Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 27 de junio de 2018 [1]

Asunto C-219/17

Silvio Berlusconi,
Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest)
contra
Banca d'Italia,
Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS),
con intervención de:
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Banca Mediolanum SpA,
Holding Italiana Quarta SpA,
Fin. Prog. Italia di E. Doris & C. s.a.p.a.,
Sirefid SpA,
Ennio Doris

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Cuestión prejudicial — Supervisión prudencial de las entidades de crédito — Mecanismo Único de Supervisión — Adquisición de una participación cualificada en una entidad de crédito — Procedimientos administrativos compuestos de la Unión — Control jurisdiccional de los procedimientos administrativos compuestos — Jurisdicción competente para examinar un recurso introducido contra actos adoptados par una autoridad nacional — Principio de cosa juzgada»

1. La unión bancaria constituye uno de los hitos más importantes del proceso de integración europea desde la introducción de la moneda única. Su articulación jurídica se ha producido con extremada rapidez, pese a su enorme complejidad técnica, como respuesta a la gran crisis financiera de 2008.

2. Los Estados miembros han cedido a las instituciones de la Unión competencias respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y a su resolución, cuando se encuentran con dificultades de solvencia. El Banco Central Europeo (en adelante, «BCE») ha recibido la mayor parte de los poderes para ejercer esas competencias, transferidas por los Estados miembros, cuyas autoridades nacionales de supervisión continúan, sin embargo, siendo un elemento fundamental del Mecanismo Único de Supervisión (en lo sucesivo, «MUS») bancaria.

3. Las normas de la Unión que rigen el MUS han configurado diversos procedimientos administrativos en los que intervienen el BCE y las autoridades nacionales de supervisión. Tales procedimientos no son una novedad en el derecho de la Unión: ya existían en materia de fondos estructurales, en el ámbito agrícola o en el nombramiento de los miembros del Parlamento Europeo, por ejemplo. En la unión bancaria se recurre a ellos con mucha más intensidad y frecuencia que en otros ámbitos.

1 Lengua original: español.

4. Este litigio ofrece al Tribunal de Justicia la posibilidad de pronunciarse por primera vez (salvo error por mi parte) sobre uno de estos nuevos procedimientos, el que regula la autorización para adquirir o para incrementar participaciones cualificadas en entidades de crédito.

5. El problema que se ha de zanjar en este reenvío consiste en dilucidar quién ha de ejercer el control jurisdiccional sobre los actos adoptados en el seno de este procedimiento. En concreto, se plantea si ciertas propuestas o proyectos de decisión que las autoridades nacionales de supervisión elevan al BCE pueden ser recurribles ante los órganos jurisdiccionales nacionales o si, por el contrario, su contenido y la subsiguiente decisión final del BCE solo pueden ser revisados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

6. Del procedimiento mediante el que se adoptaron las decisiones impugnadas ante el tribunal de reenvío se ocupan las siguientes normas del derecho de la Unión Europea:

– Los artículos 22 y 23 de la Directiva 2013/36/UE,[2] que incorpora al derecho de la Unión los acuerdos de Basilea III, adoptados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que actúa en el seno del Banco de Pagos Internacionales.[3]

– Los artículos 1, apartado 5, y 15 del Reglamento (UE) n.º 1024/2013.[4]

– Los artículos 85 a 87 del Reglamento (UE) n.º 468/2014.[5]

1. Directiva CRD IV

7. A tenor del artículo 22 («Notificación y evaluación de las adquisiciones propuestas»):

«1. Los Estados miembros dispondrán que toda persona física o jurídica (denominada “adquirente propuesto”) que por sí sola o en concertación con otras haya decidido adquirir, directa o indirectamente, una participación cualificada en una entidad de crédito o incrementar, directa o indirectamente, tal participación cualificada en una entidad de crédito, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior al 20 %, 30 % o 50 %, o que la entidad de crédito pase a ser su filial (denominada “adquisición propuesta”), lo notifique primero por escrito a las autoridades competentes de la entidad de crédito en la que se proponga adquirir o incrementar una participación cualificada, indicando la cuantía de la participación prevista y la información relevante especificada de conformidad con el artículo 23, apartado 4. [...]

2 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO 2013, L 176, p. 338) (conocida como Directiva CRD IV).

3 Los acuerdos denominados Basilea III son un conjunto de medidas adoptadas internacionalmente, que el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha desarrollado en respuesta a la crisis financiera. Su objetivo es reforzar la regulación, la supervisión y la gestión del riesgo de los bancos. Véase la información al respecto en el sitio web del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea https://www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm.

4 Reglamento del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO 2013, L 287, p. 63) (en lo sucesivo, «Reglamento MUS»).

5 Reglamento del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS) (DO 2014, L 141, p. 1).

2. Las autoridades competentes acusarán recibo por escrito de la notificación en virtud del apartado 1 o de la información a que se refiere el apartado 3 al adquirente propuesto, a la mayor brevedad y, en cualquier caso, en el plazo máximo de dos días hábiles a contar desde la fecha de recepción.

[...]

3. Si lo consideran necesario, las autoridades competentes podrán solicitar durante el plazo de evaluación, aunque no después del quincuagésimo día hábil del mismo, la información adicional que se precise para completar la evaluación. Esta solicitud de información se hará por escrito y en ella se especificará la información adicional necesaria.

[...] Las autoridades competentes podrán efectuar según su criterio otras solicitudes con objeto de que se complete o aclare la información, si bien ninguna de estas solicitudes podrá dar lugar a una suspensión del plazo de evaluación.

[...]

5. Si las autoridades competentes decidieran plantear objeciones a la adquisición propuesta, informarán de ello al adquirente propuesto, por escrito y motivando su decisión, en el plazo de dos días hábiles una vez finalizada la evaluación, sin que, en ningún caso, pueda sobrepasarse el plazo de evaluación. Con arreglo al derecho interno y a petición del adquirente propuesto, podrá hacerse pública una declaración adecuada de los motivos que justifican la decisión. Lo anterior no impedirá a los Estados miembros autorizar a la autoridad competente a publicar esta información sin que medie la petición del adquirente propuesto.

6. Si las autoridades competentes no se oponen por escrito a la adquisición propuesta dentro del plazo de evaluación, tal adquisición se considerará autorizada.

7. Las autoridades competentes podrán establecer un plazo máximo para la conclusión de la adquisición propuesta y prolongarlo cuando proceda.

8. Los Estados miembros no podrán imponer condiciones de notificación a las autoridades competentes, o de aprobación por estas, de las adquisiciones directas o indirectas de derechos de voto o capital que sean más rigurosas que las establecidas en la presente Directiva.

[...]»

8. El artículo 23 («Criterios de evaluación») señala:

«1. Al examinar la notificación contemplada en el artículo 22, apartado 1, y la información mencionada en el artículo 22, apartado 3, las autoridades competentes, con objeto de garantizar una gestión sólida y prudente de la entidad de crédito en la que se propone la adquisición, y atendiendo a la influencia probable del adquirente propuesto sobre dicha entidad de crédito, evaluarán la idoneidad del adquirente propuesto y la solidez financiera de la adquisición propuesta de conformidad con los siguientes criterios:

a) la reputación del adquirente propuesto;

b) la reputación, conocimientos, capacidades y experiencia, con arreglo a lo indicado en el artículo 91, apartado 1, de todo miembro del órgano de dirección y todo miembro de la alta dirección que vaya a dirigir la actividad de la entidad de crédito como consecuencia de la adquisición propuesta;

c) la solvencia financiera del adquirente propuesto, en especial en relación con el tipo de actividad que se ejerza o se prevea ejercer en la entidad de crédito en la que se propone la adquisición;

[...]

2. Las autoridades competentes solo podrán oponerse a la adquisición propuesta cuando haya motivos razonables para ello sobre la base de los criterios establecidos en el apartado 1 o si la información aportada por el adquirente propuesto está incompleta.

[...]»

9. Según el artículo 119 («Inclusión de sociedades de cartera en la supervisión consolidada»), apartado 1:

«1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas que, en su caso, resulten necesarias para la inclusión de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera en la supervisión consolidada.»

2. Reglamento MUS

10. Con arreglo al considerando undécimo:

«[...] Debe crearse una unión bancaria en la Unión, sustentada por un código normativo único, integral y detallado para los servicios financieros del conjunto del mercado interior y que comprenda un MUS y nuevos marcos de garantía de depósitos y de resolución. [...]» En el marco del MUS, este Reglamento confía al BCE competencias específicas para la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

11. El artículo 1 («Objeto y ámbito de aplicación») recoge:

«El presente Reglamento atribuye al BCE funciones específicas en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, con objeto de contribuir a la seguridad y la solidez de estas entidades y a la estabilidad del sistema financiero dentro de la Unión y en cada uno de los Estados miembros, teniendo plenamente en cuenta y ejerciendo el deber de diligencia en relación con la unidad y la integridad del mercado interior, partiendo de la base de la igualdad de trato para las entidades de crédito con miras a evitar el arbitraje regulatorio.

[...]

El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades y competencias conexas de las autoridades competentes de los Estados miembros participantes en lo que respecta a la realización de las funciones de supervisión que no se hayan atribuido al BCE de conformidad con el presente Reglamento.»

12. El artículo 4 preceptúa:

«1. En el marco del artículo 6, y de conformidad con las disposiciones del apartado 3 del presente artículo, el BCE tendrá competencias exclusivas para ejercer, con fines de supervisión prudencial, las siguientes funciones en relación con todas las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes:

[...]

c) evaluar las notificaciones de adquisición y de venta de participaciones cualificadas en entidades de crédito, salvo en caso de resolución de una entidad bancaria, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 15;

[...]

3. A los efectos de desempeñar las funciones que le atribuye el presente Reglamento, y con el objetivo de garantizar una supervisión rigurosa, el BCE aplicará toda la legislación aplicable de la Unión y, en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional. Cuando la legislación aplicable de la Unión esté compuesta por Reglamentos y en los ámbitos en que en la actualidad dichos Reglamentos otorguen expresamente opciones a los Estados miembros, el BCE aplicará también la legislación nacional que incorpore esas opciones al ordenamiento jurídico nacional.

[...]»

13. Según el artículo 6, apartado 2, tanto el BCE como las autoridades nacionales competentes (en lo sucesivo, «ANC») estarán sujetos al deber de cooperación leal y a la obligación de intercambiar información y que, sin perjuicio de la competencia del BCE para recibir directamente la información comunicada de manera continua por las entidades de crédito, o para tener acceso directo a la misma, las ANC facilitarán en particular al BCE toda la información necesaria para que pueda ejercer las funciones que le atribuye el citado Reglamento.

