CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 12 de julio de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo ha solicitado al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968 [1] (en lo sucesivo, «la Primera Directiva»).

Contexto

2. Esta solicitud se suscitó en el marco de un litigio entre Marleasing SA, parte demandante, y cierto número de demandados, entre los que figura La Comercial Internacional de Alimentación SA (en lo sucesivo, «La Comercial»). Esta última fue constituida bajo la forma de sociedad anónima por tres personas, entre las que se encuentra la sociedad Barviesa, que aportó su patrimonio. Marleasing, que es un importante acreedor de Barviesa, sostiene que, en realidad, La Comercial fue constituida solamente por Barviesa y que los otros dos fundadores eran hombres de paja. Según Marleasing, La Comercial fue constituida con la única finalidad de sustraer el activo de Barviesa a la acción de sus acreedores. Remitiéndose a las disposiciones del Código civil español relativas a la validez de los contratos, concretamente a los artículos 1261 y 1275, que no reconocen eficacia a los contratos sin causa o con causa ilícita, Marleasing solicitó, con carácter principal, que se declarara la nulidad por simulación del contrato de sociedad y de la escritura de constitución de La Comercial por falta de causa (lícita). Con carácter subsidiario, Marleasing solicitó la rescisión del referido contrato y escritura de constitución, por haberse celebrado y otorgado en fraude de acreedores, y con carácter también subsidiario que se declarara por los mismos motivos la rescisión de la aportación de Barviesa en el patrimonio de la sociedad.

En su escrito de contestación, La Comercial invoca, entre otros, el artículo 11 de la Primera Directiva, que contiene una enumeración taxativa de los únicos casos en que podrá declararse la nulidad de una sociedad. La falta de causa (lícita), que constituye el motivo alegado con carácter principal por Marleasing, no figura en dicha enumeración. Por consiguiente, no puede declararse la nulidad de la sociedad.

3. El Juez remitente estima que este asunto plantea el problema del efecto directo de una directiva que todavía no ha sido desarrollada por un Estado miembro en su Derecho nacional. Recuerda que, en virtud del artículo 395 del Acta de adhesión, [2] el Reino de España estaba obligado desde el momento de su adhesión a dar cumplimiento a la Primera Directiva. Sin embargo, el Juez remitente hace constar que, en la fecha de la resolución de remisión, esto todavía no se

* Lengua original: neerlandés.

1 — Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3).

2 — Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados (DO 1985, L 302, p. 23).

había producido.[3] En estas circunstancias, el Juez remitente planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial de interpretación:

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

4. El Juez remitente da por sentado, con razón, que la forma jurídica con la que fue constituida La Comercial, a saber, la de sociedad anónima, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Primera Directiva.[4] También estima, acertadamente, que esta Directiva solamente autoriza la declaración de nulidad de semejante sociedad en los casos enumerados en el apartado 2 del párrafo primero del artículo 11. Del último párrafo del artículo 11 resulta patente que se trata de una enumeración taxativa de casos de declaración de nulidad:

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

Por consiguiente, la cuestión del efecto directo de la Primera Directiva puede ser importante para resolver el fondo del litigio principal. En primer lugar, examinaré —brevemente— esta pregunta y responderé negativamente. Sin embargo, mi respuesta negativa no obsta para que, con todo, la Directiva deba servir de criterio para interpretar el Derecho nacional (véanse más adelante los puntos 7 y siguientes), pero ello, naturalmente, sólo dentro del alcance de su ámbito de aplicación (véase más adelante el punto 12).

Las disposiciones de las directivas no pueden invocarse como tales contra un particular

5. En la sentencia Becker,[5] el Tribunal de Justicia declaró que, cuando una disposición de una directiva es incondicional y suficientemente precisa, los particulares pueden invocarla frente a un Estado miembro que no haya adaptado su Derecho nacional a dicha directiva en el plazo señalado. A esto el Tribunal añadió en la sentencia Marshall,[6] que esta posibilidad sólo cabe frente al Estado miembro afectado y a los organismos de dicho Estado. De esta tesis del Tribunal de Justicia se deriva

«que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un *particular* y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra *dicha persona*» (Marshall, apartado 48, la cursiva es mía).

3 — Entretanto el legislador español ha aprobado la Ley 19/1989, de 25 de julio de 1989, por la que se adapta la legislación mercantil a las Directivas CEE (BOE nº 178, de 27 de julio de 1989). Posteriormente, las disposiciones relativas a las sociedades anónimas han sido coordinadas en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989 (BOE nº 310, de 27 de diciembre de 1989). Los artículos 34 y 35 de este Decreto regulan la nulidad de la sociedad anónima de acuerdo con el régimen de nulidades de la Primera Directiva. El Juez nacional deberá decidir si estas últimas disposiciones son relevantes para el litigio principal, cuestión que no procede examinar aquí.

