente al particular se intente hacer valer tal interpretación en su jurisdicción nacional por parte del Estado —en su sentido amplio, tal y como interpreta el término el TJCE— o, por el contrario, se trate de su aplicación en un litigio motivado dentro de relaciones intersubjetivas o entre particulares.

El primer supuesto que hemos de analizar es aquél en que el Estado requiriera la aplicación del criterio de la «*richtlinienkonforme auslegung*»

Sin embargo, puede parecer llamativo que el TJCE en el conocido caso Marshall (STJCE de 26 de febrero de 1986, *cit.*, p. 723), tras rechazar la posibilidad del «efecto directo horizontal», no realizara una interpretación de la Directiva y recordara la obligación del juez inglés de seguir el criterio de la interpretación de su Derecho interno de conformidad con la Directiva. Sobre la Jurisprudencia posterior a este asunto, así como la evolución de diversas soluciones, vid., Prechal, S., «Remedies after Marshall», *CMLR*, 1990, pp. 451 y ss., en especial, pp. 457 y 468.

(98) Parece que puede existir una cierta contradicción en la Jurisprudencia del TJCE al negar el «efecto directo horizontal» y, por otra parte, la afirmación de que el Juez nacional ha de interpretar la legislación interna «a la luz de la letra y finalidad de la Directiva». La negación del «efecto directo horizontal» perseguía el resultado de evitar que tal Directiva creara obligaciones para los particulares. Cfr. SSTJCE de 11 de junio de 1987, Pretore de Saló, *cit.*, p. 2545, y 8 de octubre de 1987; Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3998. Sin embargo, no hay duda de que ese resultado podría conseguirse por vía de interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas. En este sentido, vid., Manín, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 686.

(99) Manín, Ph., «L'invocabilité...», *op. cit.*, p. 677.

ante los Tribunales nacionales para sustanciar un litigio frente a un particular. En tal caso, parece que la Jurisdicción nacional no debería seguir tal criterio si, como consecuencia de una interpretación del Derecho interno de conformidad a la Directiva, se derivara el resultado de crear nuevas obligaciones sobre este particular o agravara su responsabilidad (100).

Mayor complejidad plantea el último supuesto anunciado, esto es, el de la aplicabilidad del criterio hermenéutico analizado en aquellos litigios ante las Jurisdicciones nacionales que tienen su origen en las relaciones intersubjetivas o entre particulares. En definitiva, éste es el supuesto del litigio enjuiciado y que ha dado origen al pronunciamiento del TJCE que venimos comentando. Como ya conocemos, al incumplirse por parte del Estado su deber de trasposición, la Directiva no gozará de «efecto directo» en las relaciones entre particulares. Pero, el TJCE advierte que, en tales supuestos, el juez nacional «está obligado a *hacer todo lo posible* por conseguir el resultado querido por la Directiva mediante la interpretación de la legislación interna de conformidad a aquélla».

Este criterio, como hemos tenido ocasión de comprobar, fue expuesto en una pluralidad de sentencias por parte del TJCE. Sin embargo, entre aquéllas y esta otra sentencia de 13 de noviembre de 1990 hay una diferencia que probablemente sea esencial. En las sentencias anteriormente expuestas se observa, como nota común, que el Estado había traspuesto la Directiva en su Legislación interna. Por ello, el TJCE, primero como facultad, después como obligación que recae sobre los Tribunales nacionales,

(100) Está la conclusión que parece inferirse de las SSTJCE de 11 de junio de 1987, Pretore de Saló, *cit.*, p. 2545, y de 8 de octubre de 1987; Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3988. En esta última sentencia, el Tribunal de justicia advierte que «cette obligation pour le juge national de se référer au contenu de la Directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites dans les principes généraux de droit qui font partie du droit communautaire, et notamment dans ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité», por lo que «une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un Etat membre pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions». Cfr. STJCE de 8 de octubre de 1987; Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3986. En esta sentencia se limita el criterio de interpretación analizado pero, aun cuando el TJCE lo haga con la finalidad de no agravar la responsabilidad penal de un particular, parece que no habría obstáculos para referir válidamente tales límites respecto a otras obligaciones o al agravamiento de responsabilidades de otro tipo (p. ej., civil).

Esta conclusión parece respetuosa con la Jurisprudencia del TJCE, ya que éste advirtió que de la imposibilidad del «efecto directo horizontal» (STJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall, *cit.*, p. 723) se deriva que «une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne devant une juridiction nationale». STJCE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3985. Por otra parte, la solución contraria no vendría a ser muy coherente ya que permitiría al Estado valerse ante su jurisdicción nacional de las disposiciones de una directiva cuya falta de trasposición es a él imputable.

había señalado la obligación de éstos de *interpretar la legislación interna de ejecución de la Directiva de conformidad a ésta* (101).

