CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JOSÉ LUÍS CRUZ VILAÇA

presentadas el 8 de marzo de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Hoge Raad de Los Países Bajos ha planteado con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones sobre el régimen de nulidad de las sociedades, contenido en la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, [1] tendente a coordinar las garantías exigidas a las sociedades a fin de proteger los intereses de los socios y de terceros (en lo sucesivo, «Primera Directiva»).

I. Resumen de los hechos origen de la petición de decisión prejudicial

2. Ubbink Isolatie estaba inscrita en el Registro Mercantil de Los Países Bajos como una sociedad de responsabilidad limitada en constitución, bajo la denominación «Ubbink Isolatie BV, i. o.» al producirse los hechos, origen del procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional.

3. En cambio, ninguna sociedad de responsabilidad limitada denominada «Ubbink Isolatie BV» estaba inscrita en el Registro Mercantil. La sociedad Ubbink no cumplía ninguno de los dos requisitos —escritura pública y autorización administrativa— exigidos por la Ley neerlandesa para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, podía realizar actos jurídicos como una sociedad colectiva.

4. Ahora bien, bajo la denominación «Ubbink Isolatie BV» (sin la abreviatura «i. o.», en constitución) celebró ésta un contrato con la sociedad Dak- en Wandtechniek y también bajo la misma denominación fue demandada por esta segunda sociedad, ante el Tribunal de Arnhem, en acción de resolución del contrato y correspondiente responsabilidad contractual. Ante este órgano jurisdiccional, Ubbink Isolatie declaró que «Ubbink Isolatie BV» era nula, partiendo de su inexistencia, pues ni había sido constituida, ni inscrita como tal en el Registro Mercantil; por tanto, los actos habían sido realizados abusivamente en su nombre.

5. Antes de examinar el fondo del asunto el Tribunal consideró que, incluso si «Ubbink Isolatie BV» no fue constituida, o si la escritura de constitución adolecía de vicios, no se podía considerar que la sociedad de responsabilidad limitada «Ubbink Isolatie BV» no existiese. Existía en tanto no fuera disuelta o anulada con arreglo a la legislación neerlandesa (artículos 181 y 182 del Código civil).

6. Ubbink Isolatie interpuso sucesivamente recurso de apelación ante el Gerechtshof de Arnhem y recurso de casación ante el Hoge Raad. El Hoge Raad estimó que el artículo 182 del Código civil debía ser interpretado teniendo en cuenta las disposiciones de la sección III de la Primera Directiva, lo que originó las cuatro cuestiones prejudiciales que se han reproducido en el informe para la vista.

* Traducido del portugués.

1 — DO L 65 de 14.3.1968, p. 8; EE 17/01, p. 3.

II. Cuestiones planteadas por el Hoge Raad

7. Mediante las cuatro cuestiones planteadas, el Hoge Raad pregunta, esencialmente, si el régimen previsto por la sección III de la Primera Directiva es aplicable a una sociedad en constitución, la cual no cumple los requisitos de constitución exigidos por la legislación nacional, y en qué medida.

8. *A.* La primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es la principal. Por esta cuestión el mencionado órgano jurisdiccional pregunta si las disposiciones de la sección III de la Primera Directiva tienen como consecuencia que la «sociedad» en cuestión deba ser considerada existente, hasta tanto no ha sido declarada nula en el marco de un procedimiento planteado con ese fin, en el supuesto en que los actos sean realizados en nombre de una sociedad de responsabilidad limitada, la cual no está válidamente constituida, porque no cumple todos los requisitos para la constitución exigidos por la legislación nacional:

9. Tanto la Comisión como Ubbink proponen una respuesta negativa a esta cuestión.

10. En mi opinión es acertada la tesis de la Comisión, según la cual —con excepción de determinadas disposiciones, en particular las letras a) y d) del apartado 1 del artículo 2, y los artículos 7 y 10— la Primera Directiva sólo es aplicable a las sociedades existentes, dotadas de personalidad jurídica, así como, en su caso, a aquellas sociedades que son inscritas en el Registro Mercantil como si tuviesen personalidad jurídica.