4 — Véase el artículo 1 de la Primera Directiva tal como fue adaptado por el Acta de adhesión, según el cual para España estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva las siguientes formas de sociedades: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

5 — Sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. 1982, p. 53, apartados 23 a 25).

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

Desde entonces, se ha confirmado reiteradamente esta postura, recientemente en la sentencia Busseni.[7]

6. En el presente asunto, La Comercial alega en su defensa contra la pretensión principal de Marleasing una disposición de la Directiva, a saber, el mencionado artículo 11 de la Primera Directiva, que, en la fecha de la resolución de remisión, todavía no había sido desarrollada en la legislación española. La prohibición, expresada en dicho artículo, de declarar la nulidad de una sociedad por otros motivos que los enumerados en dicho artículo es, sin duda alguna, incondicional y suficientemente precisa para poder ser aplicada, en principio, directamente. Sin embargo, en el litigio principal, La Comercial no puede invocar contra Marleasing esta disposición de la Directiva, habida cuenta de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, no existe indicio alguno de que Marleasing actuara como institución o como autoridad del Estado, incluso tampoco en la amplia acepción que el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto todavía hoy.[8]

La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con la directiva

7. Aunque no se pueda invocar una disposición de una directiva frente a un particular, no obstante, el Juez nacional también estará obligado, según declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Von Colson y Kamann,[9] a «al aplicar el Derecho nacional y, en particular, las disposiciones de una Ley especial adoptada para cumplir la Directiva, el Juez nacional estará obligado [a interpretarla] a la luz del texto y del objetivo de la Directiva, para conseguir el resultado aludido en el párrafo tercero del artículo 189».

Esta obligación de los Tribunales nacionales, confirmada reiteradamente,[10] de interpretar su legislación nacional de conformidad con una directiva no entraña que se dé a una disposición de una directiva cualquier efecto directo entre particulares.[11] Al contrario, son las disposiciones nacionales mismas las que, interpretadas de un modo conforme con la directiva, tienen efecto directo.

8. La obligación de interpretación conforme con una directiva surge siempre que cabe interpretar en alguna medida la disposición legal nacional.[12] En tal caso, el Juez nacional, tomando en consideración los métodos de interpretación habituales en su sistema jurídico, deberá dar prioridad a aquel método que le permita dar a la correspondiente dis-

7 — Sentencia de 22 de febrero de 1990, CECA/Busseni (C-221/88, Rec. 1990, p. I-495).

8 — Véanse al respecto mis conclusiones de 8 de mayo de 1990 en el asunto Foster (sentencia de 12 de julio de 1990, C-188/89, Rec. 1990, pp. I-3313 a I-3326) y, con carácter más general, mis conclusiones de 30 de enero de 1990 en el asunto Barber (sentencia de 17 de mayo de 1990, C-262/88, Rec. 1990, pp. I-1889 a I-1912).

9 — Sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. 1984, p. 1891, apartado 26). Véase también la sentencia de la misma fecha en el asunto Harz, 79/83, Rec. 1984, p. 1921, apartado 26.

10 — Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. 1986, p. 1651, apartado 53), sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. 1987, p. 3969, apartado 12), sentencia de 20 de septiembre de 1988, Gebroeders Beentjes, (31/87, Rec. 1988, p. 4635, apartado 39) y sentencia de 7 de noviembre de 1989, Nijman (125/88, Rec. 1989, p. 3533, apartado 6).

11 — Por ello, la correspondiente disposición de la Directiva no tiene por qué ser «incondicional y suficientemente precisa» para servir de criterio de interpretación: también en este sentido las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en los asuntos Dekker y Hertz, de 14 de noviembre de 1989 (punto 15), sentencias de 8 de noviembre de 1990, C-178/88, Rec. 1990, pp. I-3941 a I-3956, y C-179/88, Rec. 1990, p. I-3979.

12 — Sobre esta obligación véase entre otros Y. Galmot y J. C. Bonichot, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national», *Revue française de droit administratif*, 1988, pp. 1 y ss., especialmente pp. 20 y ss.

posición de Derecho nacional un significado que sea conforme con la Directiva. [13]

Bien es verdad que la obligación de interpretación conforme con la Directiva se ve limitada por el Derecho comunitario mismo, del que forma parte la Directiva, y, en particular, por los principios de seguridad jurídica y de prohibición de retroactividad, que también forman parte del Derecho comunitario. En procedimientos penales, por ejemplo, semejante interpretación no puede dar lugar a una responsabilidad penal que no haya sido establecida por una ley nacional dictada en cumplimiento de la Directiva. [14] *Mutatis mutandis* opino que una directiva, por su propio efecto —es decir, sin ley nacional que la desarrolle— tampoco puede introducir en el Derecho nacional una sanción de Derecho civil tal como la nulidad. Sin embargo, éste no es el caso en el presente asunto; aquí se trata más bien de una disposición de una directiva que *excluye* determinadas causas de nulidad.

