

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 reconoce 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 réglémentations 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 réglémentations 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.

La colación: su ámbito personal y sus efectos. Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Profesor de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

SUMARIO.—1. Introducción.—2. Los hechos.—3. Fundamentos de derecho.—4. Comentario: A) Colación y legítima; conexión y diferencias. Aplicación a la legítima del cónyuge viudo de las instituciones de defensa de la legítima. B) Fundamentos de la colación. C) Sujetos de la colación. D) Extensión al cónyuge viudo. E) Adjudicación compensatoria. F) Modo de realizar la adjudicación compensatoria. G) Frutos e intereses.

1. INTRODUCCION

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989 plantea un interesante supuesto práctico de Derecho de sucesiones al que da solución mediante una justificación teórica que, ya en una primera aproximación, produce cierta perplejidad pues contradice algunos de los postulados que la doctrina tenía por indudables en materia de colación. Por otro lado, también resuelve la Sentencia sobre algunos aspectos de esta institución, en una línea más acorde con la doctrina científica.

Sin perjuicio de la exposición posterior más detenida, el caso es el siguiente: al testador le sobreviven varios descendientes de su primer matrimonio y su segundo cónyuge. En favor de los primeros había realizado donaciones que superan los dos tercios de la masa de computación de la legítima. En el testamento se establece un legado de la totalidad del tercio libre en favor de la viuda.

Lógicamente la viuda pretende recibir completo su legado, y no sólo la cantidad que queda en la herencia. El Tribunal Supremo entiende que para ello tiene derecho a accionar pidiendo la colación de las donaciones hechas a los otros legitimarios, pues considera que la colación se extiende, incluso, a la parte de las donaciones que rebasa la cuota hereditaria que han de recibir los descendientes. Este exceso debe ser restituido por los herederos.

Esta argumentación teórica choca, como he señalado, con varias conclusiones sobre la colación que la doctrina mayoritaria entendía firmes:

En primer lugar, con la afirmación de que para pedir y estar obligado a la colación se ha de tener la cualidad de heredero testamentario o abintestato: en el caso el cónyuge era simple legatario de cuota; en segundo lugar, con la exclusión del conyuge viudo del ámbito subjetivo de la colación; en tercer lugar, con la creencia casi unánime de que la colación no obliga al colacionante que haya recibido por donación más de lo que según su cuota hereditaria le corresponda a restituir a la masa dicho exceso.

Parece, pues, atípico acudir a la figura de la colación para explicar el supuesto. Para defender la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería necesario analizar los tres puntos indicados y demostrar que están mal fundados. Parte de este comuntario se dedicará a debatir si la postura del Tribunal Supremo en esta materia es o no correcta. Además de abordar estas cuestiones, la Sentencia se ocupa de otros aspectos de la colación que resuelve en un sentido compartido por la doctrina común: así, la distinción de la colación respecto de las instituciones de cálculo y defensa de la legítima; el fundamento de la colación; el modo de realizarse (no *in natura* sino por imputación).

Es importante destacar desde el principio que la solución dada por el Tribunal Supremo es probablemente irreprochable, como oportunamente resaltaré, desde el punto de vista de la justicia material: sin embargo, pienso que la justificación teorica podía haberse buscado por otras vías. Creo que no sería erróneo considerar el caso como un ejemplo de colación impropia o voluntaria, más que de colación propia o legal. Colación voluntaria, entiende la doctrina, es la establecida por decisión del causante en un supuesto no expresamente previsto por la ley, o dotándola de unos efectos distintos de los legales. En este caso práctico, los efectos de esta colación atípica vendrían a ser, sustancialmente, los del legado de cosa propia del heredero gravado. Se logra por esta vía, en mi opinión, conservar con nitidez el perfil de la figura jurídica de la colación, a la vez que se atiende a la voluntad testamentaria, que debe ser criterio fundamental de solución.

2. LOS HECHOS

Los hechos que se desprenden de los antecedentes y del primer Fundamento de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989 son los que se relatan a continuación.

El litigio se plantea en la sucesión de don Alfonso L., entre su viuda, doña Concepción G. L., y las hijas del testador, nacidas de anteriores nupcias, Aurora y Policarpa y los hijos de una tercera hija, Catalina, que premurió al causante (nietos, por tanto, de éste).

