CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO SAGGIO

presentadas el 28 de octubre de 1999 *

1. Mediante resolución de 24 de junio de 1997, el Polymenes Protodikeio Athinon (Tribunal de Primera Instancia de Atenas) plantea a este Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación 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 lo sucesivo, «Directiva»), [1] y sobre el ejercicio abusivo de un derecho atribuido por una disposición comunitaria. El juez nacional pregunta en particular si, a la luz de las circunstancias del litigio principal, la norma de Derecho interno que sanciona el ejercicio abusivo de un derecho puede invocarse válidamente para oponerse a una acción de anulación de acuerdos sociales, ejercitada por un accionista por la vulneración de un derecho conferido por la Directiva.

2. El presente asunto forma parte, por tanto, del prolongado litigio surgido en Grecia a propósito de la interpretación y aplicación del artículo 25 de la Directiva en situaciones relativas a empresas en crisis. Procede aclarar desde un principio que dicho litigio ha sido provocado por la demora de dicho Estado miembro en la debida adaptación de su Derecho interno a la Directiva. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de examinar varias veces este problema, [2] y ha declarado claramente, con respecto a disposiciones normativas internas incompatibles con la Directiva, que la disposición de Derecho comunitario antes citada tiene por objetivo «garantizar a los accionistas que sin su participación en el ejercicio del poder para la adopción de acuerdos de la sociedad no se tomará ninguna decisión de aumentar el capital social y, por consiguiente, que afecte a la proporción de las cuotas accionariales de los accionistas». [3]

La normativa comunitaria

3. La Directiva persigue coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 26, p. 1; EE, 17/01, p. 44.

2 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia 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 und Finanz-Holding y Vioktimatiki (asuntos acumulados C-134/91 y C-135/91, Rec. p. I-5699); de 12 de marzo de 1996, Pafitis y otros (C-441/93, Rec. p. I-1347), y sentencia de 12 de mayo de 1998, Kefalas y otros (C-367/96, Rec. p. I-2843).

3 — Sentencia Kefalas, citada en la nota 2 *supra*, apartado 28.

definidas en el apartado 2 del artículo 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE, apartado 2) 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 el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva se dispone que «[t]odo 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». En el apartado 2 del mismo artículo se especifica que «[n]o obstante, los estatutos, la escritura de constitución o la junta general cuya decisión deba ser objeto de publicidad conforme al apartado 1, podrán autorizar el aumento del capital suscrito hasta un importe máximo que fijará respetando el importe máximo eventualmente previsto por la ley. Dentro de los límites del importe fijado, el órgano de la sociedad habilitado a este efecto decidirá, en su caso, aumentar el capital suscrito. Este poder del órgano tendrá una duración de cinco años y podrá ser renovado una o varias veces por la junta general por un período que, en cada renovación, no podrá superar cinco años».

El apartado 1 del artículo 29 establece que «[e]n todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones». En el apartado 4 se añade que el derecho preferente no podrá ser limitado ni suprimido por los estatutos o la escritura de constitución. Sin embargo, sí podrá serlo por decisión de la junta general. El órgano de dirección o de administración deberá presentar a esta junta un informe escrito que indique las razones de limitar o de suprimir el derecho preferente y que justifique el precio de emisión propuesto.

4. El apartado 1 del artículo 41, por último, concede a los Estados miembros la facultad de no aplicar el artículo 25, en la medida en que ello sea necesario para la adopción o la aplicación de las disposiciones destinadas a favorecer la participación de los trabajadores o de otras categorías de personas determinadas por la ley nacional en el capital de las empresas.

5. La Directiva señalaba a los Estados miembros un plazo de dos años para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la misma. En el caso de Grecia, a la vista del Acta de adhesión, dicho plazo expiró el 1 de enero de 1981.

La normativa nacional

6. Mediante la Ley nº 1386, de 5 de agosto de 1983 [4] (en lo sucesivo, «Ley»), se constituyó en Grecia el «Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE»

4 — *FEK* A' 107/8.8.1983, p. 14.

(en lo sucesivo, «OAE»), sociedad anónima cuyo capital está enteramente suscrito por el Estado y cuyo objeto es contribuir al desarrollo económico y social del país mediante el saneamiento financiero de las empresas, la importación y aplicación de las tecnologías extranjeras, el desarrollo del patrimonio tecnológico nacional, así como la creación y gestión de empresas nacionalizadas o de economía mixta (apartado 2 del artículo 2 de la Ley).

Con el fin de alcanzar dichos objetivos, el OAE puede asumir la administración y la gestión corriente de empresas en fase de saneamiento o nacionalizadas, adquirir participaciones en el capital de empresas, conceder o contraer préstamos, adquirir obligaciones y transmitir acciones en particular a los trabajadores o a sus órganos representativos, a las entidades locales o a otras personas jurídicas de Derecho público, a las instituciones de beneficencia, a los organismos sociales o a los particulares (apartado 3 del artículo 2 de la Ley).

7. De conformidad con el apartado 1 del artículo 5 de la Ley, el Ministro de Economía nacional podrá someter al régimen establecido por esta Ley a las empresas que atraviesen graves dificultades financieras. A continuación, en el artículo 7 se prevé que el Ministro competente podrá atribuir al OAE la administración de la empresa, reducir sus deudas para garantizar su viabilidad o proceder a su liquidación.