9. En la mayoría de los casos, la cuestión de la interpretación conforme con una directiva surgirá en relación con disposiciones de Derecho nacional que desarrollen específicamente la directiva de que se trate. Véanse también en este sentido el asunto Von Colson y Kamann y los asuntos citados en la nota 10.

Sin embargo, no hay motivo alguno para limitar a esta hipótesis la exigencia de la interpretación conforme con una directiva. [15]

En mi opinión, ello se deduce de la argumentación elaborada por el Tribunal de Justicia como fundamento de esta exigencia. Esta argumentación se basa efectivamente en la consideración de que los órganos jurisdiccionales, al igual que los demás órganos de los Estados miembros, están obligados en virtud del artículo 5 del Tratado CEE a perseguir el resultado propuesto por la directiva con *todas* las medidas apropiadas al efecto que sean de su competencia. Además, la Directiva de que se trata, por formar parte del Derecho comunitario, en principio prevalece sobre *todas* las disposiciones de Derecho nacional. Esto es válido, especialmente, cuando se trata de disposiciones nacionales que, como en el presente asunto, tengan relación con el ámbito regulado por la Directiva, aunque hayan sido adoptadas con anterioridad y, por consiguiente, no hayan sido especialmente adoptadas en cumplimiento de la Directiva. [16] ¿No es éste, por otra parte, un asunto resuelto, dado que el Tribunal de Justicia en la sentencia Grimaldi [17] ha declarado que el Juez nacional está obligado a tomar en consideración recomendaciones no vinculantes cuando interprete disposiciones nacionales, aunque éstas no hayan sido dictadas para desarrollar dicha recomendación?

10. Apliquemos lo que precede a la presente cuestión. Por no haber sido adaptada, en el momento de los hechos, la legislación española a la Primera Directiva y por faltar en la Ley española de sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951, un régimen específico de nulidades de dichas sociedades, según la

13 — Un ejemplo reciente: la sentencia Litster de la House of Lords, de 16 de marzo de 1989, (1989) 1 All ER 1134.

14 — Sentencia antes citada de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, apartado 13).

15 — Así también mis conclusiones de 30 de enero de 1990 en el asunto Barber, antes citado (C-262/88, punto 50).

16 — Si se trata de disposiciones nacionales dictadas con anterioridad, normalmente la interpretación de conformidad con la Directiva será aplicable una vez expirado el plazo de adaptación señalado en la Directiva (o incluso desde el momento de la entrada en vigor de la Directiva: véase la sentencia antes citada Kolpinghuis Nijmegen, apartados 15 y 16). Los hechos acaecidos con anterioridad a dichas fechas continuarán estando regulados por las disposiciones nacionales interpretadas (todavía) de forma no conforme con la Directiva. En el presente caso, no obstante, la sociedad controvertida, La Comercial, fue constituida en un momento, a saber el 7 de abril de 1987, en el que ya había expirado el plazo de adaptación a la Primera Directiva señalado para España (a saber, el 1 de enero de 1986).

17 — Sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, Rec. 1989, p. 4407).

doctrina mayoritaria,[18] se aplican por analogía las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos. Según esto, Marleasing ha basado su pretensión principal de que se declare nula la escritura de constitución de La Comercial en los artículos del Código civil español, según los cuales los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno.

Así pues, el Juez nacional se ve confrontado —así lo entiendo— con un problema de interpretación de la Ley de sociedades. Surge pues la pregunta de hasta qué punto las causas de nulidad del Derecho común pueden aplicarse por analogía a las sociedades anónimas. Pues bien, opino que del razonamiento expuesto en los puntos anteriores se deduce que el requisito de una interpretación conforme con la Directiva se opone a que se apliquen las normas de Derecho común relativas a la nulidad de las sociedades anónimas y que se puede declarar la nulidad de tal sociedad por otras causas que las enumeradas taxativamente en el artículo 11 de la Primera Directiva.

El alcance del régimen de nulidades en la Primera Directiva

11. La cuestión prejudicial planteada por el Juez remitente tiene por objeto las causas de nulidad enumeradas en el artículo 11 de la Primera Directiva. Por consiguiente, este artículo deberá ocupar un lugar central cuando se trate de interpretar el Derecho nacional de conformidad con la Directiva. De dicho artículo, cuyo texto íntegro se ha recogido en el informe para la vista (en el apartado 2), sólo cito las dos causas de nulidad que se examinarán a continuación. La legislación de los Estados miembros puede prever la declaración de nulidad por resolución judicial, entre otros, en los siguientes casos:

«a) [...]

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

c) [...]

d) [...]

e) [...]

