CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 8 de noviembre de 2001 [1]

I. Introducción

1. La Sala de lo Mercantil del Landesgericht Wels (República de Austria) ha planteado al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales relativas a la validez de una serie de disposiciones de dos Directivas en materia de Derecho de sociedades, [2] y a la interpretación del Tratado.

2. En el procedimiento principal, la Sala de lo Mercantil obligó a una sociedad, bajo apercibimiento de imposición de una multa coercitiva, a que cumpliera las obligaciones de publicación que se desprenden de la normativa armonizada en materia de Derecho de sociedades. La sociedad interpuso un recurso de súplica contra esta resolución. Las cuestiones formuladas por el Landesgericht se refieren a la compatibilidad de las disposiciones sobre publicación contenidas en las Directiva de que se trata con el Derecho comunitario primario, el principio general de proporcionalidad, el derecho fundamental de protección de la propiedad privada y la libertad fundamental de empresa. Sin embargo, el Tribunal de Justicia deberá examinar, en primer lugar, su competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales. Efectivamente, se ha suscitado la cuestión de si el Landesgericht Wels debe ser considerado en este procedimiento, un «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido de artículo 234 CE.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

3. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refiera al menos al balance y a la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio.

4. La Cuarta Directiva establece, en su artículo 47, que las cuentas anuales regularmente aprobadas y el informe de gestión, así como el informe establecido por la persona encargada del control de las cuen-

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — Directiva 68/151/CEE, Primera Directiva 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 (actualmente artículo 48 CE, párrafo segundo), para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3, llamada «Directiva de publicación»; en lo sucesivo, «Primera Directiva»), y Directiva 78/660/CEE, Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado (actualmente artículo 44 CE, apartado 2, letra g), tras su modificación) y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55, llamada «Directiva de las cuentas anuales»; en lo sucesivo, «Cuarta Directiva»).

tas, deben ser objeto de publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Primera Directiva.

5. El artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 44 CE, apartado 2, letra g), tras su modificación] establece que el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuye el artículo 54, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 44 CE, apartado 1, tras su modificación) «coordinando en la medida de necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 [actualmente artículo 48 CE], para proteger los intereses de socios y terceros».

B. *Derecho nacional*

6. El órgano jurisdiccional *a quo* ha reproducido las normas pertinentes del Derecho nacional, en la medida que interesan en el presente procedimiento, de la siguiente forma:

7. Para adaptar la normativa nacional a las referidas disposiciones de las Directivas Primera y Cuarta, Austria adoptó, en primer lugar, la Rechnungslegungsgesetz [3] (Ley de contabilidad), que contiene la nueva versión de los artículos 277 y 283 del Handelsgesetzbuch (Código de comercio; en lo sucesivo, «HBG»). Mediante el segundo acto de adaptación del Derecho interno, la EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz [4] (Ley de reforma del Derecho de sociedades para su adaptación a la Unión Europea), se reforzaron las obligaciones de publicidad, completándose la plena adaptación del Derecho interno a la Directiva.

8. En el caso de las grandes sociedades de capital en el sentido del artículo 221 del HGB, el artículo 277, apartado 1, del HGB, en la versión publicada en el BGBl. 304/1996, establece lo siguiente:

«Los representantes legales de las sociedades de capital deberán presentar para su depósito en el tribunal encargado del registro mercantil del domicilio social de la sociedad de capital las cuentas anuales y el informe de gestión tras su examen en la Junta Anual (Junta General de Accionistas), como muy tarde nueve meses después de la fecha de cierre del balance, junto con una certificación del informe de auditoría con su aprobación, su no aprobación o su aprobación con reservas; dentro del mismo plazo, deberán presentarse para su depósito el informe del Consejo de Vigilancia, la propuesta de aplicación de resultados y el acuerdo sobre la misma.

Cuando se presenten para su depósito las cuentas anuales y el informe de gestión sin

3 — BGBl. 475/1990.

4 — BGBl. 304/1996.

el resto de los documentos mencionados con objeto de respetar dicho plazo, el informe y la propuesta deberán presentarse para su depósito inmediatamente tan pronto como se disponga de ellos, los acuerdos tras ser adoptados y la certificación tan pronto como sea expedida. En el caso de que las cuentas anuales sean modificadas con motivo de una posterior auditoría o comprobación, también dicha modificación deberá presentarse para su depósito.»