14. El artículo 15 («Evaluación de las adquisiciones de participaciones cualificadas») tiene este tenor:

«1. Sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 4, apartado 1, letra c), toda notificación de adquisición de una participación cualificada en una entidad de crédito establecida en un Estado miembro participante o toda información relacionada con dicha adquisición deberá presentarse a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en el que esté establecida la entidad, de conformidad con los requisitos previstos en la legislación nacional pertinente basada en los actos contemplados en el artículo 4, apartado 3, párrafo primero.

2. La autoridad nacional competente evaluará la adquisición propuesta, y transmitirá al BCE [...] la notificación y una propuesta de decisión de oponerse o no a la adquisición, basándose en los criterios establecidos en los actos contemplados en el artículo 4, apartado 3, párrafo primero, y prestará asistencia al BCE de conformidad con el artículo 6.

3. El BCE decidirá si se opone o no a la adquisición basándose en los criterios de evaluación establecidos en el derecho aplicable de la Unión y de conformidad con el procedimiento y dentro de los plazos que en él se establecen.»

3. Reglamento Marco del MUS

15. El Reglamento Marco del MUS, adoptado de acuerdo con el artículo 4, apartado 3, del Reglamento MUS, regula el marco de cooperación en el MUS entre el BCE y las ANC.

16. El artículo 85 («Notificación a las ANC de la adquisición de una participación cualificada») indica:

«1. Las ANC que reciban una notificación de la intención de adquirir una participación cualificada en una entidad de crédito establecida en su Estado miembro participante informarán al BCE de dicha notificación en los cinco días hábiles siguientes a acusar recibo de la misma conforme al artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE.

2. Las ANC informarán al BCE si tienen que interrumpir el plazo de evaluación como consecuencia de una solicitud de información adicional, y remitirán al BCE la información adicional en los cinco días hábiles siguientes a su recepción.

3. Las ANC también informarán al BCE del plazo máximo establecido en la legislación nacional aplicable para notificar al solicitante la decisión de oponerse o no oponerse a la adquisición de una participación cualificada.»

17. El artículo 86 («Evaluación de posibles adquisiciones») dispone:

«1. La ANC a la que se notifique la intención de adquirir una participación cualificada en una entidad de crédito evaluará si la posible adquisición cumple todas las condiciones establecidas en la legislación nacional y de la Unión aplicable. Tras esta evaluación, la ANC elaborará un proyecto de decisión para que el BCE se oponga o no se oponga a la adquisición.

2. La ANC presentará al BCE el proyecto de decisión para que se oponga o no se oponga a la adquisición al menos 15 días hábiles antes de que expire el plazo de evaluación establecido en la legislación aplicable de la Unión.»

18. El artículo 87 («Decisión del BCE relativa a la adquisición») señala:

«El BCE decidirá si se opone o no a la adquisición basándose en su evaluación de la adquisición propuesta y en el proyecto de decisión de la ANC. El derecho a ser oído previsto en el artículo 31 será de aplicación a estos efectos.»

B. Derecho italiano

1. Normativa sobre supervisión financiera: Texto único bancario [6]

19. El artículo 19 del TUB confería la competencia a la Banca d'Italia (en lo sucesivo, «Banco de Italia») para expedir las autorizaciones de adquisición de participaciones privilegiadas en entidades financieras. En concreto, su apartado 5 especifica que dichas autorizaciones se concederían en caso de concurrir «condiciones aptas para garantizar una gestión sana y prudente del banco, valorando la calidad potencial del adquirente y la solidez financiera del proyecto de adquisición de conformidad con los siguientes criterios: la reputación del potencial adquirente en el sentido del artículo 25».

20. Según el artículo 25 («Participaciones de capital»), apartado 1, los titulares de las participaciones indicadas en el artículo 19 deben poseer requisitos de honorabilidad y satisfacer criterios de competencia e integridad que garanticen la sana y prudente gestión del banco. [7]

21. De manera transitoria, el artículo 2, apartado 8, del Decreto Legislativo n.º 72 de 2015 prescribió la continuación de la aplicación de las normas precedentes sobre los requisitos de honorabilidad de los titulares de las participaciones en entidades financieras.

6 Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Testo unico bancario) [Decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, n.º 385, Texto único de las leyes en materia bancaria y crediticia (Texto único bancario; en lo sucesivo, «TUB»)]. En el momento en el que acaecieron los hechos del litigio principal, las normas sobre las participaciones cualificadas en entidades financieras se recogían en el título II del TUB en su versión resultante del Decreto Legislativo n.º 72, de 12 de mayo de 2015, que incorporó al derecho italiano el contenido de la Directiva CRD IV.

7 El apartado 2 remitía, para la determinación específica de esos requisitos, a una futura norma [que debía adoptar el Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda), previo dictamen del Banco de Italia], que no se elaboró.

22. Esas normas estaban incluidas en el Decreto ministerial n.º 144, de 18 de marzo de 1998,[8] cuyo artículo 1 precisa las condenas que repercuten negativamente en la honorabilidad, dando lugar al incumplimiento del requisito.

23. El artículo 2 del Decreto n.º 144 de 1998, sentaba, con carácter transitorio, que, «respecto de los participantes en el capital de un banco en la fecha de la entrada en vigor del presente Decreto Ministerial, el incumplimiento de los requisitos del artículo 1 que no estaban previstos en la normativa anterior no afecta, si se han producido con anterioridad a la misma fecha, de forma limitada a la participación que ya se posee».

24. En cuanto a las sociedades financieras mixtas de cartera, el artículo 63 del TUB sometió a sus integrantes cualificados a las mismas obligaciones impuestas a los de las entidades bancarias. El artículo 67 *bis* del TUB, apartado 2, indica que el Banco de Italia y el Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (en lo sucesivo, «IVASS») debían asegurar conjuntamente el respeto de esas obligaciones cuando dichas sociedades tienen su sede en Italia y son matrices de conglomerados financieros italianos, en su totalidad o en parte.

2. Normativa sobre el procedimiento contencioso-administrativo

25. En el procedimiento contencioso-administrativo italiano se contempla el denominado «giudizio di ottemperanza» (acción de ejecución), en cuyo marco el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) ha formulado estas cuestiones prejudiciales.

26. De acuerdo con el artículo 21 *septies*, apartado 1, de la Ley n.º 241, de 7 de agosto de 1990,[9] «será nula la resolución administrativa [...] adoptada en contravención o elusión de la autoridad de cosa juzgada [...]».

27. Según el artículo 112, apartado 1, del Código del procedimiento contencioso-administrativo,[10] «las medidas de las jurisdicciones administrativas deben ser ejecutadas por las administraciones públicas y por las otras partes».

28. En el apartado 2 de este precepto se lee:

«La acción ejecutiva puede ser introducida para la aplicación:

[...]

c) de las sentencias con fuerza de cosa juzgada y demás medidas asimilables de las jurisdicciones ordinarias con objeto de obtener la ejecución que incumbe a la administración pública de conformarse a la cosa juzgada, en lo que respecta al asunto resuelto.

[...]»

8 Decreto 18 marzo 1998, n.º 144, regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante (Decreto ministerial de 18 de marzo de 1998, n.º 144, por el que se establecen las normas para la determinación de los requisitos de honorabilidad de los participantes en el capital social de los bancos y la fijación del umbral pertinente; en lo sucesivo, «Decreto n.º 144 de 1998»)

9 Legge 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di acceso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

10 Codice del processo amministrativo, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Código del procedimiento contencioso-administrativo, Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, n.º 104).

29. Con arreglo al artículo 114, apartado 4, letra b), del Código del procedimiento contencioso-administrativo, el juez que conoce de la acción de ejecución, si estima el recurso, «declarará nulos los eventuales actos que supongan la vulneración o la elusión de la autoridad de cosa juzgada».

30. El artículo 2909 del Código civil italiano dispone que las constataciones contenidas en una sentencia con fuerza de cosa juzgada se imponen en todos sus elementos a las partes, sus herederos y causahabientes.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

31. Desde mediados de los años noventa, el Sr. Berlusconi ostentaba, por medio de la filial Fininvest, una participación cualificada superior al 30 % en Mediolanum SpA («Sociedad Mediolanum», en lo sucesivo). Esta última era una sociedad financiera mixta de cartera, cotizada en Bolsa, matriz del grupo financiero Mediolanum, del que formaba parte Banca Mediolanum SpA, participada en un 100 % por la Sociedad Mediolanum.

32. En la sentencia n.º 35729/13, la Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) condenó al Sr. Berlusconi, como autor de un delito de fraude fiscal, a una pena de privación de libertad de cuatro años (se le eximió del cumplimiento de tres) y a las accesorias de prohibición de ejercer funciones públicas y la dirección operativa de personas jurídicas, durante un periodo de dos años. La sentencia adquirió firmeza el 1 de agosto de 2013.

33. Tras aprobarse el Decreto Legislativo n.º 53 de 4 de marzo de 2014,[11] Fininvest (por cuenta del Sr. Berlusconi) depositó una solicitud de autorización para poseer participaciones cualificadas en la Sociedad Mediolanum.

34. El Banco de Italia, junto con el IVASS, mediante la decisión n.º 976145/14, de 7 de octubre de 2014, rechazó esa solicitud, al apreciar que el Sr. Berlusconi incumplía el requisito relativo a la reputación, previsto respecto de la titularidad de participaciones cualificadas en empresas de intermediación financiera.

35. Además de desestimar la solicitud, el Banco de Italia ordenó la suspensión de los derechos de voto y la venta de las participaciones (que excediesen del umbral marcado en la ley del 9,999 %) en la Sociedad Medionalum. Aceptó, sin embargo, la propuesta de Fininvest de crear un fideicomiso al que transferir las participaciones controvertidas y fijó un plazo de veinte días para que Fininvest notificase la adhesión a las condiciones formuladas, con vistas a su incorporación en aquel fideicomiso.

36. El Sr. Berlusconi impugnó esa decisión ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal contencioso-administrativo regional del Lacio, Italia), que desestimó el recurso en la sentencia n.º 7966/2015, de 5 de junio de 2015.

37. El Sr. Berlusconi presentó un recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria (y Fininvest un recurso de apelación incidental) ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado). El Banco de Italia esgrimió en este procedimiento la falta de interés para recurrir de los apelantes, tras la fusión por «absorción inversa» entre la Sociedad Mediolanum y la Banca Mediolanum.

11 Decreto Legislativo 4 de marzo 2014, n. 53, attuazione della direttiva 2011/89/UE. [Decreto Legislativo n.º 53, de 4 de marzo de 2014, que incorpora al derecho italiano la Directiva 2011/89/UE (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE y 2009/138/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero (DO 2011, L 136, p. 113)], que extendía a las sociedades financieras mixtas de cartera la aplicación de los requisitos sobre honorabilidad de los dirigentes, vigentes para las entidades bancarias.

