CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 4 de febrero de 1998 *

1. Mediante las dos cuestiones prejudiciales que son objeto del presente procedimiento, planteadas por el Efeteio — Athina, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la posibilidad de invocar el abuso de derecho con respecto a una situación jurídica subjetiva conferida por el Derecho comunitario. Más concretamente, el Juez *a quo* pregunta si el principio de abuso de derecho, tal como se define en un determinado sistema nacional, puede aplicarse también en el supuesto de que el derecho invocado esté conferido por disposiciones comunitarias y, en caso de respuesta negativa, si en el caso de autos concurren los requisitos (comunitarios) que permiten determinar que el derecho de que se trata se ejercitó de forma abusiva.

El litigio principal, conviene precisarlo de inmediato, se inscribe en el marco del contencioso surgido en Grecia con motivo de la interpretación y aplicación a hechos relativos a empresas en crisis del artículo 25 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital [1] (en lo sucesivo, «Segunda Directiva»). El Tribunal de Justicia ya está familiarizado con este conflicto, ya que ha tenido ocasión de pronunciarse en varias oportunidades y con la máxima claridad en el sentido de que el artículo 25 de la Segunda Directiva se aplica también a las empresas en crisis sujetas a un régimen especial. [2] En definitiva, en el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, que determine si es posible apartarse de la interpretación que dio al artículo 25 de la Segunda Directiva —y en qué condiciones— cuando concurren los presupuestos establecidos en el Derecho interno para poder invocar debidamente el abuso de derecho. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de examinar esta cuestión, aunque sólo fuera con carácter incidental, en la sentencia Pafitis y otros. [3]

Marco normativo y jurisprudencial

— *Normativa comunitaria*

2. Basta recordar que en el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva se

* Lengua original: italiano.

1 — DO 1977, L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44.

2 — Véanse las sentencias de 30 de mayo de 1991, Karella y Karellas (asuntos acumulados C-19/90 y C-20/90, Rec. p. I-2691); de 24 de marzo de 1992, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias y otros (C-381/89, Rec. p. I-2111); de 12 de noviembre de 1992, Kerafina-Keramische (asuntos acumulados C-134/91 y C-135/91, Rec. p. I-5699), y de 12 de marzo de 1996, Pafitis y otros (C-441/93, Rec. p. I-1347).

3 — Citada en la nota precedente, apartados 67 a 70.

establece que: «Todo aumento del capital deberá ser decidido por la junta general. Esta decisión, así como la realización del aumento del capital suscrito, serán objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE.»

— *Normativa nacional*

3. Mediante la Ley nº 1386, de 5 de agosto de 1983, [4] se instituyó en Grecia el «Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE» (Organismo para la reestructuración de empresas; en lo sucesivo, «OAE»), una sociedad anónima cuyo capital está íntegramente suscrito por el Estado cuyo objeto social consiste en contribuir al desarrollo económico y social del país (apartado 2 del artículo 2). Para ello, el OAE puede, entre otras cosas, asumir la administración y la gestión corriente de empresas en fase de saneamiento o nacionalizadas, asumir participaciones en el capital de empresas, conceder préstamos, emitir obligaciones y transmitir acciones a personas jurídicas de Derecho público y a particulares (apartado 3 del artículo 2).

Con arreglo al apartado 8 del artículo 8 de dicha Ley, durante la administración provisional, el OAE puede decidir también aumentar el capital de la sociedad de que se trate, apartándose de la normativa general aplicable a las sociedades anónimas, que establece la competencia exclusiva de la junta general de accionistas. No obstante, los antiguos accionistas conservan su derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones, derecho que debe ejercitarse dentro del plazo señalado en la decisión ministerial que autoriza el aumento del capital.

4. Además, reviste particular importancia, a los efectos que aquí interesan, el artículo 281 del Código Civil griego, según el cual «queda prohibido el ejercicio de un derecho cuando sobrepase manifiestamente los límites impuestos por su finalidad social o económica o por la buena fe o las buenas costumbres». En efecto, amparándose precisamente en esta disposición, el Estado helénico cuestiona la posibilidad de invocar el artículo 25 de la Segunda Directiva en el caso de autos.

— *La jurisprudencia en la materia*

5. Como queda indicado, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de precisar el alcance y los efectos del artículo 25 de la Segunda Directiva precisamente en relación con la normativa helénica a la que acabo de referirme. En efecto, en respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial que le fueron planteadas en el marco de varios procedimientos entablados por accionistas de sociedades a raíz de aumentos de capital efectuados por vía administrativa, el Tribunal precisó que la competencia para modificar el

4 — Boletín Oficial de la República Helénica nº 107, de 8 de agosto de 1983, p. 14. Las disposiciones de la Ley nº 1386/1983 fueron posteriormente modificadas mediante la Ley nº 1882/1990 (Boletín Oficial de la República Helénica nº A 43, de 23 de marzo de 1990), para conformarlas a las normas de la Segunda Directiva y, en particular, a los artículos 25 y 29. Huelga precisar que los hechos de autos están sujetos a las disposiciones helénicas vigentes antes de las modificaciones introducidas mediante la Ley nº 1882/1990.

capital social corresponde de manera exclusiva a la junta general de accionistas. Concretamente, el Tribunal afirmó, por una parte, que el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva tiene eficacia directa [5] y, por otra, que dicho artículo se opone a la aplicación de una normativa nacional que, teniendo por objeto garantizar el saneamiento de empresas en crisis, permita que se decida el aumento de su capital social mediante un acto administrativo, sin el acuerdo de la junta general de accionistas, [6] sin perjuicio de que los accionistas conserven su derecho de suscripción preferente al emitirse las nuevas acciones. [7] En efecto, la finalidad de garantizar un nivel mínimo de protección de los accionistas en todos los Estados miembros, principal objetivo de la Segunda Directiva, «correría un serio peligro si los Estados miembros pudieran dejar de aplicar las disposiciones de la Directiva, manteniendo en vigor unas normativas, incluso calificadas de especiales o excepcionales, que permiten decidir, mediante una medida administrativa y sin cualquier decisión de la junta general de accionistas, un aumento del capital social que condujera, bien a obligar a los antiguos accionistas a incrementar sus aportaciones, bien a imponerles la entrada en la sociedad de nuevos accionistas, de forma que se redujera su participación en las facultades de decisión de la sociedad». [8]

En otras palabras, como ya tuve ocasión de observar en mis conclusiones en el asunto Pafitis y otros, [9] el Tribunal de Justicia precisó que ni siquiera basándose en una normativa especial tendente al saneamiento de empresas en crisis puede privarse a la junta general de accionistas de la facultad más íntima e irrenunciable, cual es la de modificar el valor del capital, es decir, el patrimonio de la sociedad y, simultáneamente, el de los propios accionistas.