En el apartado 1 del artículo 8, en su versión modificada por la Ley nº 1472/1984,[5] se dispone que la publicación de la decisión ministerial por la que se somete a la empresa a dicho régimen pone fin a las facultades de los órganos de administración social, y que la junta general, aunque subsiste, no puede destituir a los integrantes del consejo de administración designados por el OAE. En el apartado 8 se prevé que este último órgano, durante la administración provisional de la sociedad sometida al régimen de que se trata, puede, entre otras opciones, decidir el aumento del capital social, excluyendo así la aplicación de las disposiciones vigentes en materia de sociedades anónimas que prevén, en cambio, la competencia exclusiva de la junta general a este respecto. El aumento ha de ser posteriormente aprobado por el Ministro competente. La Ley dispone que los antiguos accionistas conservan, no obstante, un derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones que pueden ejercer en el plazo señalado en la decisión de aprobación adoptada por el Ministro.

8. Asimismo, procede recordar que la Ley nº 1386/1983 ha sido objeto de la Decisión 86/167/CEE de la Comisión, de 7 de octubre de 1987, adoptada en el marco del procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE).[6] En dicha Decisión, la Comisión no formuló ninguna objeción a la aplicación de la Ley, siempre y cuando el Gobierno helénico modificase antes del 31 de diciembre de 1987 las disposiciones relativas al aumento de capital para ajustarlas a los artículos 25, 26, 29 y 30 de la Segunda Directiva. El 7 de marzo de 1989, la

5 — *FEK* A' 112/6.8.1984, p. 1273.
6 — DO L 76, p. 18.

Comisión inició un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado CE (actualmente artículo 226 CE) por el incumplimiento, por la República Helénica, de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Segunda Directiva. El 10 de marzo de 1990, el Parlamento helénico aprobó la Ley nº 1882/1990, [7] con la cual modificaba la normativa anterior sobre el punto controvertido en el sentido deseado por la Comisión. Por tanto, hasta dicha fecha la República Helénica no cumplió la obligación de adaptar su ordenamiento jurídico interno a la Directiva.

9. Por último, en el artículo 281 del Código Civil helénico se dispone que «el ejercicio de un derecho está prohibido cuando traspasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, la costumbre o la finalidad socio-económica de tal derecho».

Hechos y cuestiones prejudiciales

10. De la resolución de remisión se desprende que el Sr. Diamantis, demandante en el procedimiento principal, es accionista minoritario de la sociedad anónima Plastika Kavalas AE. A principios de los años ochenta, dicha sociedad atravesaba serias dificultades financieras. Por tal razón, el 24 de agosto de 1983 la mayoría de los accionistas, entre los que, según el Juez *a quo*, se encontraba el propio Sr. Diamantis, solicitó que la sociedad se sometiera al régimen previsto en la Ley nº 1368/1983. La solicitud se reiteró el 20 de diciembre del mismo año.

11. A raíz de la solicitud de la sociedad se procedió a consultar a la correspondiente comisión ministerial constituida con arreglo al artículo 11 de la Ley. Habida cuenta de la precaria situación financiera de la sociedad, dicha comisión propuso someterla al régimen de liquidación especial previsto en el apartado 3 del artículo 7 y en el artículo 9 de la Ley, que habría entrañado la liquidación inmediata de su activo y el pago de las deudas sociales. Sin embargo, el dictamen de la comisión no fue seguido por el Ministro, quien, mediante la decisión nº 212, de 3 de febrero de 1984, [8] sometió a la sociedad a un régimen diferente, aunque regulado por esa misma Ley en el apartado 1 del artículo 7, en particular el régimen de la administración provisional por el OAE.

12. El 28 de mayo de 1986, el OAE decidió aumentar el capital de la sociedad en un importe de 177.000.000 DR, elevando el capital de 87.200.000 DR a 246.200.000 DR. Dicha decisión fue aprobada por el Ministro. De conformidad con la Ley, se ofreció a los antiguos accionistas la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones en el plazo de 45 días desde la publicación de la decisión ministerial (que tuvo lugar el 11 de junio de 1986). A falta de respuesta positiva de los accionistas, las nuevas acciones se pusieron a disposición del OAE, que llegó por tanto a poseer cerca del 67% del capital social de Plastika Kavalas. El 11 de diciembre de 1986, la

7 — *FEK* A' 43/23.3.1990.

8 — *FEK* B' 60/8.2.1984.

junta general de accionistas, cuya mayoría correspondía entonces al OAE, acordó reducir el capital social al mínimo obligatorio de 5 millones de DR autorizado por la ley.

El 9 de enero de 1987, mediante la decisión nº 14 del Viceministro de Industria, Energía y Tecnología, el capital social se aumentó de nuevo, de conformidad con el artículo 10 de la Ley nº 1386/1983, hasta alcanzar un importe definitivo de 1.267.200.000 DR, dividido en 1.267.200 acciones. A partir de ese momento, la sociedad recuperó el funcionamiento regular. Por la misma decisión ministerial se puso fin a la administración provisional confiada al OAE. En 1991, la mayoría de las acciones se cedieron a la sociedad Plastika Makedonias AE y posteriormente, en febrero de 1994, la sociedad Plastika Kavalas quedó integrada en el grupo Petzetakis.

Desarrollo del procedimiento

13. El 22 de febrero de 1991, el Sr. Diamantis, accionista de la sociedad, solicitó al Polymeles Protodikeio Athinon que declarase la nulidad de las modificaciones (dos aumentos y una reducción) del capital social de la sociedad Plastika Kavalas efectuadas con arreglo a la Ley nº 1386/1983. El Sr. Diamantis sostenía que los acuerdos de la junta general eran contrarios al apartado 1 del artículo 25 de la Directiva, alegando que tales aumentos habían reducido su cuota sobre la totalidad de las acciones.