38. En efecto, durante el desarrollo de este litigio, los consejos de administración acordaron una fusión por «absorción inversa» de la Sociedad Mediolanum por parte de la Banca Mediolanum. [12] Este proyecto de fusión se comunicó al Banco de Italia el 26 de mayo de 2015, para su autorización, de conformidad con el artículo 57 del TUB. Como consecuencia, Fininvest se convirtió en titular de una participación cualificada en una entidad financiera. [13]

39. Con la decisión n.º 7969932/21, de 21 de julio de 2015, el Banco de Italia autorizó la fusión propuesta. En el escrito de remisión de dicha decisión, de 23 de julio de 2015, confirmó la resolución de 7 de octubre de 2014, precisando que la obligación de enajenación prevista en esta última debía entenderse «respecto de las acciones de Banca Mediolanum que, como resultado [de la] fusión, se asignarán [a Fininvest] a cambio de las acciones de [la Sociedad] Mediolanum».

40. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado), por sentencia n.º 882/2016, de 3 de marzo de 2016, acogió los recursos de apelación de Berlusconi y de Fininvest y anuló la decisión del Banco de Italia de 7 de octubre de 2014. [14]

41. Para el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), la decisión de 7 de octubre de 2014 era ilegal por infracción del principio de irretroactividad, en la medida en que extendía a participaciones anteriores a su entrada en vigor las normas sobre evaluación de las participaciones cualificadas, introducidas por la Directiva 2007/44/CE [15] en la Directiva CRD. La Directiva 2007/44 se aplicaba a las participaciones futuras, mientras que el artículo 2 del Decreto n.º 144 de 1998 se refería a «las participaciones ya detentadas». [16] Como los hechos eran anteriores a la entrada en vigor de la nueva reglamentación, no se podían aplicar a Fininvest los requisitos de honorabilidad.

42. En el escrito n.º 491595/16, de 4 de abril de 2016, el Banco de Italia explicó al BCE que, a raíz de la fusión del Banco Mediolanum y la Sociedad Mediolanum, el Sr. Berlusconi, a través de su filial Fininvest, adquirió la condición de accionista del establecimiento de crédito Banco Mediolanum. Añadió que, tras la sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de 3 de marzo de 2016, dejaron de producir efecto tanto la obligación de ceder la parte de sus acciones que superara del 9,999 % del capital de dicho banco como la suspensión de los derechos de voto a ella vinculada. El Banco de Italia entendía, pues, que Fininvest debía presentar una solicitud de autorización respecto a su participación cualificada en el Banco Mediolanum, de conformidad con los artículos 22 y siguientes de la Directiva CRD IV y los artículos 19 y siguientes del TUB.

43. Siguiendo las indicaciones del BCE (escrito de 24 de junio de 2016), el Banco de Italia conminó a Fininvest, el 14 de julio de 2016, a depositar una solicitud de autorización en un plazo de quince días. Incumplido dicho requerimiento, el Banco de Italia optó, el 3 de agosto de 2016, por abrir de oficio el procedimiento administrativo, precisando que la competencia decisoria en esta materia correspondía al BCE, en virtud del artículo 4 del Reglamento MUS.

12 Se trataba de una «fusión intragrupo, con un tipo de canje de las acciones de 1:1», para lograr la simplificación de la sociedad y la racionalización organizativa del grupo bancario, ya que la Sociedad Mediolanum controlaba el 100 % de las acciones de la Banca Mediolanum.

13 Fininvest pasó a controlar aproximadamente el 30,124 % del capital del Banco Mediolanum, pero solo dispuso de control efectivo sobre el 9,999 %, pues el restante 20,125 % tenía suspendidos los derechos de voto y pesaba sobre él la obligación de venta, impuesta por el Banco de Italia.

14 Sobre la excepción por falta de interés para recurrir, invocada por el Banco de Italia, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) consideró que el escrito de 23 de julio de 2015 tenía carácter simplemente confirmatorio, ya que ampliaba, sin una nueva evaluación autónoma, la obligación de cesión de activos previamente ordenada para las acciones de la Sociedad Mediolanum. Por tanto, la eventual caducidad del acto confirmado entrañaba automáticamente la caducidad del acto confirmatorio.

15 Directiva 2007/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE y 2006/48/CE en lo que atañe a las normas procedimentales y los criterios de evaluación aplicables en relación con la evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones en el sector financiero (DO 2007, L 247, p. 1)

16 Para el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), no había habido una derogación tácita de la norma reglamentaria a causa de la Directiva 2007/44. Para la derogación tácita es presupuesto indispensable la identidad de la situación regulada por la norma; por el contrario, en este asunto, ambas normas tenían un ámbito de aplicación diferente: la norma de la Unión versaba sobre la adquisición de la participación, mientras que el Decreto n.º 144 de 1998 aludía a la participación previamente adquirida y, en consecuencia, poseída actualmente.

44. Una vez recibida la documentación de Fininvest, el Banco de Italia transmitió al BCE, en aplicación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento MUS, una propuesta de decisión con una opinión desfavorable sobre la reputación de los compradores, invitando al BCE a oponerse a la adquisición.

45. El Consejo de Supervisión Prudencial del BCE acogió los argumentos del Banco de Italia y aprobó un proyecto de resolución, que transmitió a Fininvest y al Sr. Berlusconi para que formularan observaciones. Cumplido este trámite, dicho Consejo aprobó la Decisión de 25 de octubre de 2016,[17] sin que el Consejo de Gobierno del BCE suscitara posteriormente objeciones.

46. En esa Decisión, el BCE consideró que había dudas fundadas sobre la honorabilidad de los adquirentes de la participación en el Banco Mediolanum. Teniendo en cuenta que el Sr. Berlusconi, accionista mayoritario y propietario efectivo de Fininvest, era el adquirente indirecto de la participación en el Banco Mediolanum y que había sido condenado en firme a la pena de cuatro años de prisión por fraude fiscal, el BCE estimó que no cumplía la exigencia de honorabilidad impuesta por la legislación nacional a los tenedores de participaciones cualificadas. Además, el Sr. Berlusconi había cometido otras irregularidades y había sido objeto de otras condenas, al igual que otros miembros de los órganos de dirección de Fininvest.

47. Por todo lo anterior, el BCE dedujo que los adquirentes de la participación cualificada en el Banco Mediolanum no satisfacían la exigencia de honorabilidad y que había serias dudas sobre su capacidad para asegurar en el futuro una gestión sana y prudente de esta entidad financiera. En consecuencia, el BCE se opuso a la adquisición por Fininvest y el Sr. Berlusconi de la participación cualificada en el Banco Mediolanum.

48. Fininvest y el Sr. Berlusconi han impugnado la Decisión BCE de 2016 utilizando tres vías judiciales:

– Ante el Tribunal General formularon un recurso[18] cuya tramitación ha sido suspendida a la espera del fallo de este reenvío prejudicial.

– Fininvest acudió también al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal contencioso-administrativo regional del Lacio) para obtener la anulación de los actos del Banco de Italia preparatorios de la Decisión del BCE.

– Interpusieron ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) una acción de «ottemperanza» (acción de ejecución), aduciendo que los mencionados actos eran nulos por vulnerar la sentencia firme n.º 882/2016, de 3 de marzo de 2016.

49. El Banco de Italia esgrime que el tribunal nacional carece de competencia para resolver este recurso, dirigido contra actos preparatorios, carentes de contenido decisorio y tendentes a la adopción de una resolución que compete en exclusiva al BCE. La decisión final de esta institución de la Unión solo puede ser sometida al control del Tribunal de Justicia.

50. Tras acumular los recursos del Sr. Berlusconi y de Fininvest, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) opina que no existen precedentes específicos del Tribunal de Justicia sobre el reparto de competencias entre el juez nacional y el juez de la Unión en los litigios sobre la ilegalidad de los actos de las ANC recaídos en el marco de este tipo de procedimientos. Entiende, además, que la cuestión es objetivamente controvertida, puesto que incluye elementos tanto de un procedimiento único (tesis del Banco de Italia) como de un procedimiento compuesto (tesis del Sr. Berlusconi y de Fininvest). Destaca, en todo caso, que la fase del procedimiento que se desarrolla ante la autoridad nacional no concluye con un acto vinculante para la autoridad europea que deba pronunciar la decisión definitiva.

17 ECB/SSM/20016-7LVZJ6XRIE7VNZ4UBX81/4 (en lo sucesivo, «Decisión BCE de 2016»).

18 Asunto Fininvest y Berlusconi/BCE (T-913/16).

51. En este contexto, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) eleva al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas prejudiciales:

«¿Debe interpretarse el artículo 263 TFUE, apartados 1, 2 y 5, en relación con el artículo 256 TFUE, apartado 1, en el sentido de que corresponde al juez de la Unión, o bien al juez nacional, examinar un recurso formulado contra los actos de apertura, de instrucción y de propuesta no vinculante adoptados por la Autoridad nacional competente (especificados en el apartado 1 de la presente resolución) en el marco del procedimiento previsto en los artículos 22 y 23 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, los artículos 1, apartado 5, 4, apartado 1, letra c), y 15 del Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, los artículos 85, 86 y 87 del Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo, y los artículos 19, 22 y 25 del Texto único bancario italiano?

¿Puede, en particular, reivindicarse la competencia judicial del juez de la Unión, cuando contra tales actos no se formule una acción general de anulación, sino una acción de nulidad por presunta vulneración o elusión de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia n º 882/2016, de 3 de marzo de 2016, del Consiglio di Stato, ejercitada en el marco de un procedimiento de conformidad en el sentido de los artículos 112 y ss. del Codice del processo amministrativo italiano (Código del procedimiento contencioso-administrativo) —es decir, en el marco de una institución específica del ordenamiento procesal contencioso-administrativo nacional—, cuya decisión implica la interpretación y la individualización, de conformidad con el derecho nacional, de los límites objetivos de la autoridad de cosa juzgada de dicha sentencia?»

III. Análisis de las cuestiones prejudiciales

52. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal *a quo* requieren, como ha argumentado la Comisión, una ligera reformulación para que el Tribunal de Justicia pueda contestarlas de forma adecuada.