6. Por otra parte, en la sentencia Pafitis y otros, el Tribunal declaró, asimismo, pese a no haberse planteado una cuestión específica a este respecto, que «la aplicación uniforme del Derecho comunitario [...] resultaría menoscabada si se considerara que un accionista que se ampare en el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva abusa de su derecho por el único motivo de ser un accionista minoritario de una sociedad sujeta a un régimen de saneamiento o por haberse beneficiado del saneamiento de la sociedad. En efecto, habida cuenta de que el apartado 1 del artículo 25 se aplica indistintamente a todos los accionistas y con independencia del resultado de un eventual procedimiento de saneamiento, el hecho de calificar de abusivo por tales motivos un recurso fundado en el apartado 1 del artículo 25 equivaldría a modificar el alcance de dicha disposición.» [10]

Esta precisión se hizo necesaria en la medida en que, tal como se desprendía de la resolución de remisión en aquel asunto, la sentencia del Juez comunitario, y con ella la interpretación dada al artículo 25, hubiese

5 — Sentencias Karella y Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias y otros, y Kerafina-Keramische, citadas en la nota 2 *supra*, apartados 23, 38 y 18, respectivamente.

6 — Sentencias Karella y Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias y otros, y Kerafina-Keramische, citadas en la nota 2 *supra*, apartados 26, 33 y 39, respectivamente.

7 — Sentencias Karella y Karellas y Kerafina-Keramische, citadas en la nota 2 *supra*, apartados 36 y 18, respectivamente.

8 — Sentencias Karella y Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias y otros y Pafitis y otros, citadas en la nota 2 *supra*, apartados 26, 33 y 39, respectivamente.

9 — Conclusiones de 9 de noviembre de 1995 (Rec. 1996, p. I-1349), punto 13.

10 — Sentencia Pafitis y otros, citada en la nota 2 *supra*, apartado 70.

quedado sin aplicar si el Juez nacional hubiese llegado a la conclusión de que, en aquel asunto, concurrían los requisitos establecidos en el Derecho nacional para declarar que el derecho conferido por el artículo 25 se había ejercitado de forma abusiva. Antes incluso de excluir que hubiera habido tal abuso en el caso de autos, el Tribunal de Justicia también subrayó expresamente que no era necesario «pronunciarse acerca de si en el marco del ordenamiento jurídico comunitario es lícito aplicar una norma nacional con el objeto de apreciar si un derecho conferido por las disposiciones comunitarias controvertidas se ejerce de forma abusiva», advirtiendo, sin embargo, que «la aplicación de esta norma no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros». [11]

Hechos y cuestiones prejudiciales

7. El procedimiento *a quo* nació de la iniciativa de algunos accionistas que pretendían que se anularan, en la medida en que hubieran sido adoptadas infringiendo el artículo 25 de la Segunda Directiva, las medidas ministeriales mediante las que se aprobó el aumento del capital social. Esta vez, se trata de los accionistas de la sociedad anónima Athinaïki Chartopoïa AE, sociedad que quedó sometida, a partir del 30 de marzo de 1984, al régimen previsto por la Ley nº 1386/1983. El 28 de mayo de 1986, el OAE, que había asumido su gestión, decidió —en el marco de la administración provisional y con arreglo al apartado 8 del artículo 8 de la Ley— aumentar el capital social en 940 millones de DR. Mediante decisión nº 153, de 6 de junio de 1986, el Ministro de Industria, Investigación y Tecnología aprobó el aumento del capital y estableció sus modalidades, previendo, en particular, un derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones a favor de los accionistas, derecho que debía ejercitarse dentro del mes siguiente a la publicación de la decisión en el Boletín Oficial.

Las demandantes no ejercitaron este derecho. En efecto, consideraron que el aumento de capital, decidido de acuerdo con las modalidades que acaban de recordarse, era contrario al apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva. Por tanto, el 10 de noviembre de 1987 interpusieron un recurso ante el Polymeles Protodikeio Athinion en el que solicitaban que se declarara nulo el aumento del capital social. Dicho recurso fue desestimado mediante sentencia nº 5136 de 1988.

8. El 28 de junio de 1989, los accionistas de que se trata interpusieron un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Efeteio — Athina. Mediante auto nº 5943 de 1994, este último órgano jurisdiccional anuló la sentencia del Juez de primera instancia, por ser manifiestamente contraria a la jurisprudencia comunitaria en la materia. [12] En el

11 — Sentencia Pafitis y otros, citada en la nota 2 *supra*, apartado 68.

12 — En efecto, al fundarse en esta jurisprudencia, el propio Juez *a quo* subrayó, en la resolución de remisión, que el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva prohíbe un aumento de capital como el decidido a favor de la sociedad Athinaïki Chartopoïa AE. Concretamente, dicho Juez destacó que de la jurisprudencia comunitaria en la materia se deduce que la disposición de que se trata «está formulada en términos claros y precisos, y establece de forma incondicional una norma que sienta el principio general de la competencia de la junta general para decidir los aumentos de capital, excluyendo a terceros ajenos a dicha junta, como el Ministro, cuyas decisiones son nulas y no generan, en principio, ninguna obligación para las personas físicas o jurídicas interesadas».

mismo auto, y antes de pronunciarse con carácter definitivo, el Efeteio exigió asimismo al Estado helénico, que había propuesto la excepción de abuso de derecho, que aportara la prueba del ejercicio abusivo del recurso de declaración de invalidez entablada por los accionistas con arreglo al artículo 25 de la Segunda Directiva. Por consiguiente, en opinión del Juez nacional la norma general del artículo 281 del Código Civil griego, que sanciona el ejercicio abusivo de un derecho, puede aplicarse incluso en el supuesto de que la disposición invocada ante los órganos jurisdiccionales sea de origen comunitario.