14. Los demandados, el Estado helénico y el OAE, alegaron que, de conformidad con el artículo 281 del Código Civil helénico, el demandante había ejercido de modo abusivo el derecho que le confería el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva y, por tanto, solicitaron la desestimación de la demanda. En opinión de los demandados, los elementos que en el asunto controvertido constituyen el abuso de derecho estriban en las circunstancias siguientes: a) el propio demandante, junto con otros accionistas, había solicitado que la sociedad fuera sometida al régimen previsto en la Ley nº 1386/1983; b) dadas las dificultades económicas de la sociedad, el demandante no había deseado un aumento del capital social y en ningún momento había ejercido, en efecto, el derecho de suscripción preferente concedido desde el primer aumento; c) sólo decidió ejercer su derecho después del saneamiento de la sociedad, del cual el propio demandante, en definitiva, se ha beneficiado, aunque ha producido consecuencias sustanciales e irreversibles sobre el reparto del capital y de las acciones; en efecto, la acción judicial no se interpuso hasta que transcurrieron cinco y cuatro años, respectivamente, del primer y segundo aumento de capital.

15. El juez remitente estima que el recurso es procedente conforme a Derecho, pero considera igualmente procedente, desde el punto de vista fáctico y jurídico, la excepción propuesta por los demandados. El juez remitente llega a tal conclusión después de practicar unas diligencias de prueba de las que resulta, por una parte, que el deman-

dante en el procedimiento principal había participado en la solicitud de que la sociedad fuera sometida al régimen previsto en la Ley, y, por otra, que por causa de la mala situación económica de la sociedad, el propio demandante no había querido ejercer en ningún momento el derecho de suscripción preferente conferido por la legislación nacional. A la vista de tales circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta del tiempo transcurrido desde las operaciones de aumento y de reducción temporal del capital social, considera que el ejercicio del derecho por el demandante y la eventual revisión de situaciones jurídicas ya consolidadas traspasan los límites impuestos por la buena fe, por la moral y por la finalidad socioeconómica del propio derecho.

Por estimar útil, no obstante, que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la aplicación, en el presente asunto, del principio del abuso del derecho —considerado, a la luz de la jurisprudencia precedente, como «principio general del Derecho de los Estados miembros»— el órgano jurisdiccional nacional ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Habida cuenta de los hechos concretos expuestos en los fundamentos de la presente resolución, ¿se plantea la cuestión, tanto jurídica como material, de la aplicación del artículo 281 del Código Civil helénico respecto al ejercicio abusivo del derecho del demandante, en relación con los artículos 25, apartado 1, y 29, apartado 1, de la Segunda Directiva?

2) En caso de que el Tribunal de Justicia considere procedente, desde el punto de vista jurídico y material, la excepción antes referida, ¿qué consecuencia tiene esta circunstancia sobre la validez de las Órdenes Ministeriales relativas al aumento y reducción del capital de la sociedad de que se trata, de la cual es accionista el demandante?; por extensión, ¿son compatibles con el Derecho comunitario las disposiciones de los artículos 8, apartado 8, y 10, apartado 1, de la Ley nº 1386/1983, habida cuenta de que, sin tener en cuenta las disposiciones del artículo 281 del Código Civil helénico, se ha declarado que esas disposiciones son contrarias a las normas de la Directiva 77/91/CEE?»

16. El 20 de noviembre de 1997, el Tribunal de Justicia decidió suspender el procedimiento hasta dictar la sentencia Kefalas, antes citada. Una vez dictada, la sentencia fue remitida al juez *a quo*, a fin de que éste pudiera decidir si mantenía o no las cuestiones prejudiciales. El órgano jurisdiccional griego respondió al Tribunal de Justicia que no estaba autorizado para reexaminar de oficio su propia resolución y que, de todos modos, las circunstancias de hecho de la sentencia Kefalas no eran, en su opinión, del todo análogas a las del litigio del que estaba conociendo.

Sobre las cuestiones prejudiciales

17. Antes de abordar a fondo las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional helénico, considero necesario recordar bre-

vemente las conclusiones a las que el Tribunal de Justicia ya ha llegado en sus sentencias precedentes, antes citadas, relativas a la interpretación del artículo 25 de la Segunda Directiva y a la compatibilidad con dicha disposición de la normativa griega relativa al saneamiento de las empresas en crisis, objeto del presente procedimiento.

18. Al pronunciarse con carácter prejudicial en el marco de diversos procedimientos iniciados por accionistas de sociedades sometidas a modificaciones de capital acordadas en vía administrativa, el Tribunal de Justicia declaró en primer lugar que, con arreglo al apartado 1 del artículo 25 de la Directiva, la competencia para decidir sobre las modificaciones del capital reside de manera exclusiva en la junta general de accionistas. Una vez establecido que dicha disposición tiene eficacia directa, [9] el Tribunal de Justicia declaró que dicho artículo se opone a la aplicación de una normativa nacional que, con objeto de garantizar el saneamiento de sociedades en crisis, establece que podrá acordarse mediante acto administrativo el aumento de su capital social, sin perjuicio de que se reconozca a los accionistas un derecho de suscripción preferente sobre las acciones que deban emitirse. En efecto, el Tribunal de Justicia precisó que el objetivo principal de la Directiva, que consiste en garantizar un nivel mínimo de protección de los accionistas en todos los Estados miembros, «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 de capital 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». [10] El Tribunal de Justicia, por tanto, estimó que ni siquiera basándose en una normativa especial destinada al saneamiento de empresas puede privarse a la junta general de accionistas de la facultad más «íntima» e irrenunciable, la de modificar el valor del capital, es decir, el patrimonio de la sociedad y, simultáneamente, de los propios accionistas. [11]