11. Una de las disposiciones de la Directiva aplicable en supuestos similares será precisamente el artículo 11, el cual, con objeto de proteger los intereses de terceros, pretende limitar las situaciones que puedan causar la nulidad, en virtud de los distintos Derechos nacionales, de las sociedades definidas en la Directiva.

12. Según la Comisión, el artículo 11 no es, en principio, aplicable a la declaración de nulidad de una sociedad mientras ésta no haya adquirido personalidad jurídica.

13. Dado que es el Derecho nacional el que determina el momento de adquisición de la personalidad jurídica, pues la Directiva no contiene ninguna disposición sobre este punto, sería obligado responder negativamente a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional.

14. Ésta es también mi conclusión en cuanto a la respuesta que se debe dar a esta cuestión.

15. En efecto, es cierto que, como afirma la Comisión, la Directiva no regula el problema de la adquisición de la personalidad jurídica por las sociedades definidas en la citada Directiva, o de la capacidad procesal. Esta cuestión puede ser regulada libremente por cada ordenamiento jurídico nacional, en principio.

16. Así, si bien determinados ordenamientos jurídicos —la mayoría de ellos— condicionan la obtención de la personalidad jurídica a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, otros no prevén este requisito.

17. La legislación neerlandesa se encuentra en este segundo grupo: condiciona la cons-

titución de las sociedades de responsabilidad limitada (aquellas que en Portugal son denominadas «sociedades por quotas») —y de las sociedades anónimas— a dos requisitos: constitución mediante escritura pública y control administrativo previo bajo la forma de una autorización administrativa.

18. Se puede afirmar que resulta difícil coordinar esta regulación —que separa la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades del cumplimiento de las formalidades de inscripción— con el sistema de la Directiva, el cual otorga una gran importancia a la inscripción, entendida como el modo de proteger los intereses de terceros y asegurar la seguridad de los negocios, especialmente de los negocios internacionales. Destaco, por ejemplo, que la falta de inscripción no está recogida en la lista de causas de nulidad del artículo 11, lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que las legislaciones de la mayoría de los Estados miembros subordinan la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción.

19. Sin embargo, no se desprende de lo anterior que una legislación nacional que subordine la adquisición de la personalidad jurídica a hechos anteriores a la inscripción, sea incompatible con la Directiva.

20. Por otra parte, la Directiva no contiene tampoco disposiciones —de Derecho material o de Derecho procesal— relativas a los requisitos de existencia de las sociedades antes de la adquisición de personalidad jurídica.

21. El artículo 12 regula únicamente las consecuencias de la declaración de nulidad en virtud del artículo 11.

22. Sin perjuicio de la regulación del artículo 12, el artículo 11 no impone a los legisladores nacionales la obligación de elegir entre los distintos tipos de invalidez (nulidad, anulabilidad, inexistencia) que pueden resultar de uno de los vicios enumerados en el apartado 2. Del mismo modo, en cuanto al Derecho procesal, la Directiva no concede ninguna preferencia bien a un sistema en el cual estas nulidades puedan ser invocadas por vía de excepción o bien a un sistema en el que estas nulidades sólo puedan ser declaradas mediante el ejercicio de una acción.

23. Por tanto, no se puede, de ningún modo, responder afirmativamente a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional: la Directiva no contiene indicación alguna que permita determinar si una sociedad, la cual no reúne los requisitos exigidos por el Derecho nacional para ser válidamente constituida (escritura pública y control preventivo) puede o no ser considerada como existente hasta que no sea declarada nula y, si para conseguir que lo sea, es necesario ejercitar una acción autónoma.

24. Es responsabilidad de los Derechos nacionales regular esta materia y la misma Directiva les deja una amplia libertad en este sentido.

25. Desde este punto de vista, la cuestión —sobre la cual la Comisión se pronuncia expresamente— de conocer si la enumeración limitativa de causas de nulidad contenida en el artículo 11 atañe solamente a las sociedades dotadas de personalidad jurídica, o si es posible aplicarla también a las sociedades que todavía carecen de personalidad jurídica, pero ya existen en la medida que han iniciado sus actividades y han sido realizados actos en su nombre, pierde importancia.