53. En principio, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no es competente para controlar, en el marco de los recursos de anulación del artículo 263 TFUE, la legalidad de los actos adoptados por las autoridades nacionales. [19]

54. Por eso, hay que entender que el tribunal remitente pretende, con su primera cuestión, que se dilucide si la competencia exclusiva que el artículo 263 TFUE confiere al Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos de la Unión impide a los órganos jurisdiccionales nacionales ejercer el control de la legalidad de los actos nacionales de apertura, de instrucción y de propuesta no vinculante, adoptados por una ANC en el ámbito del procedimiento de los artículos 4, apartado 1, letra c), y 15 del Reglamento MUS y de los artículos 85, 86 y 87 del Reglamento Marco del MUS, procedimiento que concluye mediante una decisión vinculante del BCE.

55. Con la segunda pregunta prejudicial, subsidiaria de la anterior, el tribunal *a quo* quiere saber si el Tribunal de Justicia es competente para controlar la legalidad de los actos nacionales preparatorios de la decisión final del BCE, cuando dichos actos se impugnan no a través de «la acción general de anulación», sino de una (específica) acción de nulidad por presunta vulneración o elusión de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia de un tribunal nacional, ejercitada en el transcurso de un « *giudizio di ottemperanza*».

19 Sentencias de 3 de diciembre de 1992, Oleificio Borelli/Comisión (C-97/91, EU:C:1992:491), apartado 9; de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión (C-407/04 P, EU:C:2007:53), apartado 62; de 18 de diciembre de 2007, Suecia/Comisión (C-64/05 P, EU:C:2007/802), apartado 91; y de 17 de septiembre de 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229), apartado 48.

56. Antes de analizar ambas cuestiones prejudiciales, considero necesario:

– repasar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el control jurisdiccional de los actos dictados en el seno de procedimientos administrativos compuestos o mixtos, en los que intervienen instituciones de la Unión y autoridades nacionales de los Estados miembros; y

– exponer las características del procedimiento administrativo aplicado por el BCE y las ANC a las autorizaciones de adquisiciones o de incrementos de participaciones cualificadas en entidades de crédito.

A. Control jurisdiccional de los actos dictados en los procedimientos administrativos compuestos o mixtos en el derecho de la Unión

57. La aplicación del derecho de la Unión corresponde, por regla general, a las autoridades de los Estados miembros. Cuando estas actúan mediante procedimientos administrativos de derecho interno, la revisión de sus actos atañe a los jueces nacionales, que disponen de la posibilidad de interrogar por vía prejudicial al Tribunal de Justicia. En un número reducido de materias, normalmente de competencia exclusiva de la Unión, la aplicación administrativa del derecho de la Unión es directa y la llevan a cabo sus instituciones, órganos u organismos, que desarrollan sus propios procedimientos bajo el control jurisdiccional del Tribunal General y del Tribunal de Justicia.

58. Ahora bien, hay cada vez más supuestos en los que el derecho de la Unión se aplica con procedimientos en los que intervienen instituciones, órganos u organismos tanto de la Unión como de los Estados miembros. [20] No están regulados con carácter general [21] en el derecho de la Unión, aunque han sido ampliamente analizados por la doctrina. [22]

59. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado hasta ahora, [23] de manera casuística y no exhaustiva, sobre el control jurisdiccional de estos procedimientos compuestos, así como de los actos que les ponen fin, abordando la determinación del tribunal competente a la vista de los actos atacables. [24] El tratamiento de tales procedimientos en el ámbito de la unión bancaria marcará un hito para esta jurisprudencia. [25]

20 Este tipo de procedimientos responde a lo que la doctrina denomina coadministración o administración integrada. Véase Ziller, J., «Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen', en Auby, J.-B. y Dutheil de la Rochère, J. (eds.), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruselas, 2014, pp. 327 y ss.; Hofmann, H.C.H., «Conclusions: Europe's integrated administration», en Hofmann, H.C.H. y Türk, A. (eds.), *EU Administrative Governance*, p. 583; Schmidt-Aßmann, E., «Introduction», en Jansen, O. y Schöndorf-Haubold, B. (eds.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Bruselas, 2011, pp. 6 a 8.

21 Una ambiciosa propuesta doctrinal de codificación de los procedimientos administrativos de la Unión es la de Mir, O., Hofmann, H.C.H., Schneider, J.-P., Ziller, J. y otros (eds.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015. El artículo I-4 (4) del Código ReNEUAL define el «procedimiento compuesto» como un procedimiento administrativo en el que las autoridades de la Unión y las de un Estado miembro, o de diferentes Estados miembros, tienen atribuidas funciones distintas que son interdependientes. También es un procedimiento compuesto la combinación de dos procedimientos administrativos directamente relacionados.

22 Alonso de León, S., *Composite administratives procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017; Della Cananea, G., «I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea», en Bignami, F. y Cassese, S. (dirs.), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; Mastrodonato, G., *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2007; Hofmann, H.C.H., «Composite decision-making procedures in EU administrative law», en Hofmann, H.C.H. y Türk, A., *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 136.

23 Un estudio reciente puede leerse en Brito Bastos, F., «Derivative illegality in European composite administrative procedures», *Common Market Law Review*, 2018, n.º 1, pp. 101 a 134.

24 Alonso de León, S., *Composite administratives procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 273 a 318. Véanse también los trabajos de Eliantonio, M., «Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of 'Composite Procedures'», *Review of European Administrative Law*, 2014 n.º 2, pp. 65 a 102; y de Türk, A., «Judicial Review of integrated administration in the EU», en Hofmann, H.C.H. y Türk, A., *Legal challenges in EU administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 218 a 256, en particular, pp. 222 a 224.

25 Véase Prechal, S., Widdershoven, R., Jans, J., «Introduction», en Jans, J., Prechal, S., Widdershoven, R. (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2015, p. 33.

60. Como regla general, para identificar qué tribunal es competente habrá que discernir quién ostenta el poder de decisión *real* en el procedimiento administrativo complejo. Conforme a esta regla, los tribunales nacionales revisarán la legalidad de los actos administrativos adoptados por las autoridades nacionales cuando estas resuelvan de forma definitiva aquel tipo de procedimientos. Simétricamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea enjuiciará los actos administrativos de las instituciones de la UE que pongan término a los procedimientos compuestos.

61. La claridad de esta regla puede, no obstante, disminuir en dos hipótesis, cuando en este género de procedimientos:

– Un acto definitivo de las instituciones de la Unión se haya basado en actos previos, o preparatorios, de autoridades nacionales cuya legalidad se discuta.

– A la inversa, un acto definitivo de las autoridades nacionales pueda estar *contaminado* por una actuación previa supuestamente ilegal de las instituciones de la Unión, de la que aquel traiga causa.

62. Esta segunda hipótesis no presenta mayores dificultades: subsiste el control jurisdiccional atribuido a los tribunales nacionales, si bien estos tienen la obligación de plantear una cuestión prejudicial de apreciación de validez ante el Tribunal de Justicia, cuando entiendan que el acto de la Unión puede ser inválido. [26]

63. Por el contrario, en la primera hipótesis, los problemas son más delicados. Saber qué tribunal (el nacional o el de la Unión) es competente para ejercer el control jurisdiccional dependerá de las características del procedimiento en liza. Más concretamente, del reparto del poder decisorio en el seno de dicho procedimiento. Utilizando este criterio, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite distinguir dos supuestos:

– Procedimientos administrativos complejos de la UE con poder decisorio en manos de las autoridades nacionales (jurisprudencia Borelli).

– Procedimientos administrativos complejos de la UE con poder decisorio de las instituciones de la Unión (jurisprudencia Suecia/Comisión).

1. Jurisprudencia Borelli

64. La sentencia Oleificio Borelli/Comisión [27] versaba sobre un procedimiento administrativo compuesto, en el que el poder decisorio se atribuía a las autoridades nacionales. El Tribunal de Justicia consideró que un proyecto solo podía beneficiarse de la contribución del FEOGA si había sido objeto de un dictamen favorable del Estado en cuyo territorio debía ejecutarse. Por consiguiente, si ese dictamen era negativo, la Comisión no podía proseguir el examen del proyecto ni, *a fortiori*, controlar la conformidad a derecho de aquel dictamen.

26 Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452), apartados 14 y 15. Véanse asimismo las sentencias de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10), apartados 27 y 30; y de 3 de octubre de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo (C-583/11 P, en lo sucesivo, «sentencia Inuit I», EU:C:2013:625), apartado 95.

27 Sentencia de 3 de diciembre de 1992 (C-97/91, en lo sucesivo, «sentencia Borelli», EU:C:1992:491).

65. El Tribunal de Justicia concluyó que no era competente para pronunciarse sobre la adecuación a derecho de un acto adoptado por una autoridad nacional, incluso cuando dicho acto se integra en un proceso de decisión comunitaria en el que las instituciones de la Unión resultan vinculadas por él. Los eventuales vicios del dictamen nacional no podían afectar a la validez de la decisión de la Comisión, que denegó la contribución solicitada. [28]

66. De esta forma, el Tribunal de Justicia descartó la posibilidad de que un acto de la Unión pudiera verse afectado por la ilegalidad de un acto nacional en un procedimiento compuesto con predominio del poder decisorio de la autoridad nacional. Esta solución, aparentemente ilógica, se justificó por la necesidad de impedir que actos administrativos de la Unión pudieran ser invalidados a raíz de la anulación, por jueces nacionales, de actos administrativos también nacionales, basada en la infracción de normas asimismo nacionales.

67. Para evitar las lagunas del control jurisdiccional en estos casos, el Tribunal de Justicia afirmó que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir, recurriendo si es preciso a la remisión prejudicial, sobre la conformidad a derecho del acto nacional, en las mismas condiciones aplicables a todo acto definitivo que, adoptado por la misma autoridad nacional, pueda ser lesivo para terceros. [29]

68. El Tribunal de Justicia ha extendido esta misma doctrina a los procedimientos compuestos en los que predomina el poder de decisión de las autoridades nacionales, cuando trataban sobre la gestión de los fondos estructurales, la protección de las denominaciones geográficas o los nombramientos y destituciones de miembros del Parlamento Europeo. Me referiré a algunos de ellos seguidamente.

69. En la sentencia Liivimaa Lihaveis, [30] el Tribunal de Justicia declaró que un «manual» del programa adoptado por un Comité de seguimiento en el marco de un programa operativo regido por el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 [31] y dirigido a promover la cooperación territorial europea entre dos Estados miembros no era un acto adoptado por una institución, un órgano o un organismo de la Unión y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia no era competente para apreciar su validez. Ese acto administrativo era, sin embargo, recurrible ante las jurisdicciones nacionales, que podían elevar una cuestión prejudicial para verificar su compatibilidad con el derecho de la Unión. [32]

28 Sentencia Borelli, apartados 9 a 12; y auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2009, Occhetto y Parlamento/Donnici (C-512/07 P(R) y C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), apartado 50.