9. Una vez reanudado el procedimiento, el Efeteio procedió a la apreciación de las pruebas aportadas por el Estado helénico en relación con el supuesto ejercicio abusivo del derecho conferido a los accionistas por el artículo 25 de la Segunda Directiva, según las cuales llegó a la conclusión de que en el caso de autos se reunían los requisitos establecidos en el artículo 281 del Código Civil. En efecto, el Juez *a quo* consideró abusivo el ejercicio de dicho derecho por parte de los accionistas demandantes, por ser evidentemente contrario a los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres y la finalidad social y económica del derecho de que se trata.

Así lo demuestran, según el órgano jurisdiccional remitente, una serie de elementos, algunos de carácter objetivo y otros de carácter subjetivo, sumamente reveladores. En particular, el Juez nacional se refiere a la catastrófica situación económica en la que se encontraba la sociedad, seguramente destinada a la quiebra, [13] a las evidentes ventajas que los demandantes obtuvieron gracias a la intervención gubernamental de saneamiento, [14] así como al hecho de que estos últimos no ejercitaran del derecho de suscripción preferente sobre las acciones emitidas con posterioridad al saneamiento.

10. No obstante, el Juez se pregunta si dicha tesis puede considerarse correcta desde el punto de vista del Derecho comunitario. En su opinión, las indicaciones proporcionadas por el Tribunal de Justicia a este respecto en la sentencia Pafitis y otros no responden a esta cuestión, en la medida en que no precisan a quién (el Juez nacional o el Juez comunitario) compete apreciar si el titular de un derecho conferido por una disposición comunitaria lo ha ejercitado de forma abusiva y basándose en las normas y/o principios de qué ordenamiento jurídico (el interno o el comunitario) debe hacerlo.

13 — Sobre este punto, en la resolución de remisión se indica que «en el momento de su inclusión en el régimen especial previsto por la Ley nº 1386/1983 [...] la empresa Athinaïki Chartopoïia AE tenía deudas vencidas contraídas con bancos y otros acreedores por un importe total de aproximadamente 17.203.894.160 DR, atravesaba un grave problema de liquidez a causa de su elevado endeudamiento, no disponía de capital propio y su activo no bastaba para atender sus obligaciones. Habida cuenta de su patrimonio real, el desfase era del orden de más de 3.500 millones de DR. En consecuencia, aún cuando se realizasen dichos activos a los mejores precios de mercado posibles, quedarían sin pagar deudas por la cuantía indicada.»

14 — En particular, el Juez nacional señala, en la resolución de remisión que «en aquellos momentos, el valor de la acción era fundamentalmente negativo, mientras que gracias al aumento de capital por un importe de 940 millones de DR realizado por el OAE y a la posterior conversión de las deudas en acciones, se recuperó la marcha de las actividades y la empresa podrá venderse a terceros en condiciones favorables, que permitirán pagar las deudas y garantizar una compensación económica a los antiguos accionistas, en función del número de acciones que sigan perteneciéndoles».

Desde esta óptica, dicho órgano jurisdiccional estimó necesario, para la resolución del litigio pendiente ante él, solicitar al Tribunal de Justicia que precisara en qué medida y con qué requisitos es posible aplicar el concepto de abuso de derecho también en casos en que la situación jurídica invocada se derive del Derecho comunitario. Más concretamente, planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales formuladas en los siguientes términos:

«1) ¿Puede el Juez nacional aplicar una disposición del Derecho interno (en el presente caso, el artículo 281 del Código Civil), con el fin de apreciar si un derecho conferido por las disposiciones comunitarias controvertidas está siendo ejercitado por la parte litigante de forma abusiva, o existen en el Derecho comunitario otros principios consagrados o reiterados en los que pueda, en su caso, basarse el Juez nacional, y cuáles son?

2) En caso negativo, es decir, si el Tribunal de Justicia se reservase para sí dicha competencia, por ejemplo, en aras de la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias, ¿puede desestimarse una demanda basada en el incumplimiento del apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo fundándose en circunstancias concretas, tal como fueron invocadas por el Estado helénico, parte demandada y apelada, como parte que propuso la excepción, que constituyeron objeto de la prueba a la que se refiere la resolución nº 5943/1994 de este órgano jurisdiccional, y que se han expuesto de manera sucinta en el apartado precedente de esta resolución, o amparándose en alguna de tales circunstancias y, en su caso, en cuáles?»

Sobre la primera cuestión

11. Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que precise si el eventual ejercicio abusivo de un derecho conferido por una disposición comunitaria puede ser apreciado a la luz de las disposiciones pertinentes del Derecho interno o si dicha comprobación debe efectuarse, precisamente porque la situación jurídica invocada tiene origen comunitario, según los principios generales consagrados por el propio ordenamiento jurídico comunitario.

Evidentemente, la cuestión del abuso de derecho está planteada por el órgano jurisdiccional nacional en términos generales, es decir, independientemente de la disposición comunitaria invocada en el presente caso y de la disposición nacional que regula el abuso de derecho en el ordenamiento jurídico interno de que se trata. En efecto, lo que pregunta es si la competencia para pronunciarse sobre la existencia de un abuso de derecho incumbe al Juez nacional y si este último puede, a tales efectos, aplicar las normas de su propio ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, está obligado a fundarse en los principios generales de ordenamiento jurídico comunitario eventualmente pertinentes en la materia, cuya definición corresponde al Tribunal de Justicia.

12. Hay que hacer una primera precisión. Las partes están de acuerdo, por tratarse de un procedimiento prejudicial, en que la competencia para decidir si existe o no un abuso de derecho en el caso de autos incumbe en todo caso al órgano jurisdiccional nacional, independientemente de que la comprobación se efectúe basándose en las disposiciones nacionales o a la luz de criterios comunitarios. Además, ni que decir tiene que, tanto en un caso como en otro, el Tribunal de Justicia mantiene su competencia de interpretación, aunque sea desde perspectivas diferentes, para garantizar que la disposición comunitaria invocada ante los órganos jurisdiccionales sea correctamente interpretada y aplicada.