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

Además del artículo 11 de la Primera Directiva, también debe tenerse presente el artículo 12. Este artículo regula los efectos de una eventual nulidad. Cito, otra vez, únicamente las disposiciones que aquí interesan:

«1. [...]

18 — La Comisión se remite al respecto a J. Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid 1982, pp. 435 y ss. Véase también el artículo 50 del Código de comercio español, en el que se establece que los contratos mercantiles —según el artículo 116 del mismo Código una Compañía (mercantil) es un contrato mercantil—, salvo normas especiales que dispongan otra cosa, se regirán por las reglas generales del Derecho común.

2. La nulidad provocará la liquidación de la sociedad, en la misma forma que la disolución.

3. La nulidad no afectará por sí misma a la validez de los compromisos de la sociedad o de los contraídos hacia ella, sin perjuicio de los efectos del estado de liquidación.

4. La legislación de cada Estado miembro podrá regular los efectos de la nulidad entre los socios.

5. [...]»

12. Efectivamente, el artículo 11 de la Primera Directiva sólo podrá servir al Juez nacional, cuando tenga que interpretar su propio Derecho nacional, en la medida en que el litigio principal tenga por objeto la nulidad de una sociedad (anónima). La Directiva no contempla todas las demás pretensiones formuladas en la demanda principal o en las demandas subsidiarias de Marleasing ante el Juez nacional.

Esto es válido, muy en especial, respecto a la acción pauliana de Marleasing, que tiene por objeto que se declare la rescisión de la aportación de Barviesa en el capital de La Comercial, en la medida en que se realizó en fraude de los derechos de los acreedores de Barviesa. Esta pretensión no se ve afectada por el régimen de nulidades de la Primera Directiva.

Me parece que un (pre)contrato entre accionistas —distinto de la propia escritura de constitución— tampoco está comprendido de por sí en el régimen de nulidades de la Directiva, al menos en la medida en que la nulidad del contrato no acarrea automáticamente la nulidad de la sociedad.

Por último, la Primera Directiva tampoco contiene regulación alguna en materia de disolución de sociedades, según creo porque la disolución de una sociedad normalmente no tiene efecto retroactivo y siguen siendo válidos los compromisos contraídos por la sociedad antes de su disolución.

13. Por el contrario, la demanda de Marleasing, en la medida en que persigue la declaración de nulidad de la sociedad anónima La Comercial como tal, sí está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 de la Primera Directiva. El Juez nacional, en la medida en que esté obligado a tomar en consideración dichas disposiciones para interpretar su Derecho nacional (véanse los puntos 7 y siguientes anteriores), se verá confrontado con la cuestión de si la causa de nulidad mencionada en la letra b) del artículo 11 de la Directiva contempla el caso de una sociedad que haya sido constituida presuntamente con la finalidad de defraudar a los acreedores de los fundadores. Por consiguiente, aquí se trata de la interpretación de la Directiva misma (interpretación que, a su vez, deberá ser tomada en consideración al interpretar el Derecho nacional).

Antes de analizar esta cuestión de interpretación discutida en algunos Estados miembros, deseo señalar que el Juez remitente, al interpretar el Derecho nacional de sociedades, también podía haberse servido de otras causas de nulidad mencionadas en el artículo 11. De éstas, la más obvia es la mencionada en la letra f), según la cual un Estado miembro puede prever la declaración

de nulidad de una sociedad cuando, contrariamente a su legislación nacional, el número de socios fundadores sea inferior a dos (lo que significa que excluye totalmente o para determinados tipos de sociedades la posibilidad de constituir una sociedad unipersonal).[19] Marleasing sostiene en el litigio principal que La Comercial fue constituida exclusivamente por Barviesa y que los demás firmantes de la escritura de constitución eran hombres de paja.

A pesar de esta aseveración, la causa de nulidad de la letra f) no se formuló ante el Tribunal de Justicia, ni en las observaciones escritas, ni en el curso de la fase oral. Tampoco se desprende de la resolución de remisión si el Derecho (civil o mercantil) español, en el momento de los hechos, contenía normas al respecto y, de ser así, cuáles son y si habían sido establecidas so pena de nulidad. Tampoco examinaré esta causa de nulidad y deseo señalar solamente que dependen de la ley nacional —a la que se remite expresamente la letra f) del artículo 11 cuando establece un accionariado (mínimo) de dos socios para constituir la sociedad— el hecho y la medida en que la intervención de socios fundadores que no actúen por su propia cuenta quizás implique la nulidad de la sociedad.[20] El legislador nacional tiene pues libertad para no tomar en consideración, o tan sólo en parte, las causas de nulidad mencionadas en el artículo 11 y, en consecuencia, también para limitar el ámbito de aplicación de las mismas. Por el contrario, no puede ampliarlas en número ni en contenido.