19. En la sentencia Pafitis, antes citada, si bien no se planteó cuestión específica alguna al respecto, el Tribunal de Justicia se ocupó por primera vez de la eventual aplicación de la norma nacional relativa al abuso de derecho en acciones judiciales iniciadas por accionistas de sociedades sujetas a la ley griega. Si bien no se pronunció sobre la posibilidad de invocar una norma nacional para apreciar si un derecho conferido por las disposiciones comunitarias es ejercido de manera abusiva, el Tribunal de Justicia declaró que «no es menos cierto que, de todos modos, la aplicación de esta norma no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros». A la vista de las

9 — Sentencia Karella y Karellas, citada en la nota 2 *supra*, apartado 23; sentencia Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias, citada en la nota 2 *supra*, apartado 43; sentencia Kerafina, citada en la nota 2 *supra*, apartado 18.

10 — Sentencia Karella y Karellas, citada en la nota 2 *supra*, apartado 26; sentencia Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias, citada en la nota 2 *supra*, apartado 33; sentencia Kerafina, citada en la nota 2 *supra*, apartado 18.

11 — Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro presentadas en el asunto Pafitis, citado en la nota 2 *supra*, punto 13.

circunstancias de hecho de ese asunto, el Tribunal de Justicia desestimó las alegaciones presentadas por el Gobierno helénico, concluyendo que «la aplicación uniforme del Derecho comunitario y su plena eficacia resultarían menoscabadas 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».

20. La excepción de abuso de derecho propuesta con respecto a la invocación, ante los órganos jurisdiccionales griegos, del derecho conferido por el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva, fue de nuevo objeto de la atención del Tribunal de Justicia en el reciente asunto Kefalas. En esta ocasión, se solicitó expresamente al Tribunal de Justicia que dilucidase si el órgano jurisdiccional griego puede aplicar el artículo 281 del Código Civil con el fin de apreciar si un derecho conferido por la legislación comunitaria es ejercido por su titular de manera abusiva, o si tal apreciación es posible en virtud de un principio general de Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia declaró que está permitido que el órgano jurisdiccional nacional aplique una norma interna para apreciar si un derecho derivado de una norma comunitaria es ejercido de manera abusiva. Partiendo de que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta, el Tribunal de Justicia añadió que «[p]or consiguiente, no puede considerarse contrario al ordenamiento jurídico comunitario que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen una norma nacional, como la del artículo 281 del Código Civil helénico, para apreciar si un derecho derivado de una disposición comunitaria se ejerce de forma abusiva». [12] El Tribunal de Justicia recordó a continuación, como ya había declarado en la sentencia Pafitis, que «la aplicación de una norma nacional de dicha naturaleza no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros». En consecuencia, «al efectuar la apreciación del ejercicio de un derecho derivado de una disposición comunitaria, los órganos jurisdiccionales no pueden modificar su alcance ni poner en peligro los objetivos por ella perseguidos». [13]

21. Sobre el fondo, el Tribunal de Justicia señaló en aquella ocasión que quedaría menoscabada la aplicación uniforme del Derecho comunitario y su plena eficacia si, cuando un accionista no ejercita el derecho de suscripción preferente, previsto en el apartado 1 del artículo 29 de la Segunda Directiva, sobre las nuevas acciones emitidas a raíz del aumento de capital controvertido, amparándose a tal efecto en el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva, se considera que comete un abuso del derecho reconocido por este último precepto. [14] En efecto, el Tribunal de Justicia declaró que «el ejercicio del derecho de suscripción preferente habría significado que el accionista deseaba aportar su colaboración en la puesta en práctica de la

12 — Sentencia Kefalas, citada en nota 2 *supra*, apartado 21.
13 — Sentencia Kefalas y otros, apartado 22.
14 — Sentencia Kefalas y otros, apartado 26.

decisión de aumentar el capital sin la aprobación de la junta general, decisión que impugna precisamente basándose en el apartado 1 del artículo 25 de la Segunda Directiva. Por consiguiente, pedir a un accionista que participe en un aumento de capital acordado sin aprobación de la junta general, como requisito para invocar dicha disposición, modificaría el alcance de ésta». [15]

22. De esta última sentencia se desprende que el Tribunal de Justicia ha admitido que el órgano jurisdiccional nacional aplique una norma interna con el fin de dilucidar si un derecho conferido por una disposición comunitaria se ejerce de manera abusiva, siempre que, no obstante, el recurso a dicha norma no comprometa la plena eficacia y la aplicación uniforme del Derecho comunitario y, en particular, no entrañe una modificación del contenido de la disposición comunitaria ni ponga en peligro los objetivos que ésta persigue.

Se trata, por tanto, bien mirado, de una concesión más aparente que real a los ordenamientos jurídicos internos. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha preferido admitir que esa apreciación se efectúe mediante la aplicación de una norma interna y no de un principio general de Derecho comunitario, se ha apresurado a señalar los límites que el Derecho comunitario impone a dicha aplicación. Huelga añadir que lo mismo sucede especialmente si la aplicación de la norma interna conduce, como en el presente asunto, a la consolidación de una situación jurídica contraria al Derecho comunitario.

