



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 9 de julio de 2019¹

Asunto C-414/18

**Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo
contra
Banca d'Italia**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lazio, Italia)]

«Cuestión prejudicial — Admisibilidad — Incompetencia del juez nacional para controlar la legalidad de los actos de la Junta Única de Resolución — Obligación de recurrir los actos de la Junta Única de Resolución ante el Tribunal General — Armonización de legislaciones — Unión bancaria — Reestructuración y resolución de entidades de crédito — Contribuciones ordinarias y extraordinarias al fondo nacional de resolución — Fijación de la contribución *ex ante* para 2016 al Fondo Único de Resolución — Contribuciones de las entidades de crédito cooperativo — Ajuste de las contribuciones en función del perfil de riesgo — Artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2015/63 — Exclusión de determinados pasivos del cálculo de las contribuciones»

1. Este reenvío prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de clarificar dos cuestiones controvertidas en relación con las contribuciones que las entidades de crédito han de abonar al Fondo Único de Resolución (en lo sucesivo, «FUR») o a los Fondos nacionales de resolución (en lo sucesivo, «FNR») para su financiación:

- Por un lado, a quién corresponde el control jurisdiccional de las decisiones de la Junta Única de Resolución (en lo sucesivo, «JUR») relativas a esas contribuciones, cuando son notificadas a las entidades bancarias por una autoridad nacional de resolución (en lo sucesivo, «ANR») como el Banco de Italia.
- Por otro lado, si, para el cálculo de las contribuciones en favor de los FNR, hay que tener en cuenta los pasivos internos entre entidades de un grupo de bancos de crédito cooperativo y su posible exclusión.

¹ Lengua original: español.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Normas sobre contribuciones de las entidades de crédito a los FNR en toda la Unión

a) Directiva 2014/59/UE²

2. Me remito a las conclusiones que he presentado recientemente en el asunto C-255/18, *State Street Bank International*³ en cuanto a la transcripción de los artículos 100, 102, 103 y 104 de esa Directiva.

b) Reglamento Delegado (UE) 2015/63⁴

3. Los considerandos octavo y noveno afirman:

«(8) El cálculo de las contribuciones a nivel individual podría dar lugar, en el caso de los grupos, a un doble cómputo de determinados pasivos al establecer la contribución anual de base de los diferentes entes del grupo, ya que el pasivo relacionado con los acuerdos que los entes del mismo grupo suscriban entre sí sería parte del total del pasivo que debe tenerse en cuenta para determinar la contribución anual de base de cada uno de los entes del grupo. Por consiguiente, debe clarificarse la determinación de la contribución anual de base en el caso de los grupos, a fin de reflejar la interrelación de los entes del grupo y evitar el doble cómputo de las exposiciones intragrupo. [...]

(9) A efectos del cálculo de la contribución anual de base de un ente de un grupo, el total del pasivo considerado no debe incluir el pasivo derivado de cualquier contrato que ese ente celebre con cualquier otro ente del mismo grupo. No obstante, dicha exclusión solo debe ser posible en caso de que cada ente del grupo esté establecido en la Unión, esté íntegramente incluido en la misma supervisión consolidada, esté sujeto a unos procedimientos de evaluación, medición y control de riesgos adecuados y centralizados, y no existan impedimentos importantes de tipo práctico o jurídico para el inmediato reembolso del pasivo pertinente al vencimiento. De esta forma se evitará que el pasivo quede excluido de la base de cálculo de las contribuciones en caso de que no existan garantías de que las exposiciones de financiación intragrupo queden cubiertas cuando se deteriore la situación financiera del grupo. [...]»

4. El artículo 4 («Cálculo de las contribuciones anuales») señala:

«1. Las autoridades de resolución determinarán las contribuciones anuales que deberá abonar cada entidad de manera proporcional a su perfil de riesgo a tenor de la información facilitada por la entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 y aplicando el método establecido en la presente sección.

2 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2014, L 173, p. 190).