29 Sentencia Borelli, apartado 13. Según la sentencia, el tribunal nacional debía declarar la admisibilidad del recurso interpuesto en aquellas condiciones, aunque las normas de procedimiento internas no lo contemplaran.

30 Sentencia de 17 septiembre 2014 (C-562/12, EU:C:2014:2229), apartado 56.

31 Reglamento del Consejo, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1260/1999 (DO 2006, L 210, p. 25).

32 El Tribunal de Justicia consideró que «el Reglamento n.º 1083/2006, puesto en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un manual del programa adoptado por un Comité de seguimiento en el marco de un programa operativo celebrado entre dos Estados miembros y dirigido a promover la cooperación territorial europea, en la medida en que esa disposición no establece que la decisión de dicho Comité de seguimiento por la que se desestime una solicitud de subvención pueda ser objeto de recurso ante un tribunal de un Estado miembro» (sentencia de 17 septiembre 2014, Liivimaa Lihaveis, C-562/12, EU:C:2014:2229, apartado 76).

70. El ámbito de la protección de las denominaciones geográficas también ofrece muestras de procedimientos administrativos compuestos con predominio de las autoridades nacionales. [33] En la sentencia Carl Kühne y otros, [34] el Tribunal de Justicia afirmó que el reparto de competencias entre la Comisión (que registra la denominación solicitada) y las autoridades nacionales (que previamente se han pronunciado sobre ella, evaluando el cumplimiento de los requisitos del Reglamento) determina que la posible ilegalidad del acto administrativo nacional no afecta a la legalidad del Reglamento n.º 590/1999. [35]

71. Añadió el Tribunal de Justicia, al igual que en la sentencia Borelli, que correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales pronunciarse sobre la legalidad de una solicitud de registro en las mismas condiciones de control que las aplicables a todo acto definitivo que, adoptado por la misma autoridad nacional, pueda ser lesivo para los derechos de terceros deducidos del derecho de la Unión y, por consiguiente, declarar la admisibilidad del recurso interpuesto con tal propósito, aunque las normas de procedimiento internas no lo contemplen en semejante caso. [36]

72. Para la elección de los miembros del Parlamento Europeo hay previstos, también, procedimientos compuestos en los que se da prevalencia a las autoridades nacionales. El Tribunal de Justicia, tras deslindar las competencias respectivas del Parlamento y de las autoridades nacionales para la verificación de las credenciales de los eurodiputados, declaró que incumbe a estas últimas proclamar los resultados conforme a las normas nacionales concordes con el derecho de la Unión. En consecuencia, el Parlamento Europeo, según el artículo 12 del Acto de 1976, habría de tomar nota de la proclamación efectuada, sin tener la facultad de desviarse de ella debido a las supuestas irregularidades que afectaran a ese acto nacional. [37]

2. Jurisprudencia Suecia/Comisión

73. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado también sobre los procedimientos administrativos compuestos en los que el poder decisorio final se confiere a las instituciones de la Unión y las autoridades nacionales intervienen en las fases preliminares o preparatorias.

74. En estos casos, la responsabilidad de adoptar el acto definitivo, que pone fin al procedimiento, compete a la institución de la Unión y, por eso, su control jurisdiccional han de realizarlo, forzosamente, el Tribunal General y el Tribunal de Justicia. Además, los actos de las autoridades nacionales en estos procedimientos tienen carácter meramente preparatorio, de modo que su revisión a cargo de los jueces nacionales o del Tribunal de Justicia será, por lo común, innecesaria. [38]

33 El Reglamento (CEE) n.º 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (DO 1992, L 208, p. 1), instauró un procedimiento complejo en el que las asociaciones de productores presentan las solicitudes de registro de una DOP o de una IGP ante sus autoridades nacionales. Estas deben comprobar que la solicitud esté justificada y, cuando estimen que se cumplen los requisitos del Reglamento, la transmitirán a la Comisión, que solo procederá a un mero examen formal para comprobar si se reúnen dichos requisitos.

34 Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (C-269/99, EU:C:2001:659), apartados 57 y 58. Asimismo, sentencia de 2 de julio de 2009, Bavaria y Bavaria Italia (C-343/07, EU:C:2009:415), apartados 55 a 57.

35 Se trataba del registro de la denominación «Spreewälder Gurken», llevado a cabo siguiendo el Reglamento (CE) n.º 590/1999 de la Comisión, de 18 de marzo de 1999, que completa el anexo del Reglamento (CE) n.º 1107/96 relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) n.º 2081/92 (DO 1999, L 74, p. 8).

36 Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Carl Kühne y otros (C-269/99, EU:C:2001:659), apartados 57 y 58. En el mismo sentido, la sentencia de 2 de julio de 2009, Bavaria y Bavaria Italia (C-343/07, EU:C:2009:415), apartados 64 a 67.

37 Así sucedió en las proclamaciones hechas por la Junta Electoral italiana que fueron objeto de la sentencia de 30 de abril de 2009, Italia y Donnici/Parlamento (C-393/07 y C-9/08, EU:C:2009:275), apartados 74 y 75; y del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2009, Occhetto y Parlamento/Donnici (C-512/07 P(R) y C-15/08 P(R), EU:C:2009:3). Al declarar, contrariamente a aquella proclamación, inválida la credencial del Sr. Donnici y al confirmar el mandato del Sr. Occhetto, la Decisión impugnada infringió el artículo 12 de dicho Acto.

38 Sentencias de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión (60/81, EU:C:1981:264), apartado 12; y de 13 de octubre de 2011, Deutsche Post y Alemania/Comisión (C-463/10 P y C-475/10 P, EU:C:2011:656).

75. En la sentencia Países Bajos/Comisión,[39] el Tribunal de Justicia distinguió los procedimientos compuestos con poder de decisión de las instituciones de la Unión de aquellos en los que la intervención de las autoridades nacionales es determinante. En concreto, declaró que la organización común de mercados en el sector del plátano no se basaba en una gestión descentralizada del contingente arancelario que implicase una facultad decisoria de los Estados miembros.[40]

76. Otro procedimiento compuesto con poder decisorio final de las instituciones de la Unión fue el analizado en la sentencia Greenpeace France y otros;[41] entonces se trataba de la autorización de un tipo de maíz modificado genéticamente, en aplicación de la Directiva 90/220.[42] El Tribunal de Justicia estimó que, si un órgano jurisdiccional nacional comprueba que, como consecuencia de irregularidades en el desarrollo del examen de la notificación por parte de la autoridad nacional competente, previsto en el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 90/220, esta autoridad no ha podido transmitir válidamente el expediente con dictamen favorable a la Comisión en el sentido del apartado 2 de aquella disposición, no por eso puede tal órgano jurisdiccional controlar la validez del acto de la Comisión, potestad que se reserva el Tribunal de Justicia por la vía indirecta de la cuestión prejudicial de apreciación de validez.[43]

77. Por último, en la sentencia Suecia/Comisión,[44] el Tribunal de Justicia abordó otra modalidad de procedimiento compuesto con control de las autoridades de la Unión. Se trataba de la solicitud de acceso a documentos de las instituciones, cuando estos provienen de los Estados miembros, tal como prevén los artículos 4 y 5 del Reglamento n.º 1049/2001.[45] La institución de la Unión Europea adopta la decisión que deniega o permite el acceso al documento solicitado, previa autorización del Estado miembro de origen.

78. El Tribunal de Justicia consideró que aquel era un procedimiento en el que participaban la institución comunitaria y el Estado miembro, con el fin de determinar si el acceso a un documento debía denegarse según alguna de las excepciones materiales establecidas en su artículo 4, apartados 1 a 3, del referido Reglamento.

79. En estas condiciones, afirmó, «es competencia del juez comunitario, a instancia del interesado al que la institución requerida ha denegado el acceso, controlar si esta negativa puede fundarse válidamente en dichas excepciones, y ello tanto si la negativa procede de la apreciación de las excepciones hecha por la propia institución como si la ha realizado el Estado miembro de que se

39 Sentencia de 17 de octubre de 1995 (C-478/93, EU:C:1995:324), apartados 34 a 40.

40 Ni el Consejo ni la Comisión habían atribuido a los Estados miembros una facultad de decisión para gestionar el contingente de importación, pero estos debían asumir ciertas funciones técnicas por cuenta y bajo la supervisión de la Comisión (por ejemplo, establecer la lista de operadores, así como la cantidad media de plátanos que cada operador haya vendido en los últimos tres años de los que se tengan datos). No obstante, el papel que desempeñaban los Estados miembros en la recogida y transmisión de datos no podía impedir a la Comisión, encargada de la gestión cotidiana de la organización común de mercados, verificar la exactitud de tales datos y corregirlos si se comprobara que dobles contabilizaciones podían falsear la base del régimen de importación.

41 Sentencia de 21 de marzo de 2000 (C-6/99, EU:C:2000:148).

42 Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (DO 1990, L 117, p. 15), en su versión modificada por la Directiva 97/35/CE de la Comisión, de 18 de junio de 1997, por la que se adapta al progreso técnico por segunda vez la Directiva 90/220 (DO 1997, L 169, p. 72). La autorización de semillas modificadas genéticamente requería la presentación de una solicitud ante la autoridad nacional competente. Esta, tras analizar su impacto sobre la salud humana y el medio ambiente, remitía a la Comisión la solicitud con un dictamen favorable. La Comisión, a su vez, comunicaba a todos los Estados miembros esa solicitud para que formularan posibles objeciones. Si la Comisión adopta una «decisión favorable» de conformidad con el artículo 13, apartado 4, de dicha Directiva, la autoridad competente está obligada a expedir la «autorización escrita» que permita la comercialización del producto.

43 Sentencia de 21 de marzo de 2000, Greenpeace France y otros (C-6/99, EU:C:2000:148), apartado 57.

44 Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (C-64/05 P, EU:C:2007:802).

45 Reglamento (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO 2001, L 145, p. 43)

trata. Por lo demás, debe señalarse que, respecto de este interesado, la intervención del Estado miembro no afecta al carácter comunitario de la decisión que le dirige posteriormente la institución en respuesta a la petición de acceso que aquel presentó en relación con un documento que obra en poder de esta».[46]

B. Procedimiento administrativo para las autorizaciones de participaciones cualificadas en entidades de crédito

80. Con la (obligada) autorización de las participaciones cualificadas se pretende asegurar que solo accedan al sector bancario personas físicas o jurídicas que no pongan en riesgo su buen funcionamiento. En particular, la evaluación tiene por objeto verificar que el adquirente propuesto goce de buena reputación y de la solvencia financiera imprescindible, de modo que la entidad cuyas participaciones van a ser adquiridas continúe cumpliendo sus requisitos prudenciales. La evaluación contribuye también a evitar que la operación se financie con fondos surgidos de actividades ilícitas.