23. Por tanto, resulta evidente que si, por una parte, el Tribunal de Justicia ha señalado que la norma aplicable con el fin de apreciar el comportamiento abusivo es la interna, por otra, ha aportado criterios precisos que remiten, en última instancia, al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno y que delimitan dentro de márgenes bien definidos la aplicación de una norma interna que, lejos de poder ser calificada de «procesal», implica una apreciación relativa al ámbito de aplicación material de la disposición de Derecho comunitario que tiene por objeto atribuir derechos. Por tanto, se prohíbe expresamente a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar la norma interna relativa al abuso de derecho en todos los casos en que la aplicación de dicha norma entrañe una modificación del contenido de la disposición comunitaria o comprometa sus objetivos.

24. La remisión efectuada por el Tribunal de Justicia al sistema nacional ha de entenderse correctamente, por consiguiente, como la indicación de un instrumento, a disposición del órgano jurisdiccional nacional, dirigido a garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario y, así, a evitar que un derecho atribuido por una disposición comunitaria se ejerza cuando dicha disposición es 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 es «aparentemente» conforme a los preceptos de la disposición de que se trate. [16] En otros términos, se trata de una valoración que también comprende el ámbito de aplicación de la norma, sus

15 — Sentencia Kefalas y otros, apartado 27.

16 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto Kefalas, citado en la nota 2 *supra*, puntos 24 a 27, y las sentencias del Tribunal de Justicia allí citadas.

límites intrínsecos. Desde esta perspectiva, dejar al órgano jurisdiccional nacional la posibilidad de aplicar la norma interna que sanciona una utilización abusiva del derecho es tanto como sancionar la invocación del Derecho comunitario cuando dichos límites se han superado; es decir, cuando la norma comunitaria no ha de ser aplicada.

25. Dicho esto, es obligado deducir que la apreciación de los límites intrínsecos de una disposición comunitaria que atribuye derechos constituye una operación de interpretación del Derecho comunitario que corresponde, en último término, al Tribunal de Justicia. En efecto, en la sentencia Kefalas, antes citada, el Tribunal de Justicia se ha ocupado de proporcionar al órgano jurisdiccional nacional las aclaraciones necesarias sobre el objetivo perseguido por el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva. Dicho objetivo consiste, a juicio del Tribunal de Justicia, en «garantizar a los accionistas que sin su participación en el ejercicio del poder para la adopción de acuerdos de la sociedad no se tomará ninguna decisión de aumentar el capital social y, por consiguiente, que afecte a la proporción de cuotas accionariales de los accionistas». [17] Si el órgano jurisdiccional nacional está en condiciones de comprobar que los destinatarios del derecho atribuido por la disposición comunitaria —en el presente asunto, los accionistas, titulares del derecho de oponerse a que la decisión de aumentar el capital se adopte sin su participación— ejercitaron la acción de anulación del aumento de capital con la única finalidad de obtener, en perjuicio de la sociedad, ventajas ilícitas y manifiestamente ajenas al objetivo del apartado 1 del artículo 25 de la Directiva, podrá aplicar la norma interna sobre el abuso de derecho con la finalidad de desestimar esa demanda.

26. Una vez aclarado el significado que, a mi juicio, debe atribuirse a la remisión efectuada por el Tribunal de Justicia a la norma interna relativa al abuso de derecho, y abordando la situación concreta sobre la cual versa el litigio principal, procede subrayar, en primer lugar, que las consideraciones formuladas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kefalas son útiles para la respuesta que deba darse a las cuestiones que examino, puesto que los hechos tomados en consideración en dicha sentencia coinciden en parte con los del litigio principal. En efecto, también en el presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional estima que puede determinarse la existencia de un ejercicio abusivo del derecho a oponerse a modificaciones del capital social acordadas en vía administrativa, porque el accionista demandante en el litigio principal no había ejercido el derecho de suscripción preferente del cual gozaba en virtud del primer aumento de capital. He señalado con anterioridad, como el Tribunal de Justicia ya ha precisado en la sentencia Kefalas, [18] que considerar abusivo el ejercicio del derecho por tal motivo entrañaría una modificación de la disposición comunitaria, puesto que significaría, paradójicamente, exigir a un accionista que participe en un aumento de capital acordado sin la aprobación de la junta general para poder impugnar judicialmente dicho aumento por vulnerar el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva. Lo mismo ha de decirse respecto al hecho, mencionado por el Juez *a quo*, de que, gracias a la intervención pública, la sociedad se saneó a satisfacción de los acreedores y de los propios accionistas. El Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que la competencia de la junta general para adoptar acuerdos se aplica incluso en aquellos casos en que la sociedad de que se trate atraviese graves dificultades financieras. [19] Por otra parte, es

17 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*, apartado 28.

18 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*, apartados 26 y 27.

19 — Véase, recientemente, la sentencia Kefalas, citada en la nota 2 *supra*, apartado 24.

evidente que el aumento de capital tiene por finalidad, por definición, mejorar la situación patrimonial de la sociedad, por lo que considerar abusivo un recurso basado en el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva por dicho motivo significaría sancionar el simple ejercicio del derecho atribuido por la disposición comunitaria, modificándose así el alcance de esta última.

27. Queda, por tanto, examinar otra circunstancia que, en opinión del juez remitente, permitiría considerar «abusivo», en el presente asunto, el ejercicio de la acción por el demandante. Se trata del hecho de que el propio demandante, junto con los otros treinta y dos accionistas que representaban la mayoría de la sociedad, había solicitado que esta última fuera sometida al régimen especial previsto en la Ley nº 1386/1983. Transcurridos varios años desde el controvertido aumento de capital, el ejercicio del derecho por el accionista y la revisión de situaciones jurídicas ya consolidadas y —supongo— irrevocables con arreglo al Derecho griego constituirían, en opinión del Juez *a quo*, un incumplimiento de los plazos impuestos por la buena fe, la moral y la finalidad socio-económica del derecho.