Por tanto, la cuestión planteada debe interpretarse correctamente en el sentido de que se trata de determinar basándose en las disposiciones de qué ordenamiento jurídico, el nacional o el comunitario, debe comprobarse la existencia de un abuso de derecho. No obstante, para ello es necesario determinar, con carácter preliminar, si el ordenamiento jurídico comunitario permite que la aplicación de sus disposiciones quede condicionada, y en su caso suspendida, en nombre del abuso de derecho.

13. Una vez precisado esto, el punto de partida de dicho examen no puede ser otro que la sentencia Pafitis y otros, [15] en la que este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso totalmente análogo al que hoy nos ocupa. En aquella ocasión, aun matizando que la aplicación de una norma de Derecho nacional sobre el abuso de derecho no puede en ningún caso menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme del Derecho comunitario, lo cierto es que el Tribunal se limitó a comprobar si en aquel caso concurrían los requisitos para considerar que el derecho contemplado en el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva se había ejercitado en forma abusiva. Fundándose en la interpretación de la disposición comunitaria controvertida, el Tribunal respondió negativamente a dicha cuestión.

Como ya he recordado, en esa misma ocasión el Tribunal de Justicia subrayó expresamente que no estimaba necesario determinar si el ordenamiento jurídico comunitario permite o no aplicar una norma nacional con el objeto de apreciar si un derecho conferido por las disposiciones comunitarias controvertidas se ha ejercitado de forma abusiva. Así pues, en definitiva, aun dejando abierta la cuestión de principio, el Tribunal excluyó que la acción de los accionistas, destinada a obtener la invalidez del aumento de capital decidido vulnerando el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva, pudiera calificarse de abusiva; y ello por considerar que la aplicación de una norma nacional como ésa, aun siendo admisible, podría menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

14. Si se traslada dicha solución al caso que nos ocupa, es evidente que la respuesta ha de ser necesariamente la misma, en el sentido de que tanto en un caso como en el otro habría que excluir que el derecho contemplado en el

15 — Recuerdo, por otra parte, que, en la sentencia Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias y otros, citada en la nota 2 *supra*, el Tribunal de Justicia no afrontó este problema, dado que, aunque fue planteado por las partes del litigio principal ante el Tribunal de Justicia, no estaba contemplado en ninguna cuestión prejudicial (apartado 18). A este respecto, véanse también mis conclusiones en dicho asunto (Rec. 1992, p. I-2126), punto 8.

apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva fuera ejercitado de forma abusiva por los accionistas demandantes. No obstante, dicha respuesta, sin lugar a dudas suficiente a efectos de la resolución del caso de autos, podría parecer excesivamente simple, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal que aclare el punto no resuelto en la sentencia Pafitis y otros y, por tanto, que determine si el ordenamiento jurídico comunitario autoriza o no la aplicación de una disposición nacional relativa al abuso de derecho, claro está que cuando se trata de derechos conferidos por disposiciones comunitarias, o si el ejercicio abusivo de un derecho puede controlarse basándose únicamente en criterios comunitarios.

15. Dicho esto, observo, en primer lugar, que admitir que una norma nacional, en el presente caso relativa al abuso de derecho, pueda tener como consecuencia consolidar una violación del Derecho comunitario, en el presente caso la disposición que reserva a la junta general las decisiones relativas al aumento de capital, equivaldría a ignorar el principio fundamental de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno. [16] En efecto, es evidente que de este modo se privaría de efecto a la disposición comunitaria de que se trata en virtud de un principio nacional de Derecho material que se oponga a ella, lo que inevitablemente menoscabaría la plena eficacia y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Un conflicto de esta índole, porque de un conflicto se trata, debe resolverse, en consecuencia, con arreglo al principio de la primacía del Derecho comunitario.

16 — Sobre este particular, véanse, asimismo, mis consideraciones en las conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Pafitis y otros, citada en la nota 2 *supra* (Rec. 1996, p. I-1349), punto 27.

16. Dicha conclusión se ve confirmada por la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en un supuesto en el que el Juez nacional pretendía aplicar el «principio jurídico de iniquidad objetiva», que habría supuesto la no aplicación de una disposición comunitaria. En efecto, el Tribunal no dejó de subrayar que sería contrario al reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros admitir «que una autoridad nacional tenga el derecho e incluso el deber de no aplicar una disposición de Derecho comunitario en el caso de que estime que dicha aplicación conduciría a un resultado que manifiestamente el legislador comunitario hubiera intentado evitar si hubiese considerado dicho caso en el momento de adoptar la disposición controvertida. La aceptación de dicho principio general podría impedir que las disposiciones comunitarias produjeran plenamente sus efectos en los Estados miembros, y menoscabaría el principio fundamental de la aplicación uniforme del Derecho comunitario en toda la Comunidad.» [17]

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya se pronunció en el mismo sentido en una sentencia anterior en la que debía resolver si podía concederse una exención de cánones adeudados en virtud del Derecho comunitario por motivos de equidad, en la que subrayó, por una parte, que la aplicación de una regla de equidad prevista por una legislación nacional puede estar justificada en

17 — Sentencia de 14 de noviembre de 1985, Neumann (299/84, Rec. p. 3663), apartado 25. No obstante, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia añadió que «el Derecho comunitario ofrece a cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros una solución perfectamente conforme al reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. En efecto, dicho órgano jurisdiccional [...] puede dirigirse al Tribunal de Justicia, con arreglo a las disposiciones del artículo 177 del Tratado, para obtener una interpretación de la disposición comunitaria controvertida o, en su caso, una declaración de invalidez de la misma que permita evitar la iniquidad que estime haber comprobado» (apartado 26).

relación con las formalidades aplicables a la percepción de un canon establecido por el Derecho comunitario y, por otra, que «no podría, por el contrario, considerarse tal regla en la medida en que modificara el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la base imponible, a las condiciones de tributación o al importe de un canon establecido por aquél.» [18]

17. En consecuencia, la jurisprudencia que acabo de citar pone de manifiesto que una disposición nacional no puede aplicarse cuando modifica el alcance de la disposición comunitaria de que se trate, es decir, cuando menoscaba su plena eficacia y su aplicación uniforme; en definitiva, cuando pueda obstaculizar la primacía del Derecho comunitario.