26. Esta cuestión plantea el problema de la nulidad de las sociedades irregulares.

27. Se desprende, del sistema de la Directiva y de algunas de sus disposiciones, que el legislador comunitario quiso elaborar un texto-marco y coordinar los regímenes nacionales de nulidad de las sociedades dotadas de personalidad jurídica, o inscritas en el Registro Mercantil como si tuviesen personalidad jurídica (partiendo de que, como ya he dicho, la mayoría de las legislaciones nacionales condicionan la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción en le citado Registro). Como ya se ha visto, los términos del artículo 11 favorecen esta interpretación. Ésta parece estar confirmada por la regulación del artículo 7, el único relativo expresamente a los actos realizados en nombre de una sociedad antes de que adquiera la personalidad jurídica.

28. Sea lo que sea, no me parece necesario dilucidar este problema en el ámbito del presente procedimiento.

29. Efectivamente, no sólo el órgano jurisdiccional nacional no pregunta sobre este punto específico (en concreto, si las posibles causas de nulidad del contrato de sociedad antes de adquirir la personalidad jurídica están limitadas a los supuestos enumerados en el artículo 11), sino que esta cuestión no es relevante para el procedimiento principal.

30. En efecto, por un lado, Ubbink no está inscrita en el Registro Mercantil como sociedad de responsabilidad limitada, sino sólo como sociedad de responsabilidad limitada en constitución, sometida al régimen de las sociedades colectivas.[2] Por un lado, las dos formalidades que deben ser cumplidas para que se constituya una sociedad y que no se cumplieron (escritura pública y control preventivo) están expresamente incluidas entre las causas de nulidad contenidas en el artículo 11 (apartado 2, párrafo 1), y no se ha citado ninguna otra formalidad en este proceso.

31. *B.* La conclusión obtenida en lo relativo a la primera cuestión, ¿puede verse modificada por una de las circunstancias citadas en las otras tres cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional?

32. Hay que reseñar que, mediante estas cuestiones, el Hoge Raad desea conocer si la respuesta a la primera cuestión será distinta según que:

— no se haya otorgado escritura de constitución y/o las formalidades de control preventivo no se hayan cumplido;

— exista o no exista una entidad de personas y bienes que hayan creado la apariencia externa de una sociedad en nombre de la cual se han realizado determinados actos jurídicos;

— determinados actos se hayan realizado en el marco de una entidad con una forma jurídica distinta de la prevista por la Primera Directiva (por ejemplo, la forma de una sociedad colectiva), inscrita como tal en el Registro Mercantil, pero cuya denominación sea idéntica a la de una sociedad incluida en la Directiva con exclusión de la indicación sobre la forma jurídica y aún no válidamente constituida.

2 — Las posibles ambigüedades que una inscripción en estos términos pueda contener para los terceros e inducirles a error sobre la verdadera naturaleza de la sociedad están al margen de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

33. En lo relacionado con el primer problema planteado (cuestión 2 de la petición de decisión prejudicial), no tiene ninguna incidencia sobre la respuesta a la cuestión 1, dado que, como parece ser el caso en Derecho neerlandés, los dos requisitos antes mencionados deben cumplirse para que se produzca la constitución de una sociedad. Sólo sería distinto en el supuesto de que el cumplimiento de uno solo de los requisitos fuera suficiente para que la sociedad sea constituida válidamente con arreglo al Derecho nacional: la respuesta a la cuestión 1 conservaría entonces, en cierto modo, pertinencia por cuanto se trata de consecuencias del incumplimiento del requisito exigido para la constitución de la sociedad.

34. En lo referente a las otras cuestiones, el órgano jurisdiccional nacional tuvo en cuenta especialmente el supuesto del que se trataba en el proceso nacional.

35. Por un lado, los actos jurídicos fueron realizados en nombre de una sociedad de responsabilidad limitada, la cual todavía no había sido válidamente constituida por no haberse cumplido los dos requisitos necesarios en Derecho neerlandés.