Don Alfonso había fallecido el 18 de febrero de 1975, bajo testamento abierto otorgado el día 18 de abril de 1974 en el que instituía herederos asus hijas y nietos, éstos últimos por estirpe, y legaba a su esposa la nuda propiedad del tercio de libre disposición, además de reconocerle sobre él el usufructo viudal (en la fecha de apertura de la sucesión, y en la del testamento, estaba vigente el artículo 836 que prescribía en su primer párrafo:

«En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición»). Por tanto, la viuda debía recibir el tercio de libre disposición en plena propiedad.

Durante su vida el testador había realizado dos donaciones: una de ellas de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza, de escaso valor, a una Cofradía. La otra donación fue hecha a sus tres hijas citadas, durante la viudedad de su primer matrimonio, y consistió en la nuda propiedad de trece fincas atribuidas en indivisión, de las cuales se reservó el usufructo vitalicio. A la muerte de una de ellas, Catalina, sus hijos (nietos del donante y demandados) suceden a su madre en la cuota indivisa sobre las 13 fincas.

La primera donación es ratificada en el testamento anteriormente mencionado; respecto a la segunda, en dicho testamento se declara la voluntad de que sea colacionable.

Es de destacar igualmente que los litigantes son los únicos legitimarios del testador.

Como quiera que los bienes que restaban a la muerte del testador no bastan para pagar el legado hecho al cónyuge viudo, éste interpone demanda contra las hijas y los nietos del testador por considerar inoficiosas las donaciones realizadas en su favor. Los demandados se oponen a la demanda.

El Juez de Primera Instancia, número 1 de Murcia dicta Sentencia disponiendo que:

- 1) Los bienes donados por el causante a sus hijas son colacionables.
- 2) Se aprecia un exceso de 3.338.053 pesetas sobre las cuotas legítimas de los herederos en su totalidad o en su conjunto, en perjuicio de la actora, que por ello no puede completar el haber que le corresponde percibir del causante.
- 3) Los bienes donados deben reducirse por inoficiosidad en la cantidad suficiente para cubrir dicho exceso.
- 4) Consecuencia de ello deben cancelarse los asientos e inscripciones registrales practicados en favor de los demandados respecto de las fincas a las que afecte la reducción.

En cuanto a los frutos se establece la obligación de restituir los producidos desde la interposición de la demanda.

Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia, las comunes lo serán por mitad.

Los demandados apelaron la Sentencia anterior, y con fecha de 8 de junio de 1987 la Audiencia Territorial de Albacete dictó Sentencia confirmando la del Juez de Primera Instancia.

Por los apelantes se interpone recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

- 1) Violación de la doctrina jurisprudencial referida al litisconsorcio pasivo necesario, puesto que tratándose de inoficiosidad de donaciones se debió demandar a todos los donatarios, y en el caso no se demanda a la Cofradía donataria de la imagen.

- 2) Violación del artículo 820 del Código Civil, por cuanto no se respeta el orden de reducción de disposiciones inoficiosas. Se estima que

según dicho artículo se reducirían primeramente las disposiciones a causa de muerte y después, si fuera necesario, las donaciones *inter vivos*. En el caso debería reducirse primeramente el legado hecho al cónyuge viudo.

3) Violación del artículo 1045 en cuanto a la valoración dada a los bienes objeto de colación.

4) Violación del artículo 1045 en cuanto a que la colación ha de realizarse mediante aportación contable y no mediante la aportación de las mismas cosas donadas.