Si se observa con atención, el Tribunal de Justicia siguió esta misma lógica en la sentencia Pafitis y otros. En efecto, al afirmar que el apartado 1 del artículo 25 se aplica indistintamente a todos los accionistas y con independencia del resultado de un eventual procedimiento de saneamiento y que, por tanto, «el hecho de calificar de abusivo por tales motivos un recurso fundado en el apartado 1 del artículo 25 equivaldría a modificar el alcance de dicha disposición», [19] el Tribunal de Justicia puso de manifiesto una vez más que la aplicación de una norma o de un principio de Derecho nacional no puede llevar en ningún caso a que el ordenamiento jurídico comunitario «bendiga» una violación de sus disposiciones.

18. Basándose en las consideraciones precedentes, cabe llegar, por tanto, a una primera conclusión: el Derecho comunitario no permite al Juez nacional aplicar una disposición nacional cuando esta última implique una solución no conforme con el Derecho comunitario. Todo indica que esto es lo que sucede en el caso de autos, dado que —tal como se desprende de una reiterada jurisprudencia y como reconoció el propio órgano jurisdiccional nacional en la resolución de remisión— la normativa nacional que se pretende salvaguardar mediante la norma sobre el abuso de derecho es a todas luces contraria al apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva, disposición invocada por los accionistas demandantes precisamente con objeto de impugnar la infracción de que se trata.

Sin embargo, dicha conclusión no constituye una respuesta exhaustiva a la cuestión planteada por el Juez *a quo*, puesto que este último se pregunta asimismo por la existencia de principios comunitarios adecuados para sancionar los supuestos de abuso de derecho. Es cierto que resulta difícil siquiera concebir la existencia de un principio general de Derecho comunitario que implique la negación de un derecho conferido por una disposición comunitaria, en un ámbito por lo demás armonizado como el del Derecho de sociedades de que aquí se trata, frente a una normativa nacional que ha infringido dicho derecho. No obstante, considero obligado,

18 — Sentencia de 28 de junio de 1977, Balkan-Import-Export (118/76, Rec. p. 1177), apartado 5.

19 — Sentencia Pafitis y otros, citada en la nota 2 *supra*, apartado 70.

habida cuenta de los términos y del alcance de la cuestión examinada, efectuar algunas reflexiones a este respecto.

19. Comienzo por recordar que, en la práctica comunitaria, la pertinencia y la aplicación de principios no escritos han adquirido una importancia nada desdeñable, y ello pese a la inexistencia de disposición normativa expresa en dicho sentido. Además de como criterios de interpretación, se trata de principios utilizados fundamentalmente para determinar los límites del ejercicio de las facultades de la Administración frente a sus administrados y, más en general, para determinar la legalidad de un acto o de un comportamiento de una Institución comunitaria o de un Estado miembro.

Tales principios, conviene precisarlo, son simplemente el resultado de su enunciación por parte del Juez, al igual que sucede en la práctica nacional y, por tanto, constituyen principios propios del Derecho comunitario, en el sentido de que no se toman prestados en cada caso de otros sistemas jurídicos. Así pues, aunque a la hora de enunciar y definir principios generales el Tribunal de Justicia se inspira, en definitiva, en las prácticas jurídicas nacionales, siempre adapta el principio concreto de que se trate a las exigencias, al funcionamiento y a los objetivos de la Comunidad.

20. A este respecto, no está de más añadir que el hecho de que la única disposición comunitaria que se remite a los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», sea el artículo 215 del Tratado, tenga un alcance circunscrito al ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y a la definición de la obligación de reparación que de ella se desprende, no debe entenderse, desde luego, en el sentido de que el Tribunal de Justicia no pueda referirse a las prácticas jurídicas nacionales al enunciar y aplicar principios no escritos en el ordenamiento jurídico comunitario. En realidad, la remisión a principios generalmente aceptados constituye una constante de la jurisprudencia comunitaria en la que cabe ver la afirmación de principios generales no escritos. Por otra parte, el propio Tribunal no ha dejado de subrayar expresamente que le corresponde, «en el ejercicio de la misión que le confiere el artículo 164 del Tratado [...] pronunciarse [...] según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros». [20]

En mi opinión, dicha afirmación no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que existen dos categorías diferentes de principios generales, es decir, los propios del ordenamiento jurídico comunitario y aquellos derivados de las prácticas jurídicas nacionales. Desde luego, es cierto que algunos principios tienen su fundamento en las propias normas del Tratado o pueden en todo caso relacionarse con ellas (me refiero, por ejemplo, al principio de proporcionalidad),

20 — Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 27. Véase, además, el apartado 41 de la misma sentencia, en el que el Tribunal afirmó que, a falta de normas escritas, se inspira en los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros también en otros ámbitos del Derecho comunitario distintos del de la responsabilidad extracontractual.

mientras que otros han sido enunciados y definidos por referencia a las prácticas jurídicas nacionales (me refiero, por ejemplo, al principio de protección de la confianza legítima). Sin embargo, no es menos cierto que en ambos casos se trata de principios de los que se ha apropiado el ordenamiento jurídico comunitario, es decir, principios que, una vez identificados, pasan a formar parte integrante del mismo.

21. En consecuencia, a la luz de estas observaciones de carácter general procede preguntarse ahora si, desde el punto de vista del Derecho comunitario, concurren los requisitos para interpretar y/o definir un principio general de Derecho relativo al abuso de derecho. Incluso la doctrina ha abogado recientemente por un resultado de este tipo. [21]

Ahora bien, en mis conclusiones en el asunto Pafitis y otros, aun señalando que el ejercicio abusivo de un derecho por parte de su titular puede ser impugnado en la casi totalidad de los Estados miembros, aunque con reglas y en circunstancias algunas veces diferentes, añadí de inmediato que, en aquel momento, no existía una norma comunitaria en la materia. [22] No he cambiado de opinión, en el sentido de que no considero que, entretanto, se hayan dado las condiciones para «consagrar», en el ordenamiento jurídico comunitario, un principio general en virtud del cual pueda negarse, por abusivo, el ejercicio de un derecho conferido por una disposición comunitaria.

22. Las razones que me llevan a esta conclusión son múltiples. En primer lugar, considero que no existen las condiciones para llegar a una definición común del concepto de abuso de derecho que se inspire en las prácticas jurídicas nacionales. Un análisis, aun aproximativo, de la configuración y el funcionamiento de dicha institución en los diferentes Estados miembros no hace más que confirmarlo.