81. El artículo 2, punto 8, del Reglamento MUS se remite a la definición de «participación cualificada» del artículo 4, apartado 1, punto 36, del Reglamento (UE) n.º 575/2013.[47] Por tal se entiende «una participación directa o indirecta en una empresa que represente el 10 % o más del capital o de los derechos de voto o que permita ejercer una influencia notable en la gestión de dicha empresa».

82. El artículo 22 de la Directiva CRD IV impone la necesidad de la preceptiva autorización para la adquisición o el incremento[48] de participaciones cualificadas. Todos los supervisores de la Unión, tanto de los Estados que forman parte en la unión bancaria como de los que no, han de atenerse al procedimiento de autorización.

1. Criterios para otorgar la autorización

83. El artículo 23 de la Directiva CRD IV armoniza los criterios sustantivos para evaluar la adquisición o el incremento de una participación cualificada.[49] Esa armonización es, sin embargo, parcial, ya que la Directiva no desarrolla los elementos precisos para cumplir con cada uno de estos criterios, que deben apreciarse mediante la aplicación de las normas nacionales.

84. Para homogeneizar la práctica de los Estados, las autoridades europeas de supervisión adoptaron en 2016 unas Directrices conjuntas sobre la evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones cualificadas en el sector financiero.[50] En lo que concierne a las entidades bancarias, la base jurídica de esas Directrices se encuentra en el artículo 16, apartado 1, del

46 Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Suecia/Comisión (C-64/05 P, EU:C:2007:802), apartado 94; en el mismo sentido, el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2009, Occhetto y Parlamento/Donnici (C-512/07 P(R) y C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), apartado 53.

47 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 (DO 2013, L 176, p. 1).

48 El artículo 22 de la Directiva CRD IV equipara, en cuanto a su tratamiento, la adquisición de una participación cualificada con su incremento, directo o indirecto, que se produce cuando la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior al 20 %, 30 % o 50 %, o que la entidad de crédito pase a ser su filial.

49 Son la reputación del adquirente propuesto; la reputación y experiencia de los nuevos directivos propuestos; la solvencia financiera del adquirente propuesto; la influencia en la entidad; y el riesgo de vínculos con operaciones de blanqueo de capital o de financiación del terrorismo.

50 Directrices conjuntas de la EBA, la EIOPA y la ESMA sobre evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones cualificadas en el sector financiero (JC/GL/2016/01), pp. 15 a 24. Sus diferentes versiones lingüísticas están disponibles en la web del Joint Committee of the European Supervisory Authorities en https://esas-joint-committee.europa.eu/Pages/Guidelines/Joint-Guidelines-on-the-prudential-assessment-of-acquisitions-and-increases-of-qualifying-holdings-in-the-banking,-insuranc.aspx.

Reglamento n.º 1093/2010 [51], conforme al que la Autoridad Bancaria Europea, con objeto de establecer prácticas de supervisión coherentes, eficaces y efectivas dentro del SESF y de garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del derecho de la Unión, emitirá directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras.

85. Aun cuando las Directrices son actos jurídicos no vinculantes, los Estados se comprometen a hacer todo lo posible para atenerse a ellas (y a las recomendaciones) mediante la técnica conocida como «comply or explain». [52] Según las informaciones aportadas en la vista, las autoridades italianas se inclinaron por aplicar estas Directrices de 2016 en una decisión del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (Comité interministerial para el crédito y el ahorro) adoptada en 2017.

2. Procedimiento de autorización

86. En cuanto al procedimiento para otorgar este género de autorizaciones, lo rigen los artículos 4, apartado 1, letra c), 6, apartado 4, y 15 del Reglamento MUS, completados por los artículos 85 a 87 del Reglamento Marco del MUS.

87. Según el artículo 4, apartado 1, letra c), leído conjuntamente con el artículo 6, apartado 4, del Reglamento MUS, el BCE ostenta la competencia exclusiva para evaluar y decidir sobre la adquisición y el incremento de participaciones cualificadas en todas las entidades financieras sometidas al mecanismo único de supervisión, con independencia de que sean más o menos significativas y estén bajo la supervisión directa del BCE o de las ANC.

88. Esta circunstancia pone de relieve que el Reglamento MUS ha establecido «un mecanismo de supervisión realmente integrado», en el que los procesos clave son idénticos, en términos generales, para todas las entidades de crédito, ya sean «significativas» o «menos significativas», y en los que se involucran tanto el BCE como las ANC.

89. Los procedimientos administrativos comunes instaurados por el Reglamento MUS se utilizan respecto a las autorizaciones para acceder a la actividad bancaria o para proceder a su revocación, así como para evaluar las adquisiciones e incrementos de participaciones cualificadas.

90. En concreto, el BCE ejerce su competencia de control sobre las adquisiciones e incrementos de participaciones cualificadas en los términos que contempla el artículo 15 del Reglamento MUS, completado por los artículos 85 a 87 del Reglamento Marco del MUS. En el procedimiento que se ha de seguir al efecto, interviene el BCE como institución decisoria y las ANC como instancias encargadas de la preparación de las decisiones.

91. Este procedimiento se desarrolla de la manera siguiente: [53]

– La entidad solicitante presenta las notificaciones de adquisición o incremento de una participación cualificada a la ANC pertinente, que es la del Estado miembro en el que esté domiciliada la entidad que se pretende adquirir.

51 Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO 2010, L 331, p. 12; en lo sucesivo, «Reglamento EBA»).

52 Según el artículo 16, apartado 3, segundo párrafo, del Reglamento EBA, «en el plazo de dos meses a partir de la formulación de una directriz o recomendación, cada una de las autoridades competentes confirmará si la cumple o si se propone cumplirla. En el caso de que una autoridad competente no la cumpla o decida no cumplirla, lo comunicará a la Autoridad y expondrá sus motivos.»

53 BCE, *Guía de supervisión bancaria*, 2014, pp. 27 a 30.

– La ANC comunica al BCE la recepción de la notificación de la intención de adquirir o incrementar una participación cualificada, en un plazo no superior a cinco días hábiles, contados a partir del acuse de recibo al solicitante. No se podrá concluir el procedimiento hasta que no se haya facilitado la información requerida. Por lo tanto, los solicitantes deben cerciorarse de que sus solicitudes están completas y correctamente estructuradas. Si el primer examen de una solicitud revela omisiones o incoherencias, la ANC que la haya recibido instará de inmediato al solicitante a introducir las modificaciones necesarias.

– Una vez depositada la solicitud y comprobada la integridad de su contenido, la ANC que la haya recibido, el BCE y las demás ANC implicadas, en su caso, realizan una evaluación complementaria. Esta evaluación tiene por objeto garantizar que todas las partes implicadas conozcan a fondo el modelo de negocio y su viabilidad, a cuyo fin abarcará todos los criterios definidos en la legislación nacional y en la de la Unión.

– La ANC propondrá al BCE un proyecto de decisión, oponiéndose o no a la adquisición o al incremento de las participaciones cualificadas. Desde ese momento, la decisión definitiva sobre la aprobación o la denegación de la solicitud es responsabilidad exclusiva del BCE. Cuando se considere que la solicitud debe denegarse o que es preciso imponer condiciones adicionales, el solicitante tendrá derecho a ser oído.

– La resolución que pone término al procedimiento corresponde al BCE, que se vale de los trámites habituales para la toma de decisiones en el ámbito de la unión bancaria, recogidos en el artículo 26, apartados 6 y 8, del Reglamento MUS: el Consejo de Supervisión del BCE somete el proyecto completo de decisión al Consejo de Gobierno y la decisión se reputa adoptada salvo oposición de este en un plazo máximo de diez días.

– Una vez adoptada la decisión definitiva, el BCE la notifica al solicitante. Si la adquisición es denegada o si el adquirente propuesto estima que esa decisión le perjudica de algún modo, podrá solicitar su revisión por el Comité Administrativo de Revisión del BCE, previsto en el artículo 24 del Reglamento MUS.

C. Primera cuestión prejudicial: control jurisdiccional de los actos nacionales preparatorios en el procedimiento de autorización de adquisición de participaciones cualificadas en las entidades de crédito.

92. El procedimiento para autorizar la adquisición o el incremento de participaciones cualificadas en entidades financieras es, según acabo de exponer, de naturaleza compuesta, porque en él intervienen el BCE, en cuanto autoridad que resuelve, y las ANC como instancias encargadas de la preparación de las decisiones. Abordaré, en primer lugar, las cuestiones ligadas a la competencia para resolverlo y me referiré, después, al control jurisdiccional de la decisión final que en él ha de recaer.

1. Competencia decisoria final

93. La intervención de las ANC, tras la entrega de la solicitud, se limita a verificar el cumplimiento de las condiciones para autorizar la operación, fijadas por el derecho de la Unión y por el derecho nacional. Su función culmina elevando al BCE un proyecto o propuesta de decisión, que en ningún caso vincula a esta institución.

94. A partir de esa propuesta se inicia la fase decisoria del procedimiento compuesto, ya bajo la entera responsabilidad del BCE, que, finalmente, ha de autorizar o denegar la solicitud de adquisición o incremento de la participación cualificada. Se trata, en mi opinión, de una competencia decisoria exclusiva del BCE, como abonan las siguientes razones.

95. En primer lugar, el artículo 87 del Reglamento Marco del MUS prescribe que «el BCE decidirá si se opone o no a la adquisición basándose en su evaluación de la adquisición propuesta y en el proyecto de decisión de la ANC». Como afirma el Banco de Italia, de este precepto se colige que el BCE dispone de un poder de apreciación completo sobre los elementos fácticos y jurídicos a la hora de adoptar su decisión final. La propuesta que le remite la ANC es un elemento más de valoración, pero no necesariamente el único. Nada impide al BCE llevar a cabo actos de instrucción y de investigación autónomos [54] y llegar a una conclusión distinta de la propuesta por la ANC, que no le vincula. [55]

96. El proyecto de la ANC, insisto, no condiciona, jurídicamente, la decisión posterior del BCE. Podrá, en función de sus propios méritos, influir más o menos en esta última, pero tal carácter es común a otros trámites (por ejemplo, un dictamen no vinculante) de cualquier procedimiento. La ANC no posee ningún poder resolutorio específico, más allá de que le corresponde instruir la primera fase del procedimiento, una vez presentada la solicitud de autorización. No se trata, pues, de un procedimiento de codecisión entre la ANC y el BCE, como parece entender el Sr. Berlusconi en sus observaciones escritas.