9. Como sanción, el artículo 283, apartado 1, del HGB, en la versión publicada en el BGBl. 304/1996, establece lo siguiente:

«Los miembros del Consejo de Administración (Administradores) o los liquidadores estarán obligados, sin perjuicio de las disposiciones generales de Derecho mercantil, a observar lo dispuesto en los artículos 244, 245, 247, 248, 270, 272 y 277 a 280, los miembros del Consejo de Vigilancia a observar lo dispuesto en el artículo 270 y, si se trata de una sucursal nacional de una sociedad de capital extranjera, los representantes de la misma en el territorio nacional a observar lo dispuesto en el artículo 280 *bis*, bajo apercibimiento de la imposición de una multa coercitiva de hasta 50.000 ATS por parte del órgano jurisdiccional.»

10. Con carácter complementario, el artículo 24, apartado 1, de la Firmenbuchgesetz (Ley del Registro Mercantil; en lo sucesivo, «FBG»),[5] dispone lo siguiente:

«Quien esté obligado a efectuar una notificación, a estampar su firma completa o a presentar documentos al Registro Mercantil para su depósito, o quien utilice una firma que no le corresponde, será apercibido por el órgano jurisdiccional de la imposición de una multa coercitiva de hasta 50.000 ATS si no cumple con su obligación, o bien a revocar el uso de la firma o demostrar que la obligación no existía o que el uso de la firma era legal.»

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

11. La Sala de lo Mercantil del Landesgericht Wels conoce de un procedimiento con arreglo al artículo 277 del HGB. Mediante resolución de dicha Sala de 13 de septiembre de 1999 se ordenó a Lutz Gesellschaft mbh y otros (en lo sucesivo, «Lutz»), con domicilio social en Wels, presentar para su depósito en el plazo de cuatro semanas, bajo apercibimiento de la imposición de una multa coercitiva por importe de 10.000 ATS, los documentos correspondientes con arreglo a lo dispuesto en los artículos 277 a 280 *bis* del HBG (cuentas anuales e informe de gestión).

12. Habida cuenta de que, conforme a jurisprudencia reiterada del Oberste Geri-

5 — En la versión publicada en el BGBl. 10/1991.

chtshof, contra el apercibimiento contenido en la resolución de 13 de septiembre de 1999 no cabe recurso alguno, Lutz interpuso ante el Verfassungsgerichtshof un recurso de amparo («Individualantrag») por incompatibilidad de la obligación de publicidad con los derechos fundamentales y con el Derecho comunitario. Mediante resolución de 2 de noviembre de 1999, la Sala de lo Mercantil del Landesgericht Wels amplió el plazo de presentación de los documentos contables hasta que el Verfassungsgerichtshof dictara sentencia. Mediante resolución de 29 de noviembre de 1999 el Verfassungsgerichtshof desestimó el recurso de Lutz. Fundamentó su decisión declarando que la aplicación de la sanción conminatoria podía aplazarse hasta que se dictara una resolución sobre la legalidad de la obligación por cuyo cumplimiento se imponía dicha sanción.

13. A continuación, la Sala de lo Mercantil del Landesgericht Wels resolvió el 9 de mayo de 2000, de oficio y a raíz de la solicitud presentada por Lutz el 20 de enero de 2000, plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 234 CE, párrafo segundo, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Infringen el artículo 44 CE, apartado 2, letra g), que autoriza la coordinación de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros, las medidas previstas en el artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva 68/151/CEE y en el artículo 47 de la Cuarta Directiva 78/660/CEE, en relación con la obligación de publicidad impuesta a las sociedades de capital?

2) ¿Infringen el artículo 44 CE, apartado 2, letra g), las medidas previstas en el artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva 68/151/CEE y en el artículo 47 de la Cuarta Directiva 78/660/CEE en cuanto a la obligación de publicidad impuesta a las sociedades de capital, en la medida en que no se cumple el requisito de necesidad por lo que respecta a la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento ni para alcanzar otros objetivos del Tratado CEE (en particular, el establecimiento de condiciones jurídicas uniformes)?