En efecto, si bien es cierto que la mayor parte de los Estados miembros conoce el concepto de abuso de derecho, [23] no lo es menos que en algunos de ellos dicha categoría jurídica, lejos de tener la condición de un principio general del Derecho, se limita a

21 — Véase Neville Brown, L.: «Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?», en *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht/Boston/Londres, 1994, pp. 511 y ss.

22 — Y fue precisamente ésta la razón por la que llegué a la conclusión de que el Juez nacional puede, en principio, valorar la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho conferido por una disposición comunitaria basándose en su propio ordenamiento jurídico (véanse las conclusiones en el asunto Pafitis y otros, citadas en la nota 16 *supra*, punto 28). Sin embargo, tal como señalé en aquellas mismas conclusiones, dicha apreciación no puede conducir en ningún caso a un resultado contrario al perseguido por la disposición controvertida y, por consiguiente, obstaculizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros: resultado que manifiestamente se produciría en el presente caso (véanse los puntos 30 a 33).

23 — No obstante, debe precisarse que dicha categoría jurídica no está presente en modo alguno, como tal, en los ordenamientos jurídicos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

regular supuestos específicos y precisos previstos en la Ley. [24] A ello se añade el hecho de que el propio contenido y las modalidades de aplicación de este «principio» varían sensiblemente de un Estado a otro. [25]

23. Desde luego, no se me escapa que semejante estado de cosas no es, en modo alguno, determinante. A este respecto, basta recordar, en efecto, además de lo que ya se ha dicho, que, la consideración de un principio general a nivel comunitario no requiere necesariamente que el principio de que se trate esté presente en todos los ordenamientos jurídicos nacionales y responda a los mismos requisitos y modalidades de aplicación. En efecto, se trata de principios que se incorporan al sistema comunitario y que, por tanto, adquieren su propia autonomía en función de la estructura y de los objetivos de dicho sistema.

La imposibilidad de alcanzar una definición común y, simultáneamente, precisa y detallada del abuso de derecho mediante una remisión a los principios generales comunes a todos los Estados miembros, pese a ser importante, no es, sin embargo, el único motivo que me lleva a negar la posibilidad de definir semejante principio en el ordenamiento jurídico comunitario. En efecto, considero que las propias características y la razón de ser de un principio relativo al abuso de derecho ponen de manifiesto que se trata de una categoría jurídica que tiene un lugar seguro, o cuando menos fundado, en los ordenamientos jurídicos consolidados, pero no tanto en un sistema, como el comunitario, en el que el proceso de evolución hacia la integración está lejos de poder considerarse concluido. De un modo más general, considero que el riesgo de encontrar una laguna en el sistema —que, en definitiva, es lo que pretende soslayar el principio del abuso de derecho, al igual que todas las denominadas normas de integración— es mucho menor o está del todo ausente en un sistema jurídico como el comunitario, en el que la labor de interpretación del Juez y la práctica en general consiguen adaptar el sistema a las exigencias del cuerpo social con mayor facilidad y rapidez.

24. Dicho esto, también es verdad que todo ordenamiento jurídico que aspire a una mínima exhaustividad debe contener las medidas, por así decirlo, de autoprotección para evitar que los derechos que confiere sean ejercitados de forma abusiva, excesiva o distorsionada. Semejante exigencia no es en modo alguno ajena al Derecho comunitario, hasta el punto de que ha sido reconocida en varias ocasiones en la jurisprudencia de este Tribunal.

Me refiero, sobre todo, a esa línea jurisprudencial consolidada en virtud de la cual «las facilidades creadas por el Tratado no pueden

24 — Este es el caso, por ejemplo, del ordenamiento jurídico italiano, en el que el concepto de abuso de derecho se refiere únicamente al derecho de propiedad (artículo 833 del Código Civil). Asimismo, aun suponiendo que, conceptualmente, pueden englobarse en el concepto de abuso de derecho los supuestos en los cuales los ordenamientos jurídicos del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca sancionan determinados comportamientos, se trata en todo caso de supuestos circunscritos a determinadas materias.

25 — A este respecto, procede señalar, precisando que se trata, en todo caso, de una simplificación, que en algunos ordenamientos jurídicos el abuso de derecho tipifica un comportamiento que excede de los límites del ejercicio del derecho de que se trate (Bélgica, España, Luxemburgo y Portugal), mientras que en otros se refiere a un comportamiento contrario a la buena fe y a las buenas costumbres (Alemania, Grecia y Portugal). Además, mientras que en algunos ordenamientos jurídicos la determinación del ejercicio abusivo de un derecho se funda únicamente en elementos objetivos (Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Grecia, España y Portugal), en otros se requiere la presencia de elementos subjetivos, en particular, la intención de perjudicar a otras personas (Italia y, según una parte de la doctrina, Francia).

dar lugar a que personas que gozan de las mismas eludan abusivamente la aplicación de las legislaciones nacionales o a que los Estados miembros se vean en la imposibilidad de adoptar las medidas necesarias para impedir tales abusos». [26] Asimismo, el Tribunal ya tuvo ocasión de precisar que los ordenamientos jurídicos nacionales pueden negar la posibilidad de invocar el Derecho comunitario en el caso de que se haya probado la existencia de fraude de ley en el comportamiento de la persona que invoque un derecho conferido por una disposición comunitaria. [27]

25. De un modo más general, procede recordar la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual «aunque los órganos jurisdiccionales nacionales, basándose en elementos objetivos, puedan tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento del interesado a fin de denegarle, en su caso, el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas, al apreciar este comportamiento, deben tomar no obstante en consideración los objetivos perseguidos por las disposiciones de que se trate». [28]

Por consiguiente, en definitiva, el Tribunal de Justicia tan sólo reconoce al Juez nacional la posibilidad de sancionar una utilización desviada o excesiva del Derecho comunitario cuando no se vean afectadas las finalidades perseguidas por dicha norma y, en particular, en los casos en que la disposición invocada sea sólo «aparentemente» la que regula los hechos de que se trate o cuando la situación del titular del derecho invocado ante los órganos jurisdiccionales sólo sea «aparentemente» conforme a los preceptos de la disposición de que se trate. Ello significa, si se observa bien, que el Tribunal de Justicia se reserva para sí, como debe ser, la delimitación del ámbito esencial del Derecho comunitario controvertido, es decir, de los límites inherentes a la situación jurídica subjetiva de que se trata. Por consiguiente, tan sólo se admite la posibilidad de negar el derecho a invocarlo cuando se demuestre que se han excedido dichos límites. Desde esta perspectiva, la cuestión del abuso de derecho eventualmente alegada basándose en normas del ordenamiento jurídico nacional acaba por

26 — Sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265), apartado 24. En el mismo sentido, véanse, entre otras, las sentencias de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299), apartado 13; de 7 de febrero de 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399); de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 22; de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487), apartado 12 y, como más reciente, la sentencia de 5 de octubre de 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795), apartado 21.