28. Procede señalar sin demora que no comparto esta conclusión. Admitir el punto de vista sugerido por el órgano jurisdiccional griego entrañaría, en realidad, interpretar el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva en el sentido de excluir de su ámbito de aplicación a los accionistas que, por así decir, hayan consentido la infracción de su derecho a decidir sobre el destino del capital social, confiando la gestión de la sociedad a un organismo distinto de la junta general. En otras palabras, se trataría de sancionar mediante el principio general del abuso de derecho el comportamiento contradictorio del accionista que, en un primer momento, hubiera aceptado renunciar a un derecho garantizado, sin embargo, por las normas comunitarias, para después impugnar, en un segundo momento, decisiones que sólo constituyen la aplicación concreta del régimen que, aunque contrario a la Directiva, él mismo había invocado.

29. Ahora bien, no estimo que deba atribuirse necesariamente al comportamiento del accionista el significado que el órgano jurisdiccional nacional —y con él, el Gobierno helénico— pretenden atribuirle. Solicitar la aplicación de la Ley no significa necesariamente que el accionista acepte que la facultad para adoptar decisiones relativas al aumento de capital se transfiera a un órgano ajeno a la junta general. La sujeción de la sociedad al régimen previsto por la Ley ofrece, en efecto, una amplia gama de soluciones respecto al destino de la sociedad, por lo cual sería como mínimo forzado atribuir un determinado significado al comportamiento del accionista. Con mayor motivo cuando, como el propio órgano jurisdiccional nacional señala, el accionista demandante en el litigio principal no deseó nunca un aumento de capital y por tal razón no ejerció el derecho de suscripción preferente del cual, no obstante, disfrutaba. Por tanto, cabe suponer que, con su participación en la solicitud de que la sociedad fuera sometida a la ley especial, el accionista pretendía en realidad obtener un resultado distinto, a saber, la liquidación de la sociedad con los beneficios que la misma ley concedía. Esta conclusión resulta totalmente plausible, puesto que la situación financiera de la sociedad en el momento en que se presentó la solicitud era tan comprometida que incitó a la propia comisión consultiva, prevista por

la Ley, a proceder a su liquidación, con las ventajas, a efectos del pago de las deudas, señaladas en los artículos 7 y 9 de la Ley.

30. En definitiva, es cierto que, con la solicitud de sujeción de la sociedad al régimen previsto por la ley, los accionistas no podían descartar automáticamente que la aceptación de dicha solicitud podría tener como consecuencia la atribución a un órgano externo de la facultad de acordar modificaciones del capital social. No obstante, considero que la vinculación entre la voluntad de los accionistas y las decisiones de los órganos administrativos es demasiado vaga e indirecta para sostener que, al interponer la acción de nulidad de los acuerdos adoptados vulnerando la Directiva, los accionistas hayan pretendido obtener, en perjuicio de la sociedad, ventajas ilegales y manifiestamente ajenas al objetivo de la norma.

31. Pero aún hay más. Procede recordar que la alegación principal —que ahora, a la luz de la sentencia Kefalas, es en realidad la única— que los demandados en el litigio principal aducen para calificar de «abusivo» el ejercicio del derecho por el accionista, se refiere a la demora con que éste ejercitó la acción judicial con el fin de obtener la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados vulnerando la Directiva. En otras palabras, el accionista sobrepasó los límites impuestos por la buena fe, la moral y la finalidad socio-económica del derecho, puesto que lo ejerció años después de las operaciones societarias de que se trata, mientras que, en un primer momento, al solicitar la aplicación del régimen previsto por la ley especial, había manifestado de forma tácita y previa su consentimiento a la vulneración de su derecho. En opinión de los demandados en el litigio principal, esta actitud demuestra, a fin de cuentas, que el verdadero objetivo perseguido por el accionista, al ejercitar la acción ante el órgano jurisdiccional nacional, consiste en obtener ventajas ilícitas en perjuicio de la sociedad, no precisadas, sin embargo, ni por los demandados en el litigio principal ni por el Juez *a quo*.

32. No cabe acoger esa alegación. Para fundamentar esta conclusión basta con tener debidamente en cuenta que el derecho cuyo ejercicio «tardío» se reprocha al accionista es una situación jurídica atribuida por una Directiva comunitaria a la que el Estado helénico no ha adaptado su Derecho interno en el plazo señalado. En efecto, en la fecha señalada en el Acta de adhesión (1 de enero de 1981), Grecia debería haber adaptado su Derecho interno a la Directiva cuyo incumplimiento se discute. Como es sabido, no fue así; por el contrario, dos años después de la citada fecha ese Estado miembro adoptó una normativa interna que prevé un régimen de aumento del capital de las sociedades que se opone al artículo 25 de la Directiva.

33. Ahora bien, en una situación así, caracterizada por un incumplimiento manifiesto y continuo por dicho Estado miem-

bro de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, no considero que puedan extraerse consecuencias negativas para un particular por la falta de ejercicio en tiempo oportuno de un derecho,[20] atribuido por una Directiva a la que no se dio cumplimiento, ni de comportamientos aparentemente contradictorios o negligentes con respecto a las posibilidades ofrecidas por la Directiva. En cambio, resulta totalmente justificado considerar que el particular no estaba en situación de conocer su derecho antes de la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva. Procede recordar que la Directiva es un acto dirigido únicamente a los Estados miembros; hasta las modificaciones introducidas por el Tratado de Maastricht, todas las Directivas entraban en vigor exclusivamente tras su notificación a los Estados destinatarios. Además, la Directiva de que se trata fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie L, en la parte relativa a los actos cuya publicación no es un requisito para su aplicabilidad; por tanto, a la publicación, efectuada con fines meramente informativos, no podía vincularse, a mi juicio, presunción *erga omnes* de conocimiento por parte de los administrados.