3) ¿Es compatible con el principio de proporcionalidad, principio general del Derecho, el hecho de que el artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva 68/151/CEE y el artículo 47 de la Cuarta Directiva 78/660/CEE obliguen a las empresas, a través del deber de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio, bajo apercibimiento de sanciones de carácter administrativo, a desvelar secretos comerciales, y de que el objetivo de protección perseguido pueda alcanzarse adecuadamente mediante otras medidas, que suponen una menor injerencia?

4) ¿Es compatible con el derecho fundamental de propiedad reconocido en Derecho comunitario el hecho de que el artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva 68/151/CEE, en relación con el artículo 47 de la Cuarta

Directiva 78/660/CEE, obliguen a las empresas, a través del deber de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio, bajo apercibimiento de sanciones de carácter administrativo, a revelar secretos comerciales, y de que el objetivo de protección perseguido pueda alcanzarse adecuadamente mediante otras medidas, que suponen una menor injerencia?

5) ¿Es compatible con el derecho fundamental al libre ejercicio de una actividad económica reconocido por el Derecho comunitario el hecho de que el artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva 68/151/CEE, en relación con el artículo 47 de la Cuarta Directiva 78/660/CEE, obliguen a las empresas, a través del deber de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio, bajo apercibimiento de sanciones de carácter administrativo, a revelar secretos comerciales, y de que el objetivo de protección perseguido pueda alcanzarse adecuadamente mediante otras medidas, que suponen una menor injerencia?»

14. Conforme al artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia presentaron observaciones escritas Lutz, los Gobiernos de España, Italia y Austria, así como el Consejo y la Comisión. El 25 de octubre de 2001 se celebró la vista oral, en la que estuvieron representados Lutz, el Gobierno italiano, el Consejo y la Comisión.

IV. Competencia del Tribunal de Justicia

15. En la fase escrita no se ha formulado ninguna observación relativa a la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones planteadas por el Landesgericht Wels. Como quiera que el Tribunal de Justicia formuló esta pregunta por escrito a las partes, en la vista se trató este extremo.

16. Con arreglo al artículo 234 CE, párrafo primero, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de dicho Tratado y de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad. Con arreglo al párrafo segundo del mismo artículo, los órganos jurisdiccionales pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de esta naturaleza cuando estime necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

17. Entretanto el Tribunal de Justicia ha declarado en una serie de asuntos que los órganos jurisdiccionales que, como sucede en el presente asunto, cumplen los requisitos institucionales, pero hacen uso del procedimiento prejudicial sin actuar en su condición de órgano jurisdiccional, no son órganos jurisdiccionales a los fines del artículo 234 CE. En esos asuntos, resuelven determinados expedientes administrativos en forma judicial, y el Tribunal de Justicia ha declarado que carece de competencia para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas. Esta jurisprudencia se inició

en la sentencia Job Centre I [6] y ha sido confirmada recientemente en la sentencia Salzmann [7] y en el auto del Tribunal de Justicia dictado en el asunto HSB-Wohnbau. [8]

18. En el asunto Job Centre I, las cuestiones prejudiciales habían sido formuladas por el Tribunale civile e penale di Milano, al que se había solicitado que calificara los estatutos de una sociedad en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. De conformidad con el Código Civil italiano, el Tribunale, previa comprobación de que los estatutos de la sociedad cumplen los requisitos previstos en la ley y oído el Ministerio Fiscal, ordena que se inscriba la sociedad en el Registro. El Tribunal de Justicia consideró que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden plantear cuestiones prejudiciales «si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional [...]». En aquel asunto no se cumplía este requisito. El Tribunal de Justicia consideró que el juez remitente en aquel asunto «ejerce una función no jurisdiccional que, por lo demás, en otros Estados miembros se atribuye a autoridades administrativas. En efecto, el juez remitente actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio». [9]