97. En segundo lugar, es posible que el BCE se incline por modificar su decisión final, apartándose de la propuesta de la ANC que hubiese asumido, tras la intervención del Comité Administrativo de Revisión, [56] si el recurso del potencial adquirente es total o parcialmente estimado. [57] El BCE puede, además, incluir en su decisión final condiciones para autorizar la adquisición o el incremento de una participación cualificada que no figuren en la propuesta de la ANC.

98. En tercer lugar, que la fase inicial del procedimiento se desarrolle ante la ANC no significa que el BCE sea ajeno a aquella. El artículo 85, apartado 1, del Reglamento Marco del MUS estipula que las ANC a las que se les remita una notificación de la intención de adquirir una participación cualificada en una entidad de crédito informarán al BCE en los cinco días hábiles siguientes a su acuse de recibo. Además, el artículo 6, apartado 2, del Reglamento MUS señala que tanto el BCE como las ANC estarán sujetos al deber de cooperación leal y a la obligación de intercambiar información.

99. En cuarto lugar, el proyecto de decisión sometido por la ANC al BCE no es notificado por la autoridad nacional al solicitante, lo que confirma su carácter de mero acto preparatorio interno de la decisión final del BCE, sin transcendencia jurídica para aquel ni para terceros. [58]

100. En quinto lugar, el procedimiento de autorización de la adquisición o del incremento de participaciones cualificadas se diferencia de otros similares, como el de autorización para el ejercicio de la actividad bancaria. En este último, la ANC tiene, según el artículo 14, apartado 2, del Reglamento MUS, [59] capacidad para adoptar de forma autónoma la decisión denegatoria de la solicitud de

54 En este asunto, el BCE modificó algunos párrafos del proyecto de decisión remitido por el Banco de Italia, a raíz de las observaciones de Fininvest en la audiencia ante el BCE. Esta circunstancia corrobora, si fuera preciso, la independencia del BCE cuando ha de decidir de modo definitivo este tipo de procedimientos.

55 En el mismo sentido, véase Lackhoff, K., *Single Supervisory Mechanism. A Practitioner's Guide*, Beck, Hart, Nomos, Múnich, 2017, p. 172: el procedimiento de autorización de participaciones cualificadas «does not consist in a two-step procedure (with a national and an ECB part) as the authorization procedure but is in its entirety an ECB supervisory procedure».

56 Decisión del BCE, de 14 de abril de 2014, sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión y sus normas de funcionamiento (DO 2014, L 175, p. 47). Sobre la actuación de este órgano interno de control administrativo, véase Brescia Morra, C., Smits, R. y Magliari, A., «The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years», *European Business Organisation Law Review*, 2017, pp. 567 a 589.

57 En la vista, el BCE afirmó que esta hipótesis no es habitual.

58 El proyecto de decisión de la ANC se redacta en lengua inglesa en todos los casos para su transmisión al BCE, por ser este el idioma de comunicación entre las ANC y el BCE en el seno del MUS (artículo 23 del Reglamento Marco del MUS). La decisión final del BCE sí es traducida a la lengua del solicitante.

59 De acuerdo con este precepto, «si el solicitante cumple todas las condiciones de autorización establecidas en la legislación nacional pertinente [...] del Estado miembro, la autoridad nacional competente adoptará, dentro del plazo fijado por la legislación nacional pertinente, un proyecto de decisión para proponer al BCE la concesión de la autorización. El proyecto de decisión se notificará al BCE y al solicitante de autorización. En los demás casos, la autoridad nacional competente denegará la solicitud de autorización».

autorización, que comunica al solicitante y despliega efectos frente a él y frente a terceros. Se trata de un acto definitivo, cuyo control jurisdiccional pueden ejercer los órganos jurisdiccionales nacionales, con posibilidad de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia. Por el contrario, en el procedimiento de autorización de adquisición de participaciones cualificadas las ANC carecen de estas atribuciones.

101. En sexto lugar, con arreglo al artículo 22, apartado 6, de la Directiva CRD IV, si las autoridades competentes no se oponen por escrito a la adquisición propuesta dentro del plazo de evaluación, tal adquisición se considerará autorizada. En caso de inacción de las ANC, para evitar que opere esta especie de silencio administrativo positivo, el BCE puede intervenir (en virtud del artículo 9, apartado 1, tercera frase, del Reglamento MUS),[60] conminando a la ANC a pronunciarse sobre la solicitud de autorización de adquisición o de incremento de una participación cualificada. Se pone así de relieve la intervención del BCE en aquel procedimiento desde el principio y que es esa institución la que ejerce el control exclusivo sobre él.

2. Control judicial de las decisiones recaídas en estos procedimientos

102. Una vez sentado que la autorización para adquirir o incrementar participaciones cualificadas en entidades financieras se tramita en un procedimiento complejo, cuya resolución definitiva compete, en exclusiva, al BCE, ha de clarificarse el control jurisdiccional sobre las decisiones adoptadas en él.

103. Para determinar el régimen de control jurisdiccional aplicable, tanto la jurisprudencia Borelli como la jurisprudencia Suecia/Comisión atienden al concreto reparto de competencias entre las autoridades nacionales y las instituciones de la Unión. Cuando el poder decisorio pertenece a las autoridades nacionales, se aplica la jurisprudencia Borelli; si está en manos de la autoridad de la Unión, entra en juego la jurisprudencia Suecia/Comisión.

104. El MUS es una estructura compleja y multinivel, formada por el BCE y las ANC, en la que el BCE ocupa una posición clave, asume la responsabilidad del funcionamiento del sistema y controla el conjunto de tareas del mecanismo.[61] El BCE dispone, para cumplir estos objetivos, de poderes exclusivos en el marco del MUS. La intervención de las ANC obedece a la lógica del ejercicio descentralizado de estos poderes, no a una distribución de competencias propias entre el BCE y las autoridades nacionales.[62]

105. En el procedimiento de autorización de participaciones cualificadas, el BCE concentra el poder decisorio final, de manera exclusiva, al igual que en la mayoría de los procedimientos administrativos complejos de la unión bancaria. Simétricamente, la competencia exclusiva para ejercer el control jurisdiccional sobre el ejercicio de ese poder concentrado ha de corresponder al Tribunal General y al Tribunal de Justicia.[63]

60 Su tenor literal es el siguiente: «Cuando sea necesario para el desempeño de las funciones que le atribuye el presente Reglamento, el BCE podrá remitir instrucciones a esas autoridades nacionales para exigirles que hagan uso de las competencias que les atribuye la legislación nacional, en las condiciones que esta establezca, en caso de que el presente Reglamento no atribuya dichas competencias al BCE. Esas autoridades nacionales informarán plenamente al BCE del ejercicio de tales competencias.»

61 Véanse los análisis de Chiti, E. y Recine, F., «The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position», *European Public Law*, 2018, n.º 24, pp. 103 a 108; y de Lamandini, M. y Ramos Muñoz, D., *EU Financial Law*, CEDAM Legal Studies, Wolters Kluwer, 2016, pp. 183 a 212.

62 Esta idea ha sido puesta de relieve por el Tribunal General en su sentencia de 16 de mayo de 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg/BCE (T-122/15, EU:T:2017:337), apartado 54, contra la que pende un recurso de casación (asunto C-450/17 P). Ver los comentarios de D'Ambrosio, R. y Lamandini, M., «La "prima volta" del Tribunale dell'Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico», *Giurisprudenza commerciale*, 2017, pp. 594 a 599; y de Adalid, S., «Le MSU, nouveau sous-système de droit de l'Union européenne», *Revue des affaires européennes*, 2017, n.º 2, pp. 373 a 370.

63 Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Suecia/Comisión (C-64/05 P, EU:C:2007:802), apartados 93 y 94; en el mismo sentido, el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2009, Occhetto y Parlamento/Donnici e Italia (C-512/07 P(R) y C-15/08 P(R), EU:C:2009:3), apartado 53.

106. Opino que esta aseveración es difícilmente rebatible. De hecho, Fininvest ha introducido un recurso de anulación, que está pendiente ante el Tribunal General (T-913/16), contra la decisión del BCE que denegaba la adquisición de la participación cualificada en el Banco Mediolanum.

107. El carácter preparatorio de los actos de las ANC en la fase inicial del procedimiento corrobora, si fuera preciso, el control jurisdiccional exclusivo del Tribunal de Justicia tanto sobre las decisiones de autorización de adquisiciones o de incrementos de participaciones cualificadas en entidades bancarias, como de las propuestas que anteceden a esas decisiones.

108. De acuerdo con la asentada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente se puede atacar la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Unión, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, que tiendan a producir efectos jurídicos obligatorios capaces de afectar a los intereses del demandante, modificando marcadamente su situación jurídica. Por eso, cuando se trata de actos o decisiones cuya elaboración se lleva a cabo en varias fases, solo son impugnables los que fijan definitivamente la postura (normalmente, de la Comisión o del Consejo) al terminar dicho procedimiento. No son recurribles, por el contrario, las medidas intermedias o interlocutorias cuyo objetivo sea preparar la decisión definitiva. [64]

109. Esta jurisprudencia es extrapolable a los procedimientos en los que la intervención preparatoria, meramente auxiliar, proviene de una autoridad nacional. Cuando el acto de esta autoridad se circunscribe a una propuesta, que por definición no tiene naturaleza decisoria, tal acto carece de virtualidad para incidir en la esfera jurídica de cualquier persona, física o jurídica. Está, pues, desprovisto del carácter que permitiría su impugnación autónoma. Los eventuales vicios en los que se hubiera incurrido al elaborar la propuesta podrán, además, ser alegados al impugnar la decisión final que asuma el contenido de aquella.

110. En suma, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden pronunciarse sobre meros actos preparatorios, dictados por las ANC, que hayan formado parte de un procedimiento compuesto cuya decisión exclusiva se atribuya al BCE. En otro caso, los jueces nacionales asumirían, en realidad, el control material de decisiones que no corresponden a las ANC, sino al BCE, lo que, además, podría llevar a situaciones paradójicas. [65]

111. Estimo, pues, que ha de atribuirse a los órganos judiciales de la Unión, y no a los nacionales, la revisión jurisdiccional de todos los actos adoptados en el marco del procedimiento de autorización de adquisiciones e incrementos de participaciones cualificadas en entidades bancarias.

112. Esta atribución de competencia jurisdiccional no está, por supuesto, exenta de dificultades. Para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados, los tribunales de la Unión habrán de dilucidar, cuando ante ellos se suscite esta objeción, si los actos preparatorios de las ANC, cuyo contenido haya asumido ulteriormente el BCE, incurrían en vicios de nulidad tales que hayan contaminado irremisiblemente el entero procedimiento.