34. Procede recordar, a continuación, que el artículo 189 del Tratado CE (actualmente artículo 249 CE), en relación con el principio general de la buena fe previsto en el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) y con la cláusula general recogida en el texto de las Directivas,[21] impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la Directiva, y de eliminar de su propio ordenamiento las disposiciones internas contrarias. Cuando no sucede así, como en el presente asunto, el Estado miembro se encuentra en una situación de incumplimiento y no puede reprochar a un particular, titular de derechos derivados de la Directiva, no haber reaccionado en tiempo oportuno frente a una vulneración de dichos derechos. Lo mismo cabe decir del supuesto consentimiento previo a la vulneración de la Directiva, que se manifestó mediante la solicitud de que la sociedad fuera sometida al régimen de la Ley sobre saneamiento de empresas. En efecto, no cabe excluir que el comportamiento del particular obedezca a la circunstancia de que, a su juicio, el régimen especial previsto por la Ley no presentaba ninguna incompatibilidad con el Derecho comunitario. Este convencimiento, aunque erróneo, fue provocado exclusivamente por el comportamiento ilegal del Estado helénico, que en el momento de la solicitud aún no había adaptado su Derecho interno a la Directiva y, por tanto, no había ofrecido a sus administrados la posibilidad de conocer plenamente los derechos concedidos por dicha Directiva.

35. En estas condiciones, considero que es un error pretender imponer al particular una obligación de conocer su derecho, so pena de calificar de «abusivo» el ejercicio del derecho basado en la Directiva a la que no se ha dado cumplimiento, en todos los casos en que su comportamiento haya sido de algún modo incoherente con el contenido de la misma Directiva. Sostener una opinión diferente supondría conceder al Estado responsable del incumplimiento y, por tanto, responsable directo de las difi-

20 — No está de más señalar que el recurso del accionista fue interpuesto en tiempo oportuno para evitar el transcurso de los plazos de prescripción.

21 — El artículo 43 de la Directiva exige a los Estados miembros que adapten su legislación a dicha Directiva en un plazo de dos años a partir de su notificación. Como ya he recordado con anterioridad, en el caso de Grecia, el plazo expiró, de conformidad con el artículo 143 del Acta de adhesión, el 1 de enero de 1981.

cultades del particular para conocer su derecho, la posibilidad de beneficiarse de su propio incumplimiento invocando la norma sobre el abuso de derecho y provocando así la desestimación de la demanda presentada por el accionista. De igual modo, se obligaría al particular a realizar una averiguación, de resultados más que inciertos, para determinar si las disposiciones de la Directiva de que se trata, a la que no se ha adaptado el Derecho interno, cumplen los requisitos de claridad y precisión necesarios para poder ser invocados judicialmente frente al Estado responsable del incumplimiento.

36. Las circunstancias que dieron origen al presente asunto confirman la conclusión alcanzada. De la resolución de remisión y de las observaciones presentadas se desprende que el demandante en el procedimiento principal interpuso su recurso en febrero de 1991, es decir, varios años después de la adopción de los actos controvertidos (observando siempre, no obstante, los plazos de caducidad y prescripción), pero inmediatamente después de la presentación ante este Tribunal de Justicia de las conclusiones del Abogado General en el asunto Karella y Karellas. [22] En efecto, la defensa del demandante señaló en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia que sólo la lectura de dichas conclusiones, que más tarde fueron compartidas por el Tribunal de Justicia, había podido esclarecer definitivamente en Grecia la situación jurídica de los accionistas, el efecto directo de la Directiva y, por tanto, la posibilidad de hacer valer en juicio el derecho que les atribuye esta última, a la que el Derecho interno se había adaptado poco tiempo antes mediante disposiciones carentes de efecto retroactivo. En consecuencia, sólo a partir de aquel momento el accionista pudo tener conocimiento de su derecho a oponerse a un aumento de capital de su sociedad efectuado en vía administrativa. En efecto, antes de esa fecha, la Administración y los órganos jurisdiccionales consideraban completamente legal la aplicación de la norma interna que autorizaba un aumento de este tipo. Pretender calificar de abusivo el ejercicio de una acción fundada en la Directiva por el simple hecho de que, antes de la intervención del Estado miembro dirigida a adaptar su Derecho interno a aquélla y, por tanto, en una situación de incumplimiento de dicho Estado, el particular había adoptado un comportamiento totalmente lícito con arreglo a la legislación interna, pero contrario a la Directiva, equivaldría a imponer al particular la obligación de tener conocimiento de los derechos conferidos por una Directiva comunitaria, pues la falta de ejercicio de tales derechos o un comportamiento contrario entrañaría consecuencias negativas para él. En consecuencia, se menoscabaría así, en primer lugar, el principio según el cual el efecto directo «vertical» de las Directivas es un medio puesto a disposición de los particulares para reaccionar ante infracciones del Derecho comunitario por el Estado miembro y, en segundo lugar, el efecto disuasorio de este medio sobre los incumplimientos de la obligación de adaptar debidamente el Derecho interno a las Directivas en los plazos establecidos. En cambio, a mi juicio, la ignorancia, por parte del particular, del derecho conferido por una Directiva a la que no se ha