27 — Este es el caso de la sentencia de 3 de marzo de 1993, General Milk Products (C-8/92, Rec. p. I-779), en la que el Tribunal de Justicia declaró que, «sólo cabría otro resultado si se hubiera probado que la importación y la reexportación de estas partidas de queso no se realizaron en el marco de transacciones comerciales normales, sino con el único objeto de *obtener abusivamente* MCM [...] Corresponde al órgano jurisdiccional nacional efectuar las apreciaciones de hecho necesarias para comprobar la realidad de estas transacciones» (apartado 21; el subrayado es mío). También fue éste el caso de la sentencia de 27 de septiembre de 1989, Van de Bijl (130/88, Rec. p. 3039), apartado 26, en la que el Tribunal de Justicia reconoció que el Estado miembro de acogida no está obligado por un certificado que acredite que la persona que la presente ha cubierto un período de actividad profesional en el Estado miembro de procedencia, «si resulta probado que, a lo largo de ese mismo período, esa misma persona ejerció actividades profesionales en el territorio del Estado miembro receptor» (apartado 27). Desde la misma perspectiva, véase, asimismo, la sentencia de 2 de mayo de 1996, Paletta II (C-206/94, Rec. p. I-2357), en la que el Tribunal afirmó que la disposición comunitaria invocada en aquel asunto «no se opone a que el empresario pueda aportar elementos de prueba, que, llegado el caso, permitan al órgano jurisdiccional nacional declarar la existencia de un *comportamiento abusivo o fraudulento* derivado del hecho de que el trabajador no ha estado enfermo, aunque haya conseguido presentar un certificado que acredite la incapacidad laboral expedido de conformidad con el artículo 18 del Reglamento nº 574/72» (apartado 27; el subrayado es mío).

28 — Sentencia Paletta II, citada en la nota precedente, apartado 25. En dicho asunto, el Tribunal afirmó que la supuesta existencia de un comportamiento abusivo por parte del titular de la situación jurídica conferida por el Derecho comunitario no puede en ningún caso llevar a exigir al trabajador que pruebe, mediante medios adicionales y distintos a los exigidos por la disposición comunitaria aplicable al caso de autos, el carácter efectivo de la enfermedad. Y ello precisamente porque, de ese modo, se acabaría por vaciar de contenido la finalidad de dicha norma, que consiste precisamente en permitir al trabajador que caiga enfermo en otro Estado miembro limitarse a presentar un certificado médico emitido por las autoridades competentes de dicho Estado. Por tanto, si bien se mira, el supuesto considerado en aquel asunto no era un abuso de derecho en el sentido correcto de dicha expresión, sino un fraude.

transformarse, en presencia de una situación jurídica conferida por el Derecho comunitario, en una cuestión de interpretación de la normativa comunitaria de que se trata.

26. En mi opinión, semejante lectura de la jurisprudencia que se acaba de recordar se ve confirmada por una sentencia reciente en la que el Tribunal de Justicia se pronunció expresamente sobre la existencia de un ejercicio abusivo del derecho. En dicho asunto, un trabajador turco pretendía prolongar su residencia en Alemania pese a que había declarado expresamente que volvería a Turquía después de un período de formación profesional en el primero de ambos Estados, y tras haber obtenido un permiso de residencia temporal de las autoridades competentes como consecuencia y supeditado a dicha declaración; para ello, invocaba la disposición «comunitaria» pertinente. [29] La respuesta del Tribunal de Justicia fue clara y precisa en el sentido de que «el hecho de que un trabajador turco quiera prolongar su estancia en el Estado miembro de acogida, a pesar de haber aceptado expresamente su limitación, no es constitutivo de abuso». A continuación, añadió que la circunstancia de que este trabajador haya manifestado su intención de regresar a Turquía después de haber desempeñado en el Estado miembro de acogida una actividad por cuenta ajena destinada a perfeccionar su capacitación profesional sólo podría privar al interesado de los derechos que le reconoce el apartado 1 del artículo 6 de la Decisión nº 1/80 del Consejo de asociación CEE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980, «si el órgano jurisdiccional nacional comprobara que esta declaración se había hecho *con el único objetivo de inducir [...] a expedirle indebidamente* los permisos de trabajo y de residencia en el Estado miembro de acogida». [30]

Por tanto, el Tribunal de Justicia procedió de nuevo, con carácter preliminar, a definir la finalidad de la norma de que se trataba y determinar sus límites intrínsecos, para permitir después al Juez nacional excluir la posibilidad de invocarla únicamente en el caso de que dichos límites hubiesen sido excedidos, en aquel asunto si se demostraba el comportamiento fraudulento del trabajador.

27. En consecuencia, este Tribunal ha admitido hasta el presente que cada ordenamiento jurídico nacional puede aplicar sus propias normas de Derecho común (ya se trate de normas que sancionan el «fraude de la ley», la «simulación» o, por qué no, el propio «abuso de derecho») para denegar la posibilidad de invocar disposiciones comunitarias en supuestos bien definidos en los cuales, en última instancia, dichas disposiciones no pretenden aplicarse y, por tanto, no pueden afectar negativamente a la aplicación uniforme del Derecho comunitario. En tales supuestos, lo repito, puede resultar en todo caso necesaria la intervención interpretativa del Tribunal de Justicia para definir los objetivos y los límites de la norma de que se trate

29 — Sentencia de 30 de septiembre de 1997, Günaydin (C-36/96, p. I-5143). Más concretamente, la cuestión que se había planteado al Tribunal de Justicia era la siguiente: «¿A un derecho subjetivo con arreglo al apartado 1 del artículo 6 de la Decisión nº 1/80 puede oponérsele la objeción de que constituye un abuso de derecho cuando el trabajador turco haya manifestado expresamente su voluntad de regresar a Turquía una vez finalizada la preparación para la actividad que ha de desempeñar allí y las autoridades de extranjería hayan autorizado su residencia transitoria exclusivamente en atención a esta declaración?»