Sin embargo, el TJCE reitera tal obligación del juez nacional en esta nueva sentencia, teniendo en cuenta que en este supuesto no había mediado aún, la ejecución de la Directiva 68/151 en la Legislación interna española. En este sentido, el TJCE advierte (102) que el Tribunal nacional, al aplicar la legislación interna, «ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva», deberá hacer todo lo posible por interpretar aquélla de conformidad con esta última. Parece, pues, que el TJCE da un alcance nuevo a este criterio hermenéutico, pues el mismo deberá respetarse por el Juez nacional tanto si el Estado ha ejecutado la Directiva como si, por el contrario, aquél hubiera omitido su deber ex artículo 189 TCEE.

No obstante, creo necesario señalar que este criterio interpretativo —tal y como ha sido expuesto— aparece, sin embargo, limitado en la sentencia de 13 de noviembre de 1990 (103). En este sentido, pueden recordarse algunas expresiones que utiliza el TJCE y que muestran la incidencia, en este aspecto, del principio de autonomía institucional (104). Por ello, el

(101) En todas las sentencias del TJCE que hemos ido exponiendo puede comprobarse que el Estado destinatario de la Directiva había traspuesto ésta en su Legislación interna. Quizá ello explica el alcance que, en ocasiones, ha dado el Tribunal a este criterio hermenéutico, como por ejemplo en su STJCE de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, *VJV Centrum*, pendiente de publicación, en donde se afirma que si la directiva «laisse aux Etats membres, pour sanctionner la violation de L'interdiction de la discrimination, la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, elle implique toutefois que, lorsqu'un Etat membre choisit une sanction s'inscrivant en un régime de responsabilité civile, toute violation de L'interdiction de discrimination suffise pour engager, à elle seule, la responsabilité entière de son auteur *sans qu'il puisse être compte des causes d'exonération prévues par le droit national*», Aptdo. n.º 26.

(102) Cfr. Aptdo. n.º 8.

(103) Puede dudarse de la coherencia de este pronunciamiento del TJCE respecto a anteriores sentencias suyas. Así, habrá que recordar como, a juicio del TJCE, la Directiva —*por sí misma, esto es, sin norma interna de trasposición*— no puede crear obligaciones a cargo de un particular o agravar su responsabilidad. (Cfr., STJCE de 8 de octubre de 1987; *Kolpinghuis Nijmegen*, *cit.*, p. 3985.) Ciertamente es que en esta sentencia el TJCE enjuicia la supuesta eficacia de la Directiva no traspuesta cuando la alega el Estado incumplidor frente a un particular, pero, por los términos que en ella se emplean, no parece razonable negar la posibilidad de extender esta limitación a la eficacia jurídica de la Directiva en los supuestos de relaciones horizontales o entre particulares. A mi juicio, tal conclusión podría apoyarse, sin excesivas dudas, en la doctrina sentada en el caso *Marshall* (sentencia ya citada). Sin embargo, los términos empleados por el TJCE en esta Sentencia *Marleasing* —a pesar de una posible incoherencia— rechazan tal posibilidad limitativa en la aplicación del criterio interpretativo expuesto.

(104) El propio Tribunal de Justicia advierte que las obligaciones derivadas de los arts. 5 y 189 que pesan sobre los jueces, deberán ser ejecutados por éstos *en el marco de sus competencias* (Aptado. n.º 8). Por esta razón, el Tribunal nacional «sólo» 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...» (Aptado. n.º 8).

juez español, al aplicar este criterio, efectuará una interpretación de su legislación interna de conformidad con la Directiva siempre que el resultado que alcance le esté permitido por la distribución competencial y las funciones que le ha encomendado su Derecho interno (105).

Pues bien, si estas consideraciones generales las trasladamos al caso concreto podremos llegar a una última conclusión. Desde luego habrá que recordar como el derogado Derecho español de anónimas—que era el aplicable en el litigio planteado ante la jurisdicción nacional— no establecía un régimen de la nulidad de sociedades ni, tampoco, una limitación o tasa-

Hay que hacer notar como tal «limitación competencial» aparece reconocida, de manera expresa, en numerosas sentencias en las que el TJCE se pronuncia sobre el criterio de la «Richtliniekonforme Auslegung». Así, se advierte que la obligación ex art. 189 TCEE «s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles» (STJCE de 10 de abril de 1984; Von Volsón, *cit.*, p. 1909), y también, que el resultado pretendido por la Directiva deberá conseguirse por los Estados miembros «conformément à leurs situations nationales et à leurs systèmes juridiques» (STJCE de 17 de octubre de 1989, Dansk Arbejdsgiverforening, *cit.*, p. 3226).