22 — Conclusiones presentadas el 30 de enero de 1991 en el asunto Karella y Karellas, citado en la nota 2 *supra*. En aquella ocasión, el Abogado General Sr. Tesauro propuso por primera vez al Tribunal de Justicia que respondiera de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por el Consejo de Estado helénico: 1) las normas contenidas en el artículo 25 de la Directiva son incondicionales y suficientemente precisas de forma que el particular puede alegarlas ante un órgano jurisdiccional nacional contra la Administración, afirmando que son incompatibles con la normativa contenida en una disposición legal; 2) dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que impiden la aplicación de una normativa que, con objeto de regular la gestión de determinadas empresas en crisis, aun reconociendo a los antiguos accionistas un derecho de suscripción preferente, permite decidir el aumento del capital social mediante acto administrativo y sin acuerdo de la junta.

adaptado el Derecho interno ha de considerarse totalmente irreprochable, dado que no es más que la consecuencia inevitable de un comportamiento —este sí, reprochable— del Estado miembro que no cumple la obligación de adaptación. En otras palabras, teniendo en cuenta las circunstancias de la publicación, el hecho de que la Directiva tenga como destinatarios a los Estados miembros, la obligación que incumbe a éstos de adaptar su ordenamiento jurídico interno a aquélla, la exigencia de aplicación uniforme e integral de las Directivas en los Estados miembros y, por último, la aplicación del principio general de la buena fe previsto en el artículo 5 del Tratado CE, no procede considerar que exista, en el estado actual del Derecho comunitario, una presunción de conocimiento de derechos atribuidos por una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno. En consecuencia, un comportamiento de un particular sólo en apariencia incoherente —como el del presente asunto— no puede ser sancionado en ningún caso mediante la aplicación del principio general que prohíbe el abuso de derecho. [23]

37. En consecuencia, estimo que cabe responder a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que la plena eficacia y la aplicación uniforme del artículo 25 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, resultarían menoscabadas si se permitiese al órgano jurisdiccional nacional calificar de abusivo el ejercicio del derecho de un accionista, por el hecho de no haber ejercido el derecho de suscripción preferente sobre las acciones emitidas a raíz de un aumento de capital efectuado con arreglo a modalidades incompatibles con el artículo 25 de la Directiva o por haber solicitado que su sociedad fuera sometida a la aplicación de una ley interna incompatible con la Directiva en un momento en que, como consecuencia del incumplimiento del Estado miembro que invoca el ejercicio abusivo del derecho, el accionista podía legítimamente no tener conocimiento del derecho que le confería la Directiva a la que no se había adaptado el Derecho interno.

38. Mediante la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional desea conocer qué consecuencias puede entrañar, sobre la validez de la resolución ministerial de modificación del capital social, la estimación de la excepción de abuso de derecho. Por la respuesta dada a la primera cuestión, considero que no es necesario examinar la segunda. En cambio, si a juicio del Tribunal de Justicia las circunstancias de hecho mencionadas por el órgano jurisdiccional nacional justifican la aplicación de la excepción del abuso de derecho, a falta de ulteriores precisiones del juez nacional, estimo que el Tribunal de Justicia ha de limitarse a responder que corresponde a este último decidir si, a pesar de la desestimación de la demanda presentada por el accionista, los acuerdos de la junta general relativos a las modificaciones del capital, adoptados con infracción de la Directiva, permanecen en vigor o deben, por el contrario, quedar sin efecto por ser incompatibles con el Derecho comunitario.

23 — O, podría añadirse, mediante la aplicación de los plazos de prescripción y de caducidad de una acción basada en un derecho atribuido por una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno, so pena de permitir al Estado miembro culpable del incumplimiento aprovecharse del incumplimiento de sus obligaciones. Por esta razón, comparto el punto de vista adoptado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 25 de julio de 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269), en la que declaró que «hasta el momento de adaptación del Derecho interno a la Directiva, el Estado miembro que incumple su obligación no puede proponer la excepción de extemporaneidad de una acción judicial ejercitada en su contra por un particular, con el fin de proteger los derechos que le reconocen los preceptos de dicha Directiva, de manera que sólo a partir de ese momento podrá empezar a correr un plazo para recurrir, previsto en el Derecho nacional» (apartado 23), y albergo dudas sobre la solución propugnada en las sentencias posteriores, con arreglo a las cuales el ámbito de aplicación del principio antes citado se reduce de hecho sólo a los casos en que la aplicación de los plazos de caducidad conduce a privar por completo al demandante en el procedimiento principal de la posibilidad de hacer valer su derecho ante los órganos jurisdiccionales nacionales (véase, por todas esas resoluciones, la sentencia del Tribunal de Justicia 15 de septiembre de 1988, Spac (C-260/96, Rec. p. I-4997), apartados 28 a 31.

Conclusión

39. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Polymeles Protodikeio Athinon:

«El 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, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional no puede calificar de abusivo el comportamiento de un accionista que solicite que se declare la ilegalidad de un aumento de capital efectuado con arreglo a modalidades prohibidas por la Directiva, por el hecho de que no haya ejercido el derecho de suscripción preferente sobre las acciones emitidas a raíz del aumento de capital, o bien por el hecho de que su sociedad está sujeta a la aplicación de una ley interna incompatible con la Directiva en un momento en que, a causa del incumplimiento del Estado miembro que alega el carácter abusivo del ejercicio del derecho, el accionista no podía tener conocimiento del derecho conferido por la Directiva a la que no se había adaptado el Derecho interno».