19. En el asunto Salzmann se trataba de una cuestión prejudicial plateada por el Bezirksgericht Bregenz en relación con la inscripción en el Registro de la Propiedad de un contrato de compraventa de un terreno edificable. Según la Ley federal austriaca de 1995 sobre el Registro de la Propiedad, el Bezirksgericht está facultado para inscribir en el Registro transacciones de bienes inmuebles. Para ello, el Bezirksgericht debía examinar si la solicitud de inscripción cumplía los requisitos exigidos legalmente. En su sentencia de 14 de junio de 2001, el Tribunal de Justicia declaró que, en esos casos, el Bezirksgericht no resuelve un litigio, sino que se pronuncia sobre la conformidad de la solicitud con los requisitos legales. Al realizar esa actividad, el Bezirksgericht ejerce una función no jurisdiccional. La demandante en aquel procedimiento principal afirmaba que había solicitado al Bezirksgericht, en un procedimiento calificado de «Rekurs», que inscribiera en el Registro su derecho de propiedad, habida cuenta de que un «Rechtspfleger» —un funcionario judicial— había dictado una resolución desestimatoria en primera instancia, pero el Tribunal de Justicia declaró que el «Rekurs» ante el Bezirksgericht contra la resolución de su Rechtspfleger tiene carácter de reclamación administrativa interna ante el mismo órgano. [10]

20. En el asunto HSB-Wohnbau, el Tribunal de Justicia, mediante auto de 10 de julio de 2001, se declaró manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones planteadas. El Amtsgericht Heidelberg, órgano jurisdiccional encargado del Registro, había presentado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE en relación con un litigio sobre la inscripción en el Registro Mercantil alemán del traslado del domicilio social de una sociedad de responsabilidad limitada desde Alemania a España, sobre el

6 — Sentencia de 19 de octubre de 1995 (C-111/94, Rec. p. I-3361).

7 — Sentencia de 14 de junio de 2001 (C-178/99, Rec. p. I-4421).

8 — Auto de 10 de julio de 2001 (C-86/00, Rec. p. I-5333).

9 — Sentencia Job Centre I, antes citada, apartados 9 a 11.

10 — Sentencia Salzmann, antes citada, apartados 13 a 22. Por lo que se refiere, en especial, a la posición jurídica del Rechtspfleger en el procedimiento, véanse también mis conclusiones en ese asunto (p. I-4423), puntos 38 a 43.

que debía pronunciarse mediante resolución el Amtsgericht. De la resolución de remisión se deduce que el Amtsgericht se dirigió al Tribunal de Justicia en su condición de autoridad encargada de la llevanza del Registro Mercantil y en un procedimiento relativo a una inscripción en dicho Registro. El Amtsgericht es la primera autoridad que conoce de la solicitud de inscripción de la sociedad. De ello, continúa el Tribunal de Justicia, se infiere que, en el asunto principal, el Amtsgericht actúa en el ejercicio de una actividad no jurisdiccional. [11]

21. De estos tres asuntos se desprende que una actividad tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional en estas circunstancias:

— las cuestiones se suscitan en procedimientos en los que se solicita la inscripción de determinada situación jurídica en un registro;

— se ha solicitado al órgano remitente que se pronuncie, en primera instancia y a instancia de parte, sobre la inscripción;

— antes de llevar a cabo la inscripción, los órganos remitentes se limitan a declarar que la solicitud cumple los requisitos exigidos legalmente;

— contra sus resoluciones cabe interponer recurso de apelación.

22. En el presente asunto la resolución de remisión proporciona pocos datos sobre las circunstancias de hecho. Por el contrario, el Tribunal remitente y las partes que han presentado observaciones escritas han expuesto las normas nacionales más relevantes. En mi opinión, de la normativa austriaca relativa a las obligaciones de publicidad y de la legislación en materia de organización judicial se puede deducir que el Landesgericht Wels, como Sala de lo Mercantil, no ha planteado las cuestiones prejudiciales en su condición de órgano jurisdiccional, sino en el marco de las actuaciones de naturaleza administrativa.