3 Conclusiones de 26 de junio de 2019 (en lo sucesivo, «conclusiones *State Street Bank International*»).

4 Reglamento Delegado de la Comisión, de 21 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de la resolución (DO 2015, L 11, p. 44).

2. La autoridad de resolución determinará la contribución anual a que se refiere el apartado 1 sobre la base del nivel de financiación anual del mecanismo de financiación de la resolución y atendiendo al nivel de financiación que habrá de alcanzarse el 31 de diciembre de 2024 a más tardar, de conformidad con el artículo 102, apartado 1, de la Directiva [2014/59], y sobre la base del importe medio de los depósitos garantizados correspondientes al año anterior, calculado trimestralmente, de todas las entidades autorizadas en su territorio».

5. El artículo 5 («Ajuste de la contribución anual de base en función del riesgo») recoge:

«1. Las contribuciones a que se refiere el artículo 103, apartado 2, de la Directiva [2014/59] se calcularán excluyendo los siguientes pasivos:

a) los pasivos intragrupo que se deriven de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que cada una de las entidades esté establecida en la Unión;

ii) que cada entidad esté íntegramente incluida en la misma supervisión consolidada, de conformidad con los artículos 6 a 17 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 [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)], y esté sujeta a procedimientos de evaluación, medición y control de riesgos adecuados y centralizados;

iii) que no existan impedimentos importantes, actuales o previstos, de tipo práctico o jurídico, para el inmediato reembolso del pasivo al vencimiento;

[...]

f) en el caso de las entidades que concedan préstamos promocionales, los pasivos de la entidad intermediaria frente al banco originario, otro banco de fomento u otra entidad intermediaria y los pasivos del banco de fomento originador frente a las partes financiadoras, en la medida en que el importe de esos pasivos se corresponda con los préstamos promocionales de dicha entidad».

2. Normas sobre contribuciones de las entidades de crédito al FUR en el marco de la unión bancaria

a) Reglamento UE n.º 806/2014⁵

6. Según el considerando centésimo vigésimo:

«El MUR reúne a la Junta, al Consejo, a la Comisión y a las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes. El Tribunal de Justicia es competente para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por la Junta, el Consejo y la Comisión, de conformidad con el artículo 263 del TFUE, así como para determinar su responsabilidad extracontractual. Además, el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, es competente para pronunciarse con carácter prejudicial, a petición de las autoridades judiciales nacionales, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Las autoridades judiciales

⁵ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 225, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento MUR»).

nacionales deben ser competentes, de conformidad con su legislación nacional, para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes en el ejercicio de las funciones que les confiere el presente Reglamento, así como para determinar su responsabilidad extracontractual».

7. El artículo 67 proclama:

«1. Se crea el Fondo Único de Resolución («Fondo»). Se aprovisionará con arreglo a las disposiciones sobre transferencia al Fondo de los fondos recaudados a escala nacional tal como se dispone en el Acuerdo.

[...]

3. La Junta será propietaria del Fondo.

4. Las aportaciones a que se refieren los artículos 69, 70 y 71 serán recaudadas de los entes a que se refiere el artículo 2 por las autoridades nacionales de resolución y transferidas al Fondo de conformidad con el Acuerdo».

8. Con respecto a las aportaciones *ex ante*, el artículo 70 preceptúa:

«1. La aportación de cada entidad se recaudará al menos cada año y corresponderá a la proporción que represente su pasivo (excluidos los fondos propios), menos los depósitos con cobertura, respecto de los pasivos agregados (excluidos los fondos propios), menos los depósitos con cobertura, de todas las entidades autorizadas en los territorios de todos los Estados miembros participantes.

2. Cada año, la Junta, previa consulta al BCE o a la autoridad nacional competente, y en estrecha cooperación con las autoridades nacionales de resolución, calculará las distintas aportaciones para garantizar que las aportaciones debidas por todas las entidades autorizadas en el territorio de todos los Estados miembros participantes no excedan del 12,5 % del nivel fijado como objetivo.