El Tribunal Supremo dicta Sentencia rechazando los tres primeros motivos del recurso y admitiendo el cuarto. Por lo cual confirma los dos primeros pronunciamientos del Juez de Primera Instancia y rechaza los contenidos bajo los números tercero y cuarto, los cuales sustituye por la condena a pagar en dinero el exceso antes consignado, con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo del recurso es de orden puramente procesal, pues por la vía del ordinal 5.º del artículo 1692 de la LEC, se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial referente al litisconsorcio pasivo necesario, ya que, según el recurrente, se ha debido demandar a la Cofradía de Penitencia de Nuestro Padre Jesús Nazareno de Alcantarilla (Murcia), donataria de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza. El principio básico del alegado litisconsorcio, consiste en la obligación de traer a los autos a todas aquellas personas a quienes pueda afectar la resolución que se dicte, en íntima relación con el concepto de la cosa juzgada, y para evitar situaciones de indefensión o fallos contradictorios; pero este supuesto doctrinal no coincide en absoluto con el caso que nos ocupa, según veremos a continuación. En los autos se acciona en base de la pretendida obligación de colacionar que corresponde a los herederos del causante; nadie ha ejercitado la acción que autoriza el artículo 655 del Código Civil, ni se ha discutido siquiera la condición de inoficiosa, en el sentido de violadora de legítimas, que pueda tener la donación de la imagen a la Cofradía, incluso es remotamente probable que el valor de esta donación exceda del importe del tercio de libre disposición. Cosa distinta es que, para determinar el importe de las legítimas, y saber lo que se puede o no recibir por testamento (artículos 636 y 654 del Código Civil) haya de tenerse en cuenta, no sólo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones gratuitas realizadas *inter vivos* (reunión ficticia del *donatum* y el *relictum*), cuyo valor contable representará el activo de la herencia, y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios, no legitimarios o extraños (según determina el párrafo segundo del artículo 818 del Código Civil), pero con la salvedad de que la palabra «colacionables» referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del artículo 1035, y que más bien significa «computables». Computabilidad que viene referida exclusiva-

mente a la operación contable para la determinación de si ha existido inoficiosidad, habida cuenta del importe que corresponde a cada uno de los tres tercios de la herencia, pero que en nada afecta a la obligación de colacionar que sólo puede corresponder «al heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean», pero en ningún caso a los donatarios extraños, como ocurre con la pretendida Cofradía; circunstancias que, juntamente con la interpretación de la voluntad testamentaria, que se analiza en el fundamento siguiente, hacen inviable la excepción y el motivo que la contiene.

Tercero.—En el segundo motivo se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 820 del Código Civil, utilizando también el cauce procesal del número 5 del artículo 1692 de la Ley Procesal, y argumentando que el orden legal a seguir en la reducción de disposiciones inoficiosas, actuando en defensa de las legítimas, se hará reduciendo primero las que lo sean por causa de muerte, a prorrata entre ellas, y después las donaciones entre vivos, empezando por las de fecha más reciente; regla que no puede tener aplicación al presente caso, pues la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, como ya se indicó en el anterior motivo, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria. En la demanda se postula una declaración respecto a la obligación que tienen los demandados de colacionar los bienes que recibieron por donación del causante de la herencia, en vida de éste, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello según dispone la ley, y en este caso también la voluntad expresa del testador. En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con lo cual, con toda probabilidad, se hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria. Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el artículo 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito, cesando esta obligación (art. 1036) «si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia», todo ello con independencia, claro está, de que la donación deba reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso par-

ricular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones, figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica, que el Código disponga en el artículo 1037 que «No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas»; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La posición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora G. L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legitimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto de las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieren los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo.

Cuarto.—Los motivos tercero y cuarto los dedica la parte recurrente a denunciar, a través de la idónea vía procesal: la infracción del artículo 1045 del Código Civil, en cuanto entiende que el valor dado a los bienes hereditarios no se corresponde con el que tenían al momento de la donación, pues no se ha deducido el importe del usufructo, y a impugnar los apartados 3.º y 4.º de la Sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en apelación, por decretarse en ellos la traída a la partición de las mismas cosas donadas y no de su valor, con las correspondientes incidencias en las inscripciones registrales. La primera causa de impugnación obligadamente debe desestimarse pues en la Sentencia de primer grado se acepta como hecho probado que «el albacea tuvo suficientemente en cuenta la incidencia del derecho de goce que se reservaba el donante, al restar, al valor total de los bienes, un tanto por ciento atribuible al derecho de usufructo», afirmación que es ratificada en la Sentencia recurrida, y al no combatirse ahora por la vía que señala la Ley de Procedimiento, resulta inamovible. Distinto tratamiento merece la segunda impugnación, pues tanto en la redacción que el artículo 1045 tenía antes de la publicación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, como en la literalidad actual, figura: «que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor», consistiendo la modificación actual solamente, en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación; manteniendo unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para su dueño (artículo 1045, párrafo