14. El problema planteado por la cuestión prejudicial consiste en saber cómo debe interpretarse la letra b) del artículo 11. Además, en el presente asunto, habida cuenta de los hechos del litigio principal, se trata de la expresión «el objeto de la sociedad». Por el contrario, no se discrepa de la expresión «ilícito o contrario al orden público» que figura igualmente en la letra b) del artículo 11. No obstante, quiero recordar que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha examinado el concepto de «orden público» en otro contexto, a saber, en relación con el apartado 3 del artículo 48 del Tratado CEE. En este contexto, el Tribunal declaró que aunque no se pueda definir el concepto unilateralmente sin control de las instituciones comunitarias, con todo, su contenido puede diferir de un país a otro y de una época a otra y que, en consecuencia, se debe dejar a las autoridades nacionales cierto margen de apreciación «dentro de los límites fijados por el Tratado y por las disposiciones adoptadas para su cumplimiento». De todas formas, prosigue el Tribunal, el concepto presupone «abstracción hecha de la perturbación del orden social que se produce con cada infracción de la ley, la existencia [...] de una amenaza real y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad».[21] Por su parte, el concepto de «ilícito» se refiere, en mi opinión, a la contradicción con una disposición legal imperativa e incondicional, que establezca una prohibición, o con la moral (en la medida en que esto último no esté incluido en el «orden público»). En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también se ha examinado el concepto de «moralidad», concreta-

19 — Entretanto el Consejo ha adoptado la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DO L 395, p. 40).

20 — A menudo se distinguirá a este respecto entre personas que válidamente, sin intención de eludir una norma imperativa, actúan en su propio nombre, pero por cuenta de un tercero, como «Treuhänder», «nominée» o «prête-nom», y personas que actúan como hombres de paja con la intención de eludir una norma imperativa, como la relativa a la unidad del patrimonio.

21 — Sentencia de 27 de octubre de 1977, Regina/Boucherau (30/77, Rec. 1977, p. 1999, apartados 33 a 35).

mente en relación con el artículo 36 del Tratado CEE, acerca de lo cual se señaló la existencia de un margen de apreciación de las autoridades nacionales dentro de los límites del Derecho comunitario.[22] Los límites fijados por el Derecho comunitario con respecto a todos estos conceptos, en este caso, son principalmente los contenidos en la Primera Directiva.

15. Por consiguiente, en el presente asunto se trata de interpretar la expresión «el objeto de la sociedad». Su interpretación es tanto más delicada porque las distintas versiones de la letra b) del artículo 11 difieren sobre este extremo.[23] Según el texto neerlandés de esta disposición, se podrá declarar la nulidad de una sociedad cuando su «werkelijke doel» (objeto real) sea ilícito o contrario al orden público. ¿Por «doel van de vennootschap» (objeto de la sociedad) (en la versión francesa: «objet de la société») debe entenderse exclusivamente el objeto de la sociedad, tal como se defina en la escritura de constitución o en los estatutos, o debe entenderse también la actividad realmente ejercida por la sociedad o incluso el objetivo perseguido de hecho con la sociedad (en el sentido de: «le but de la société»)?[24] En este último caso, el Juez remitente del litigio principal, sin dar a su Derecho nacional una interpretación desacorde con la Directiva, podrá estimar que procede declarar la nulidad de una sociedad en caso de que haya sido constituida con la única finalidad de defraudar a los acreedores de los fundadores, tal como sostiene Marleasing.

En algunos Estados miembros la causa de nulidad de la letra b) del artículo 11 ha dado lugar a interpretaciones diversas precisamente en este punto.[25] Como se sabe, no es de extrañar que la aprobación del artículo 11 diera lugar a negociaciones y compromisos entre la Comisión y los expertos de los Estados miembros.[26] Por el contrario, en otros Estados miembros apenas si se ha prestado atención a esta causa de nulidad y, por otra parte, a todo el régimen de nulidades de la Directiva.

No es fácil explicar las razones de este interés tan desigual que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros han mostrado por este régimen de nulidades. La existencia en algunos Estados de controles preventivos (judiciales o administrativos) al constituir sociedades de capital puede evitar

22 — Sentencia de 11 de marzo de 1986, Conegate (121/85, Rec. 1986, p. 1007, apartados 14 a 16).

23 — En la versión neerlandesa se dice «het werkelijke doel van de vennootschap». En la alemana «[der] tatsächliche Gegenstand des Unternehmens». En las versiones francesa («l'objet de la société») e italiana («[il] oggetto della società») no se especifica con mayor detalle el objeto de la sociedad. Tampoco es así en los demás textos en otras lenguas comunitarias adoptados por el Consejo con posterioridad a la aprobación de la Directiva, entre otros el texto español («[el] objeto de la sociedad»), que son igualmente auténticas.