[...]»

b) Reglamento de Ejecución (UE) 2015/81⁶

9. El artículo 4 («Cálculo de las aportaciones anuales») estipula:

«Para cada período de contribución la Junta calculará la aportación anual adeudada por cada entidad basándose en el nivel de financiación anual del Fondo, previa consulta al BCE o a las autoridades nacionales competentes, y en estrecha cooperación con las autoridades nacionales de resolución. El nivel de financiación anual se establecerá por referencia al nivel de financiación del Fondo contemplado en el artículo 69, apartado 1, y en el artículo 70 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 y de conformidad con el método establecido en el Reglamento Delegado (UE) 2015/63.»

10. Con arreglo al artículo 5:

«1. La Junta comunicará a las autoridades de resolución nacionales pertinentes las decisiones por las que calcule las aportaciones anuales de las entidades autorizadas en sus respectivos territorios.

⁶ Reglamento del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones *ex ante* al Fondo Único de Resolución (DO 2015, L 15, p. 1).

2. Una vez que reciba la comunicación contemplada en el apartado 1, cada autoridad de resolución nacional notificará a cada entidad autorizada en su Estado miembro la Decisión de la Junta por la que se calcula la aportación anual adeudada por esa entidad».

B. Derecho nacional: Decreto Legislativo n.º 180/2015⁷

11. La Directiva 2014/59 fue incorporada al derecho italiano mediante el Decreto Legislativo n.º 180, de 16 de noviembre de 2015.

12. Me remito, igualmente, a las conclusiones del asunto *State Street Bank International* en cuanto a la transcripción de los artículos 2, apartado 1, 3, apartado 1, 78, 81, apartados 1 y 2, y 83 de este Decreto Legislativo.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

13. Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo (en lo sucesivo, «Iccrea Banca») es un banco que podría calificarse de «segundo nivel», en cuanto encabeza una red de entidades de crédito, denominadas en Italia «bancos de crédito cooperativo» (en lo sucesivo, «BCC»).⁸

14. El objeto social de Iccrea Banca consiste en «hacer más completa, intensa y eficaz la actividad de los bancos de crédito cooperativo, prestándoles apoyo y potenciando su actividad mediante el ejercicio de funciones de crédito, intermediación técnica y asistencia financiera de cualquier tipo».

15. El Banco de Italia, en sucesivas decisiones,⁹ exigió a Iccrea Banca el pago de las contribuciones ordinarias, extraordinarias y adicionales al FNR italiano correspondientes a los años 2015 y 2016, así como las contribuciones al FUR de 2016.

16. Ante el tribunal de reenvío, Iccrea Banca recurrió en anulación las decisiones del Banco de Italia, impugnando las modalidades de cálculo de las contribuciones requeridas.¹⁰

7 Decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180. Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio (GURI n.º 267, de 16 de noviembre de 2015; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n.º 180/2015»)

8 El Testo Unico Bancario de 1993 convirtió a las «Casse Rurali e Artigiane» (Cajas rurales y artesanales) en «Banche di Credito Cooperativo» (Bancos de crédito cooperativo).

9 Estas decisiones son las siguientes:

- Decisión n.º 1249264/15, de 24 de noviembre de 2015, relativa al pago de la contribución ordinaria al FNR correspondiente a 2015;
- Decisión n.º 1262091/15, de 26 de noviembre de 2015, relativa al pago de la contribución extraordinaria al FNR correspondiente a 2015;
- Decisión n.º 1547337/16, de 29 de diciembre de 2016, mediante la que el Banco de Italia informó a Iccrea Banca de la obligación de pagar dos tramos anuales suplementarios al FNR en el año 2016, como consecuencia del dispositivo de resolución de Banca delle Marche s.p.a., Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio s.c.p.a., Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti s.p.a. y Cassa di Risparmio di Ferrara s.p.a.;
- Decisión n.º 333162/17, de 14 de marzo de 2017, relativa al pago de 36 687 705 EUR de contribuciones adicionales al FNR correspondientes a 2016;
- Decisión n.º 334520/17, de 14 de marzo de 2017, relativa al pago de un suplemento de contribuciones por el año 2015 al FNR, imputable al reembolso de un intermediario que había efectuado un pago excesivo en concepto de sus contribuciones al FNR para 2015.
- Decisión n.º 585821/16, de 3 mayo de 2016, relativa al pago de las contribuciones al FUR correspondientes a 2016; y
- Decisión n.º 709417/16, de 27 de mayo de 2016, relativa a la corrección de las contribuciones al FUR para 2016, solicitadas por la decisión precedente.