(105) Comparando la normativa comunitaria e interna en materia de Sociedades, el prof. Fernández de la Gándara advertía que «no existe en nuestro ordenamiento una disposición análoga a la establecida en el artículo 11 (de la Directiva) sobre "nulidad del proceso fundacional", tendente a coordinar la disciplina sobre causas de nulidad, su procedimiento y efectos así como a reconocer la validez de las sociedades de hecho. Resulta, pues, necesario modificar en este punto el Derecho español, refundiendo en un sólo precepto los motivos de nulidad contemplados en la ley y tasando sus causas en los términos que la Directiva previene»; Fernández de la Gándara, L., y Calvo Caravaca, A. L., «Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea», Tecnos, Madrid, 1988, p. 123.

(106) No creo que la conclusión contraria pudiera justificarse en el principio básico de la primacía del Derecho Comunitario respecto a las Directivas. La razón estriba en que este principio de primacía no es contradictorio con el principio de la autonomía institucional, el cual delimita el ámbito del primero pues nos indica las competencias de los distintos órganos estatales en la trasposición de las Directivas. Por ello, el principio de jerarquía fundamentará el efecto directo de la Directiva en las relaciones verticales, pero el mismo no tendrá aplicación cuando, simplemente, el órgano estatal—en nuestro caso, los Tribunales nacionales— no pueda realizar una aplicación de la legislación interna de conformidad con la Directiva, pues el ordenamiento jurídico interno no le habilita para hacer una interpretación *contra legem*. Por supuesto, si el resultado de tal interpretación del Derecho interno de conformidad con al Directiva no es *contra legem*, el juez nacional no sólo estará facultado para hacer tal interpretación sino que, además, estará obligado a llevarla a cabo (arts. 5 y 189 TCEE).

Las afirmaciones anteriores no significan que el principio de jerarquía sólo tenga aplicación cuando la norma comunitaria sea directamente aplicable, esto es, goce de efecto directo. La Directiva puede incidir en la legislación interna, como hemos ido viendo, por vía de su interpretación de conformidad con aquélla. Pero se trata, simplemente, de evitar una actitud poco respetuosa del principio de autonomía institucional so pretexto de la jerarquía de la norma comunitaria.

Por las razones expuestas, puede resultar confusa la mención del principio de jerarquía en las observaciones escritas que presentó la Comisión CE ante el Tribunal de Justicia en este asunto Marleasing. Así, se entiende que «el efecto de dicho mecanismo puede determinar que la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el

ción de las posibles causas de nulidad, por lo que tales cuestiones venían determinadas por la normativa general de los contratos (arts. 1261 y 1275 del Código Civil). El juez español, pues, quedaría sujeto a tal régimen jurídico y su interpretación, aun cuando fuera mediante su conformidad a la Directiva, no podría —a mi juicio— justificar una restricción de las causas de nulidad y su limitación a las enumeradas en el art. 11 de la Directiva 68/151. Una interpretación de tal tipo sería contraria a la Legislación interna española y, de igual manera, a la Comunitaria, pues, aún siendo conforme al texto de la Directiva, no lo sería, sin embargo, respecto al Tratado por violación del principio de la autonomía institucional (106) (107).

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 la Directiva». En realidad, el alcance así formulado del principio de jerarquía no contradice cuanto venimos afirmando. Cuestión distinta —y, a nuestro juicio, no aceptada— es intentar dar un alcance diferente a la jerarquía del Derecho Comunitario afirmando una contradicción con el principio de la autonomía institucional.

(107) El criterio de la «Richtliniekonforme auslegung» puede tener un alcance imprevisto si, tal y como ha sido formulado en esta sentencia de 13 de noviembre de 1990, se relaciona con algún pronunciamiento anterior del TJCE.

En la STJCE de 8 de octubre de 1987 (Kolpinghuis Nijmegen, *cit.*, p. 3987) el Tribunal indica la irrelevancia del plazo de ejecución de la Directiva otorgado a los Estados destinatarios, ya que advierte que respecto a la cuestión «concernant les limites que pourrait poser le droit communautaire a L'obligation ou à la faculté pour le juge national d'interpréter les règles de son droit national à la lumière de la directive, *ce problème ne se pose pas de manière différente selon que le délai de transposition est écoulé ou non*».

Una interpretación de la normativa interna que, con carácter radical, atendiera a estos dos criterios del TJCE, tendría como consecuencia que los plazos dados para la trasposición de las Directivas no gozarían de justificación alguna.