24 — Estos tres conceptos se utilizan juntamente en el Tratado de reconocimiento de 1968: véase más adelante la nota 32.

25 — Es el caso de Bélgica y Francia (pero también en Alemania e Italia: véanse las referencias en la nota 30): entre otras, L. Simont, «Les règles relatives á la publicité, aux nullités et aux actes accomplies au nom d'une société en formation», en *Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau, Bruselas 1985, pp. 102 y ss.; R. Houin, «Chroniques de législations et de jurisprudence françaises, Sociétés commerciales», en *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, pp. 736 y ss. En Francia parece dominar la opinión de que la Ley de sociedades francesa, que fue adaptada a la Directiva mediante la Ordonnance nº 1176 de 20 de diciembre de 1969, ha dejado incólumes las causas de nulidad del Derecho común (entre otras, «la cause illicite») que no son excluidas expresamente por el artículo 360 de dicha Ley. Algunos autores (véase, entre otros, Y. Serra, *Chronique*, Dalloz, 1973, pp. 17 y ss.) se preguntan si esta normativa francesa no es contraria a la Primera Directiva. En la doctrina y jurisprudencia belgas, sobre todo de lengua neerlandesa, habida cuenta del texto neerlandés de la letra b) del artículo 11 de la Directiva (véase la nota 23), se propugna el significado amplio: véase en especial J. Ronse y otros, «Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen», *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, pp. 885 y ss., y recientemente Rechtbank van Koophandel Hasselt, 28 de mayo de 1990, aún no publicada.

26 — Véase la reseña al respecto en E. Stein, *Harmonization of European Company Laws*, 1971, pp. 299 y ss.

sin duda alguna la eventual aplicación de las normas de nulidad. Debido a la existencia de este control preventivo, en algunos Estados miembros el acto de constitución de la sociedad tiene un carácter más formal, que puede «desligar» dicho acto de las relaciones contractuales subyacentes, lo cual tiene una importancia particular en el presente asunto. Este carácter más formal quizás sea otra de las posibles razones de que en estos mismos Estados miembros se manifieste menor interés por el régimen de nulidades.

16. Sea como fuere, del régimen de nulidades contenido en la Primera Directiva y también de los demás regímenes previstos en la misma, a efectos de publicidad y validez de los compromisos de la sociedad, parece reforzarse, en un marco más amplio, la finalidad de «la protección de los intereses de terceros» (segundo considerando de la Directiva) en relación con las sociedades que solamente pueden ofrecer como garantía ante terceros su patrimonio social (considerandos primero y tercero). El régimen mismo de nulidades con la «limitación» inherente «de los casos de nulidad así como del efecto retroactivo de la declaración de nulidad» ha sido ideado «con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre los socios» (sexto considerando). [27]

En estas circunstancias, opino que es obvio tener que interpretar en sentido restringido cada causa de nulidad, considerada en sí misma, con miras a la protección de los intereses de terceros —es decir, los acreedores de la sociedad— y que debe evitarse en lo posible sancionar con la nulidad de la sociedad los vicios de la relación contractual entre socios o entre los socios y la sociedad. Ello no obsta para que puedan sancionarse de otra forma tales vicios, que no afectan a la existencia de la sociedad y son menos perjudiciales para los acreedores de la misma.

Según esto, estimo que el concepto «objeto de la sociedad» de la letra b) del artículo 11 de la Directiva debe entenderse como el objeto de la sociedad tal como se defina en la escritura de constitución o en los estatutos y se publique [véase la letra a) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, así como el artículo 3]. [28] Sólo cuando el objeto, así entendido, sea «ilícito o contrario al orden público» habrá lugar a declarar la nulidad de la sociedad. El objeto perseguido con la constitución de la sociedad, pero no expresado en la escritura de constitución o en los estatutos, por ejemplo el fraude de acreedores de los socios, [29] no puede ser motivo para ello: semejante ilicitud o contradicción con el orden público (por ejemplo con la regla de la unidad del patrimonio de los socios fundadores) deberá ser combatida de forma distinta que con la nulidad de la sociedad (véase más adelante el punto 19).

17. Se debe hacer una matización importante a cuanto precede. Tanto las versiones alemana como neerlandesa de la letra b) del artículo 11 precisan que se debe entender por objeto de la sociedad el objeto «werke-

27 — En cuanto a los efectos de la nulidad, la Directiva regula imperativamente los efectos frente a terceros (véanse en especial los apartados 2 y 3 del artículo 12, citado en la nota 11); los efectos entre socios podrán ser regulados por la legislación de cada Estado miembro (apartado 4 del artículo 12, citado *ibidem*).