113. Desde esta perspectiva, la eventual ilegalidad de la propuesta del Banco de Italia deberá ser revisada por el Tribunal General en el recurso de anulación interpuesto contra la decisión final del BCE (asunto T-913/16), porque esta institución disponía de margen de apreciación para adoptar o no la propuesta de la ANC.

64 Véanse, en particular, las sentencias de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión (60/81, EU:C:1981:264), apartados 9 y 10; de 9 de septiembre de 2015, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Comisión (C-506/13 P, EU:C:2015:562, apartado 16); y de 20 de septiembre de 2016, de Mallis y otros/Comisión y BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702), apartado 51.

65 Ante un acto preparatorio de la ANC que tuviera el mismo contenido que el del BCE, las sentencias del órgano jurisdiccional nacional y del Tribunal de Justicia podrían ser divergentes. Esta circunstancia se daría si, en este asunto, hubiera una sentencia del tribunal italiano y otra del Tribunal General con soluciones contradictorias.

114. Esta solución es, además, coherente con la previsión que contiene el artículo 4, apartado 3, del Reglamento MUS.[66] Con ella, se confía al BCE la aplicación del derecho nacional que desarrolle directivas y, excepcionalmente, reglamentos en materia de unión bancaria, respaldando la extensión del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia a estos supuestos.[67]

115. En función de los anteriores argumentos, entiendo que el artículo 263 TFUE:

– confiere al Tribunal de Justicia competencia exclusiva para controlar la legalidad de los actos adoptados en el seno del procedimiento previsto en los artículos 4, apartado 1, letra c), y 15 del Reglamento MUS y en los artículos 85, 86 y 87 del Reglamento Marco del MUS; e

– impide a los órganos jurisdiccionales nacionales ejercer el control de la legalidad de los actos nacionales de apertura, de instrucción y de propuesta, adoptados por la autoridad nacional competente en el seno de dicho procedimiento, que culmina con una decisión definitiva del BCE.

D. Segunda cuestión prejudicial: incidencia de las sentencias nacionales con efecto de cosa juzgada sobre el control jurisdiccional de los actos preparatorios nacionales

116. De la respuesta que recomiendo a la primera pregunta se infiere, en buena lógica, la contestación a la segunda. Al reivindicar la competencia *exclusiva* del Tribunal General y del Tribunal de Justicia para ejercer el control jurisdiccional sobre los actos adoptados en estos procedimientos, negándosela a los órganos jurisdiccionales nacionales, es irrelevante que estos últimos pudieran ser llamados a fallar a través del «giudizio di ottemperanza» o de cualquier otra modalidad procesal de su derecho interno.

117. En efecto, la atribución de competencia es un presupuesto ineludible para la validez de la actuación jurisdiccional ulterior. Si un tribunal no es competente, simplemente no puede actuar, ni a través de una vía procesal ni de otra. El «giudizio de ottemperanza» es una de esas vías, mediante la que el ordenamiento procesal italiano pretende que se respete el carácter de cosa juzgada de una decisión judicial previa.[68]

118. El Sr. Berlusconi y Fininvest pretenden acogerse a ese cauce, invocando la sentencia dictada el 3 de marzo de 2016 por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) como motivo de nulidad de la propuesta de decisión remitida al BCE por el Banco de Italia en el curso del procedimiento de autorización. Pero si, como ya he avanzado, los tribunales italianos carecen de competencia para enjuiciar los actos preparatorios acordados por las ANC, aquella alegación habrá de ser suscitada ante el Tribunal General (como ha sucedido en el recurso T-913/16), no ante los tribunales nacionales.

66 El tenor literal de este precepto es el siguiente: «A los efectos de desempeñar las funciones que le atribuye el presente Reglamento, y con el objetivo de garantizar una supervisión rigurosa, el BCE aplicará toda la legislación aplicable de la Unión y, en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional. Cuando la legislación aplicable de la Unión esté compuesta por Reglamentos y en los ámbitos en que en la actualidad dichos Reglamentos otorguen expresamente opciones a los Estados miembros, el BCE aplicará también la legislación nacional que incorpore esas opciones al ordenamiento jurídico nacional.»

67 Incluso en ámbitos de supervisión bancaria regulados por normas de derecho interno de los Estados miembros y no previstos expresamente por el derecho de la Unión, el BCE se considera competente para ejercer la función supervisora y lleva a cabo una prolija aplicación de normas nacionales. Así lo especifica una comunicación a las ANC: BCE, *Additional clarification regarding the ECB's competence to exercise supervisory powers granted under national law*, letter SSM/2017/0140, de 31 de marzo de 2017, disponible en https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/letterstobanks/shared/pdf/2017/Letter_to_SI_Entry_point_information_letter.pdf?abdf436e51b6ba34d4c53334f0197612. Véanse los comentarios de Smits, R., «Competences and alignment in an emerging future. After L-Bank: how the Eurosystem and the single Supervisory Mechanism may develop», *ADEMU Working Papers Series* 2017/077, pp. 16 a 24.

68 Como apuntó la Comisión durante la vista, en réplica a la resuelta defensa de la singularidad de este instrumento procesal italiano de los abogados del Sr. Berlusconi, lo cierto es que en otros muchos Estados miembros existen mecanismos jurisdiccionales que tratan de preservar el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales.

119. Estimo, pues, que no es posible invocar la autonomía procesal del Estado italiano para justificar que el (eventual) efecto de cosa juzgada de la sentencia de 3 de marzo de 2016 confiera a un órgano jurisdiccional nacional competencia para controlar la legalidad de las actuaciones del Banco de Italia orientadas a la preparación de la decisión final del BCE.

120. No creo, por lo tanto, que el Tribunal de Justicia deba ir más allá, terciando en el debate, aún no prejuzgado, sobre la incidencia de aquella sentencia en este asunto. A título meramente subsidiario, sin embargo, explicaré por qué entiendo que no concurrirían ni la identidad subjetiva ni la objetiva (necesarias para apreciar el efecto de cosa juzgada) entre el litigio zanjado por la sentencia de 3 de marzo de 2016 y el actual.

121. En cuanto a la identidad objetiva:

– El recurso precedente versaba sobre la decisión del Banco de Italia y del IVASS n.º 976145/14, de 7 de octubre de 2014, en la que se declaró que el Sr. Berlusconi incumplía el requisito relativo a la reputación, previsto respecto de la titularidad de participaciones cualificadas en empresas de intermediación financiera.

– El actual litigio versa sobre la legalidad de la propuesta del Banco de Italia (luego asumida por la Decisión BCE de 2016) que se opuso a la adquisición de la participación cualificada en el Banco Mediolanum, realizada indirectamente por el Sr. Berlusconi a través de Fininvest. El motivo de esta oposición tiene su fundamento en la condena en firme a la pena de cuatro años de prisión por fraude fiscal, a la que se refirió la sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado). Pero tanto el Banco de Italia como el BCE valoraron también otros elementos adicionales, algunos de ellos posteriores a la sentencia de 3 de marzo de 2016, para considerar que se incumplía la exigencia de honorabilidad de los adquirentes. [69]

122. En cuanto a la identidad subjetiva:

– El BCE no participó, ni pudo hacerlo, en el procedimiento que dio lugar a la sentencia de 3 de marzo de 2016, mientras que en el de autos su protagonismo es crucial.

– La Decisión del BCE de 2016 señala la ausencia de honorabilidad de los adquirentes, que imputa no solo al «accionista de control y adquirente indirecto, el Sr. Berlusconi, sino también a otro miembro del consejo de administración y a un miembro del consejo de control de Fininvest SpA, así como a la propia Fininvest». [70]

123. Además, las adquisiciones de participaciones cualificadas son diferentes, la normativa aplicable varía y ha cambiado el procedimiento, cuya decisión compete ahora en exclusiva al BCE.

124. No habiendo, pues, identidad objetiva ni subjetiva entre el litigio resuelto por la sentencia firme del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de 3 de marzo de 2016 y el ahora pendiente, difícilmente podría aceptarse la aplicación del principio de cosa juzgada.

69 En el punto 2.2.1 de su Decisión de 2016, el BCE tuvo en cuenta los procedimientos penales, o sancionadores, abiertos o con condenas, unas definitivas y otras no, contra los señores Ubaldo Livolsi, Ferdinando Superti Furga y Silvio Berlusconi, así como contra Fininvest, para declarar que los adquirentes de la participación cualificada incumplían el requisito de honorabilidad, a tenor de las normas de derecho italiano y de las normas de la Unión, aplicadas según las Directrices conjuntas de la EBA, la EIOPA y la ESMA sobre evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones cualificadas en el sector financiero.

70 Punto 2.2.2 *in fine* de la Decisión del BCE de 2016.

125. En último extremo, y con carácter doblemente subsidiario, el principio de cosa juzgada no podría invocarse para garantizar la ejecución de sentencias pronunciadas en clara violación de las normas del derecho de la Unión,[71] como serían aquellas que pudieran interferir en la competencia exclusiva del BCE para autorizar las adquisiciones de participaciones cualificadas.

IV. Conclusión

126. A tenor de los razonamientos precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) de la siguiente manera:

«1) El artículo 263 TFUE, en relación con los artículos 4, apartado 1, letra c), y 15 del Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, y con los artículos 85, 86 y 87 del Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas:

– confiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea competencia exclusiva para controlar la legalidad de los actos adoptados en el seno del procedimiento, previsto en los mencionados artículos de ambos Reglamentos, para autorizar las adquisiciones e incrementos de participaciones cualificadas en entidades bancarias; e

– impide que los órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan el control de la legalidad de los actos de apertura, de instrucción y de propuesta de decisión, acordados por las autoridades nacionales competentes en el marco de ese procedimiento, cuya resolución final corresponde al Banco Central Europeo.

2) La falta de competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para controlar la legalidad de los actos adoptados en el referido procedimiento no puede ser desvirtuada mediante el ejercicio de una acción de nulidad (*giudizio di ottemperanza*) en la que se invoque la presunta vulneración o elusión de la autoridad de cosa juzgada atribuida a una sentencia previa de un tribunal nacional.»

71 En la sentencia de 18 de julio de 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que el derecho de la Unión se opone a la aplicación de una disposición de derecho nacional, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, que pretende consagrar el principio de fuerza de cosa juzgada, en la medida en que su aplicación obstaculiza que se recupere una ayuda estatal concedida vulnerando el derecho de la Unión y cuya incompatibilidad con el mercado común había sido comprobada por una decisión de la Comisión Europea de carácter definitivo (sentencias de 3 de septiembre de 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, apartado 25; de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 61; y de 11 de noviembre de 2015, Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, EU:C:2015:742, apartado 45).