23. La principal diferencia con los citados asuntos Job Centre I, Salzmann y HSB-Wohnbau consiste en que, en el presente asunto, no se solicita al órgano jurisdiccional nacional la inscripción de determinada situación jurídica en un registro. La Sala de lo Mercantil del Landesgericht Wels es la encargada de llevanza del Registro Mercantil. Conforme al Handelsgesetzbuch, las cuentas anuales y todos los documentos relacionados con ellas deben ser depositados para su publicación. En el desempeño de esta función administrativa, la Sala de lo Mercantil puede obligar a las sociedades a depositar los documentos de que se trate, bajo apercibimiento de multa coercitiva. Conforme al artículo 24 de la Firmenbuchgesetz se podrá imponer una multa coercitiva a todas las sociedades que no cumplan, dentro del plazo señalado, las obligaciones que les incumban. La Sala de lo Mercantil es, además, competente para

11 — Auto HSB-Wohnbau, antes citado, apartados 14 a 17.

conocer en primera instancia sobre publicidad. [12]

24. La Sala de lo Mercantil debe exclusivamente declarar que no se cumplen los requisitos legales impuestos a la publicidad. Basándose en esta declaración, puede imponer a la empresa que ha incumplido los requisitos la obligación de presentar los documentos contables. La multa coercitiva es, fundamentalmente, un instrumento administrativo para obligar a la sociedad de que se trate a atenerse a sus obligaciones legales y, en Derecho austriaco, se utiliza con frecuencia. Este instrumento coercitivo se impuso de oficio. La Sala de lo Mercantil dispone únicamente de una facultad discrecional a la hora de determinar la cuantía de la multa. [13] Cuando la Sala de lo Mercantil hace uso de estas facultades, debe atenerse a la normativa legal exhaustiva contenida en el Handelsgesetzbuch y en la Firmenbuchgesetz. [14]

25. Conforme al Derecho austriaco, contra la resolución en la que se imponga la obligación de presentar los documentos con apercibimiento de imposición de la multa coercitiva, la sociedad puede imponer un recurso de súplica ante la misma Sala de lo Mercantil que adoptó la resolución («Vorstellung») y un recurso de apelación ante el Oberlandesgericht («Rekurs»). [15] En el presente procedimiento, Lutz interpuso un recurso de súplica a la misma Sala de lo Mercantil, con objeto de que modificara la resolución de 13 de septiembre de 1999. Por consiguiente, considero que, en el presente asunto, el recurso impuesto contra la resolución tiene carácter de reclamación administrativa. [16]

26. Por tanto, el Landesgericht Wels ha planteado las cuestiones prejudiciales en el marco de un recurso administrativo ordinario, desempeñando una función administrativa, de carácter no jurisdiccional. Consiguientemente, las cuestiones no han sido planteadas por un órgano jurisdiccional en el desempeño de funciones jurisdiccionales, a los fines del artículo 234 CE. El Tribunal de Justicia carece de competencias para pronunciarse sobre dichas cuestiones. [17]

27. La sociedad que desee recurrir la decisión de publicidad junto con el apercibimiento de multa coercitiva, puede hacerlo ante el Oberlandesgericht. Cuando éste deba pronunciarse, en apelación y en condición de órgano jurisdiccional, sobre la legalidad de la obligación impuesta y del apercibimiento de multa coercitiva con que se acompaña, podrá plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

12 — Véase el artículo 120, apartado 1, de la FBG. Por lo demás, estas actuaciones las lleva a cabo un órgano judicial unipersonal («Einzelrichter»), véase el artículo 7a, apartado 3, de la Jurisdiktionsnorm (última modificación publicada en BGBl. 140/1997).

13 — Conforme al artículo 24, apartados 1 y 2, de la FBG, dicha cantidad puede ascender a un máximo de 50.000 ATS, o de 100.000 ATS en el supuesto de que no se atienda el primer requerimiento en el plazo de dos meses.

14 — Véanse, en particular, el artículo 282, apartado 1, del öHGB y el artículo 24 de la FBG.

15 — Véase el artículo 9 de la Auserstreitgesetz (RGBl. 208/1854).

16 — En ese sentido, véase también la sentencia Salzmann, antes citada, apartado 21.

17 — A este respecto, véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, de 28 de junio de 2001, en el asunto C-17/00, De Coster (sentencia de 29 de noviembre de 2001, Rec. p. I-9445, p. I-9447). En sus esmeradas conclusiones propone un nuevo contenido de el concepto de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE. Como regla general propugna la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas por cualquier órgano integrado en la estructura judicial nacional. Para ello se requiere previamente que el órgano remitente las haya formulado actuando en condición de órgano jurisdiccional (punto 85).

V. Conclusión

28. Conforme a las consideraciones precedentes, propongo declarar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Landesgericht Wels en su resolución de 9 de mayo de 2000.