28 — El concepto «objeto de la sociedad» figura en el apartado 1 del artículo 9 de la Primera Directiva: véase al respecto E. Stein, *op. cit.*, pp. 282 y ss. Parece que en este artículo también se debe entender el concepto de objeto de la sociedad tal como esté definido en la escritura de constitución o en los estatutos, teniendo en cuenta la especialización legal de las personas jurídicas.

29 — La protección ofrecida a terceros por la Primera Directiva es una protección de determinados terceros, a saber, los acreedores de la sociedad, y no de terceros acreedores de los socios. La razón de la especial protección de los acreedores de la sociedad radica en que éstos, en las sociedades de capital, no tienen más garantía que el patrimonio de la sociedad: véase el tercer considerando de la Directiva.

lijke» («tatsächliche») (real). Me parece que es ésta una aclaración útil que no contradicen las demás versiones lingüísticas. Pone de relieve que, si la actividad real de la sociedad, como la desarrollada desde el principio, es ilícita o contraria al orden público, será aplicable la causa de nulidad prevista en la letra b) del artículo 11, aunque dicha actividad no coincida con el objeto definido en la escritura de constitución o en los estatutos y que supuestamente sea lícito. [30] Veamos algunos ejemplos: la escritura de constitución o los estatutos de una sociedad mencionan como objeto la producción y explotación de un hotel, mientras que en la práctica resulta que con ello se pretende la explotación de una sala de juegos (prohibida legalmente) o de una casa de prostitución (cuando constituyan actos delictivos), o incluso: en la escritura de constitución figura como objeto la exportación de tubos de acero, mientras que bajo esta apariencia en realidad se esconden la producción y entrega (ilegales) de armas.

Ahora bien, debe tratarse de una actividad desarrollada desde el principio. [31] Si una sociedad con un objeto lícito posteriormente ejerce actividades ilícitas en contradicción con dicho objeto, ello no podrá dar lugar a la declaración de nulidad, pero sí a la disolución de la sociedad cuando así lo prevea el Derecho nacional.

18. La matización, en mi opinión útil, hecha en el punto anterior, que, como se ha dicho, se basa en las versiones alemana y neerlandesa de la letra b) del artículo 11, no me parece que sea incompatible con la protección de los intereses de terceros. Esta matización permite proteger a los terceros de forma más eficaz, porque contribuye a impedir que los terceros se vean defraudados por una actividad simulada en la escritura de constitución o en los estatutos pero que no corresponde con la actividad realmente ejercida desde el principio. Además, a diferencia de las finalidades que tuvieron presentes los socios al constituir la sociedad, normalmente la actividad realmente ejercida es manifiesta para los terceros que celebran transacciones con la sociedad. Por último, de no hacerse esta matización, la causa de nulidad de la letra b) del artículo 11 sufre considerablemente una pérdida en contenido real, ya que la prohibición, contenida en dicha disposición, de un objeto ilícito o contrario al orden público puede eludirse fácilmente consignando en la escritura de constitución o en los estatutos un objeto lícito pero simulado. [32]

30 — En este sentido, entre otros, J. Van Ryn y P. Van Ommeslaghe, «Examen de Jurisprudence (1972 a 1978), Les sociétés commerciales», *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, quienes presentan en la p. 241 una viva discusión al respecto —a la que también da lugar la legislación francesa (véase R. Houin, *op. cit.*, pp. 736 y ss.)— y proponen la siguiente solución: «il faudrait avoir égard non seulement à l'objet social statutaire, mais aussi aux activités effectivement exercées sous ce couvert». Véase también L. Simont, *op. cit.*, nº 28, quien añade que la posibilidad de anulación como consecuencia de actos ilícitos se impone tanto más cuanto que la sociedad, con arreglo al apartado 1 del artículo 9 de la Primera Directiva, también está obligada por los actos realizados *ultra vires*. La doctrina alemana también parece apuntar en este sentido: véase Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropff, *Aktiengesetz*, 1986, pp. 275 y 276. En cambio, la doctrina italiana está dividida: véase A. Borgioli, *La nullità della società per azioni*, 1977, pp. 414 y ss, y las referencias en pro y en contra en la nota 126 de la p. 414.

31 — Así también, entre otros, F. Galgano, «La società per azioni», *Trattato di divitto commerciale e di dirito publico dell'economia*, VII, 1984, p. 101; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving*, 1973, p. 76, y L. Simont, *op. cit.*, nº 28.