30 — *Ibidem*, apartado 61; el subrayado es mío.

y evitar que se desatiendan las exigencias que el Derecho comunitario pretende salvaguardar, exigencias que, en el caso que nos ocupa, están relacionadas con el proceso de armonización en el ámbito del Derecho de sociedades.

En conclusión, considero que, por ahora, no existe en el ordenamiento jurídico comunitario un principio general de Derecho comunitario que sancione el ejercicio abusivo de un derecho conferido por este mismo Derecho y que, aun suponiendo que tal principio exista, en todo caso no puede aplicarse de tal modo que tenga como resultado «avalar» una infracción de una normativa comunitaria, como de otro modo sucedería en el presente caso. Teniendo en cuenta la formulación de la cuestión examinada, añado, por último, que tampoco es posible referirse, en este caso, a los principios consolidados del Derecho comunitario, como los principios de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. Lo cierto es que tampoco me parece concebible que dichos principios puedan ser utilizados para hacer inoperante la protección que garantiza el Derecho comunitario a los particulares, así que menos aún para «bendecir» y consolidar una infracción comprobada del apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva.

Sobre la segunda cuestión

28. Mediante la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia —en el supuesto de que no sea competente para apreciar la existencia de un abuso de derecho basándose en las disposiciones de su ordenamiento jurídico, lo que supondría que el abuso de derecho podría ser sancionado exclusivamente en el ámbito del Derecho comunitario y por el Juez comunitario— si, en el caso de autos, concurren o no los presupuestos para considerar que el derecho conferido a los accionistas por el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva se ha ejercitado de forma abusiva.

Teniendo en cuenta la conclusión a la que he llegado con respecto a la primera cuestión, no me parece que proceda pronunciarse sobre este punto. Por otra parte, el problema relativo a la aplicación de la norma griega en materia de abuso de derecho para impedir la invocación ante los órganos jurisdiccionales del apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva ya fue examinado y resuelto por el Tribunal en la sentencia Pafitis y otros. [31] Por consiguiente, me limitaré a unas breves consideraciones.

29. Según el órgano jurisdiccional griego, la pretensión de los accionistas de oponerse a un aumento de capital constituye un abuso de derecho en la medida en que, en primer lugar, dichos accionistas obtuvieron ventajas económicas y, en segundo lugar, los demandantes no hicieron uso de su derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones emitidas con ocasión del aumento de capital.

31 — Citada en la nota 2 *supra*, apartado 70.

30. Ahora bien, en la medida en que el abuso de derecho está relacionado con la situación de crisis financiera en la que se encontraba la sociedad, me parece que el objetivo de las partes apeladas en el litigio principal no era tanto impugnar el ejercicio del derecho de los accionistas como la propia disposición de la Directiva, que, como ha reiterado en varias ocasiones este Tribunal, no permite ningún aumento de capital que no haya sido decidido por la junta general, ni siquiera cuando se trata de empresas en crisis sometidas a un régimen especial. Evidentemente, las pruebas aportadas por el Gobierno helénico, todas ellas referidas a la situación de crisis en la que encontraba la sociedad, no pueden considerarse idóneas para calificar de un modo mejor y no de otro el comportamiento de los accionistas que sufrieron el aumento de capital.

Por lo demás, para confirmar en mayor medida aún esta conclusión, no hay que subestimar el hecho de que el resultado de las medidas de saneamiento no es previsible *a priori* y que, por tanto, sería arbitrario apreciar *ex post* la intención de los accionistas, en particular, a la luz de los resultados positivos obtenidos gracias a la intervención gubernamental. En todo caso, sería insólito basar el carácter abusivo del ejercicio de un derecho en el hecho de que la intervención en el capital de la sociedad condujera a una mejora de la situación patrimonial de la sociedad, es decir, precisamente en el logro del principal objetivo perseguido por el aumento del capital social.

31. Tampoco me parece posible imputar a los demandantes un ejercicio abusivo del derecho conferido por la disposición comunitaria por el hecho de no haber ejercitado el derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones emitidas con ocasión del aumento del capital controvertido.

Sobre este particular, considero suficiente limitarme a observar que el ejercicio del derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones habría supuesto, por parte de los accionistas, avalar la decisión de aumentar el capital sin la aprobación de la junta, decisión que los accionistas impugnaron precisamente porque infringe el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva. En estas circunstancias, sería por lo tanto insólito, si no paradójico, calificar de abusivo el ejercicio del derecho conferido a los accionistas por dicha disposición, cuando estos últimos intentaron reaccionar ante la infracción de dicho derecho, infracción que se concretó en el aumento del capital social por vía administrativa y, por ende, sin su consentimiento. En efecto, de otro modo, se modificaría el alcance de la disposición comunitaria de que se trata: en consecuencia, se produciría un resultado distinto del perseguido por el Derecho comunitario mediante la armonización de las disposiciones en materia de Derecho de sociedades de que se trata.

Conclusión

32. En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Efeteio — Athina:

«1) El Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición interna que permita al Juez nacional apreciar si un derecho conferido por una disposición comunitaria ha sido ejercitado por el interesado en forma abusiva, siempre que de ese modo se menoscabe la plena eficacia y la aplicación uniforme de dicha disposición. Al efectuar dicha apreciación, el Juez nacional no puede fundarse tampoco en los principios generales del Derecho comunitario.

2) El ejercicio del derecho conferido a los accionistas por el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, en virtud del cual el aumento de capital debe ser decidido exclusivamente por la junta general, no puede calificarse de abusivo basándose únicamente en que estos accionistas hayan obtenido ventajas del aumento de capital, decidido vulnerando dicha disposición, o no hayan hecho uso de su derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones.»