36. Corresponde al Derecho nacional determinar si debe concederse una especial importancia a la apariencia que se pueda crear de sociedad de responsabilidad limitada, y en qué medida, pues la Directiva no incluye ninguna indicación en este sentido.

37. Ahora bien, como se trata de una sociedad en constitución, que todavía no ha adquirido la personalidad jurídica, la Directiva requiere que el Derecho nacional se ajuste al artículo 7, que prevé que «si se hubieran realizado actos en nombre de una sociedad en constitución antes de la adquisición por ésta de la personalidad jurídica, y si la sociedad no asumiese los compromisos resultantes de estos actos, las personas que los hubieran realizado serán solidaria e indefinidamente responsables de los mismos, salvo acuerdo en contrario». Esto, y sólo esto, es lo exigido por la Primera Directiva para proteger a los terceros frente a las sociedades en constitución.

38. En otras palabras, corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro determinar si, independientemente de la existencia de una sociedad «en constitución» y de la responsabilidad personal del autor de los actos (artículo 7 de la Directiva), el hecho de que se hayan realizado en nombre de una sociedad que no había sido válidamente constituida, es suficiente en Derecho para que una «sociedad irregular» o «sociedad de hecho» pueda ser declarada nula y, en particular, si es o no necesario a este efecto que exista una organización de personas y de bienes, y en qué medida.

39. Por otro lado, se desprende de los autos que Ubbink Isolatie fue inscrita en el Registro Mercantil como una sociedad de responsabilidad limitada «en constitución», sometida al régimen de sociedades colectivas.

40. Ahora bien, el artículo 11 de la Directiva no dice nada en particular para el supuesto en que el Derecho nacional de una Estado miembro permita la inscripción de una futura sociedad (anónima o de responsabilidad limitada) como una sociedad «en constitución», considerándola una sociedad colectiva y organizando libremente su régimen de nulidad.

41. La Primera Directiva sólo se refiere a las sociedades definidas en el artículo 1 entre las cuales no figura la sociedad colectiva. La determinación de los requisitos para la

constitución de esta sociedad o de su posible nulidad se encuentra fuera del ámbito normativo de la Directiva y es competencia del legislador nacional.

42. Ahora bien, al contrario que la tesis defendida por Ubbink, entiendo que —cuando una sociedad colectiva debe ser considerada, según una disposición expresa de Derecho nacional o la interpretación que se le da por la doctrina y la jurisprudencia, con una sociedad en constitución de las incluidas en la Primera Directiva—, el artículo 7 de la citada Directiva es aplicable. Si no fuese así, la protección de los intereses de los terceros a que tiende este artículo no se alcanzaría debido a la ficción jurídica de considerar a esta entidad como una sociedad colectiva. El legislador nacional no puede organizar según su libre criterio el régimen de la responsabilidad de estas sociedades (por ejemplo, limitando la responsabilidad sólo a los administradores o a los socios), por el contrario, según el artículo 7, está obligado a responsabilizar a aquellas personas que hayan actuado en nombre de esta sociedad.

III. Conclusiones

43. A la vista de todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que declare lo siguiente en respuesta a las cuatro cuestiones planteadas por el Hoge Raad:

«1) Corresponde a cada Estado miembro regular el régimen de nulidad de las sociedades en constitución de cada una de las categorías contenidas en el artículo 1 de la Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar las garantías exigidas a las sociedades para proteger los intereses de los socios y de terceros, siempre que esta regulación respete el artículo 7 de la Directiva antes citada. No se desprende de las disposiciones de la sección III de la Primera Directiva que una sociedad de responsabilidad limitada en constitución que no cumple los requisitos para la constitución exigidos por la legislación nacional, pero en cuyo nombre se han realizado actos, deba ser considerada existente hasta que su nulidad no sea declarada en el marco de un proceso iniciado con este fin.

»2) La respuesta a la primera cuestión no varía por ninguna de las circunstancias indicadas por el órgano jurisdiccional remitente en la segunda, tercera y cuarta cuestiones.»