32 — Es curioso que en el artículo 9 del Tratado de 29 de febrero de 1968, relativo al reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas (Suplemento nº 2/69 del Boletín de las Comunidades Europeas), firmado poco antes de la aprobación de la Primera Directiva, se recogiera un concepto más amplio de objeto (de la sociedad). Este comprende no sólo el «maatschappelijk doel» y la «daadwerkelijke uitgeoefende activiteit», sino también «het werkelijk nagestreefde doel» (en la versión francesa respectivamente: «objet», «activité effectivement exercée» y «but»). Si uno de estos tres conceptos es contrario «a los principios o disposiciones que el aludido Estado considera como orden público con arreglo al Derecho internacional privado», dicho Estado puede negarse a reconocer la sociedad extranjera. Esta diferencia entre el artículo 9 del Tratado de reconocimiento y la letra b) del artículo 11 de la Primera Directiva se debe indudablemente a la intención específica de la Directiva de restringir la nulidad de las sociedades con miras a la protección de terceros. Sin embargo, por las razones citadas en el texto, dicha restricción no puede ser tan grande que excluya del objeto la «actividad realmente ejercida (desde el principio)», pero sí el «fin perseguido» por los fundadores con la sociedad ya que es desconocido por terceros.

19. No puede sobreestimarse la importancia práctica de la definición restringida —pero no demasiado— de la causa de nulidad mencionada en la letra b) del artículo 11 que acaba de proponerse. Para los acreedores de un deudor que aporta su patrimonio a una sociedad con la intención de sustraerlo a la acción de dichos acreedores, la declaración de nulidad de dicha empresa tan sólo ofrece una protección limitada. Los efectos de la declaración de nulidad deben pues ser acordes con las disposiciones del artículo 12 de la Primera Directiva, citadas anteriormente en el punto 11. Ello significa que la nulidad provocará la liquidación de la sociedad, en la misma forma que la disolución. Y, además, que la nulidad no afectará por sí misma a la validez de los compromisos de la sociedad. Así pues, el régimen de la Directiva mantiene el patrimonio separado de la sociedad declarada nula, de modo que los acreedores de los socios, en principio, no pueden resarcirse con los bienes aportados por estos últimos a la sociedad declarada nula.

Como antes se ha señalado (punto 12), la Primera Directiva no afecta a otras sanciones previstas en el Derecho nacional para este caso y los acreedores conservan, por ejemplo, la posibilidad de solicitar en su favor la nulidad de la *aportación* hecha en detrimento de sus derechos.[33] Generalmente, esta acción será más eficaz para proteger sus derechos que la declaración misma de nulidad de la sociedad.

33 — No parece que se discuta este extremo. Una sola referencia: P. Van Ommeslaghe, «La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», *Cahiers de droit européen*, 1969, p. 657.

Resumen

20. Resumiendo cuanto precede, llego a las siguientes conclusiones. El artículo 11 de la Primera Directiva no tiene efecto directo entre particulares, de modo que La Comercial no puede oponer directamente, basándose en la Directiva, a la demanda de Marleasing la enumeración taxativa de causas de nulidad. El Juez nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional de sociedades, de conformidad con la Directiva, cuando aquél pueda ser objeto de interpretaciones diferentes. Éste parece ser el caso cuando, en materia de nulidad de sociedades (anónimas), se aplican por analogía principios generales del Derecho de obligaciones y contratos, porque, por un lado, semejantes principios generales pueden ser objeto de interpretación y, por otro lado, la remisión por analogía no es más que uno de los posibles métodos de interpretación. En tal caso, así me parece, el Juez nacional, al interpretar el Derecho nacional, puede aplicar fácilmente la enumeración taxativa del artículo 11 y, eventualmente —caso de declararse la nulidad—, aplicar la restricción del efecto retroactivo de la nulidad, de conformidad con el artículo 12 de la Primera Directiva.

Por su parte, la causa de nulidad de la letra b) del artículo 11 debe entenderse en el sentido de que sólo comprende un objeto ilícito o contrario al orden público como el descrito en la escritura de constitución o en los estatutos, o la actividad ejercida realmente desde el principio. El fin perseguido por los socios fundadores al constituir la sociedad, se manifieste o no como se ha señalado

aquí, no está incluido en el objeto entendido de esta forma. Sin embargo, ello no obsta para que el Derecho nacional ponga a disposición de los acreedores de los socios fundadores, acreedores cuyos intereses hayan sido perjudicados, otras soluciones generalmente tan eficaces como aquéllas (por ejemplo la acción pauliana) a las que no afecta la Directiva, habida cuenta del efecto limitado de una eventual nulidad.

Conclusión

21. En virtud de cuanto precede, propongo que se responda a la petición de decisión prejudicial en los siguientes términos:

«1) El artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, no puede invocarse como tal contra un particular. Sin embargo, corresponde al Juez nacional interpretar su legislación nacional a la luz del texto y de la finalidad de esta disposición de la Directiva, y de su artículo 12 en caso de que proceda declarar la nulidad.

2) La letra b) del apartado 2 del párrafo primero del artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE debe ser interpretada en el sentido de que por "el objeto de la sociedad" se entienda el objeto tal como esté definido en el acta de constitución o en los estatutos publicados de la sociedad o como se manifieste con la actividad realmente ejercida por la sociedad desde el principio.»