10 Instó, asimismo, la suspensión de su eficacia, que se le restituyeran las cantidades indebidamente pagadas y la condena a indemnizarle por los daños sufridos.

17. Para Iccrea Banca:

- El Banco de Italia debería haber considerado que sus pasivos con los BCC constituían pasivos intragrupo y que, en cualquier caso, deberían haber recibido un trato similar al dispensado a los préstamos promocionales.
- El Banco de Italia no tuvo en cuenta, para calcular las contribuciones, la peculiaridad del sistema que integran la recurrente y los BCC.
- El Banco de Italia ignoró la función de respaldo que Iccrea Banca desempeña en el sistema de BCC y la existencia de un «grupo de hecho», cuyos pasivos deberían haber sido incluidos entre las excepciones del Reglamento Delegado 2015/63. En todo caso, no deberían quedar sujetos a doble cómputo (y a doble contribución) en virtud de los principios de proporcionalidad, no discriminación e igualdad de trato.
- En suma, el importe de las contribuciones que adeuda al FNR y al FUR debería haber sido muy inferior al exigido.

18. El Banco de Italia aduce, con carácter preliminar, que el órgano jurisdiccional remitente carece de competencia para resolver las pretensiones de Iccrea Banca referidas a las contribuciones al FUR de 2016. Añade otras objeciones formales¹¹ y, en cuanto al fondo, esgrime que:

- No existe entre Iccrea Banca y los BCC una auténtica relación de control o influencia dominante, a los efectos del requisito previsto en el artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63.
- No puede otorgarse valor jurídico a un elemento meramente fáctico, como el «cometido empresarial» que Iccrea Banca persigue a través de sus relaciones contractuales con los BCC. Tampoco es suficiente que Iccrea Banca ejerza una función de banco «de servicios» dentro del sistema de los BCC.
- No cabe, pues, otorgar un trato privilegiado a los pasivos frente a los BCC.

19. En este contexto, el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lacio, Italia) eleva al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«A efectos del cálculo de las contribuciones contempladas en el artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59/UE, ¿se opone el artículo 5, apartado 1, en particular las letras a) y f), del Reglamento Delegado (UE) 2015/63, interpretado a la luz de los principios resultantes de esta misma fuente normativa, de la Directiva 2014/59/UE, del Reglamento (UE) n.º 806/2014 y del artículo 120 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y conforme a los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad consagrados en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la prohibición de doble imposición, a la aplicación del régimen establecido para el pasivo intragrupo a los supuestos en que exista un grupo “de hecho” o en que una entidad esté interconectada con otros bancos de un mismo sistema? y, por otra parte, a la luz de esos mismos principios, ¿es aplicable por analogía el trato de favor que el referido artículo 5 dispensa a los pasivos promocionales a los pasivos que un banco denominado de “segundo nivel” tiene frente a los demás bancos del sistema (bancos de crédito cooperativo), o debe conducir esta última característica de una entidad, que en concreto opera como entidad central de una estructura interconectada e integrada por entidades bancarias pequeñas, también en sus

¹¹ Alega que ha prescrito el derecho a interponer una acción; que el recurso es inadmisibile por no haber sido notificado, al menos, a uno de los interesados; la carencia de legitimación pasiva; y la falta de legitimación activa y de interés en ejercitar la acción de la recurrente

relaciones con el BCE y con el mercado financiero, con arreglo a la normativa vigente, a la aplicación de correcciones en la estimación de los datos financieros presentados por la autoridad nacional de resolución a los organismos de la Unión y en la determinación de las contribuciones adeudadas por esa entidad al Fondo de Resolución en consideración a sus pasivos efectivos y a su concreto perfil de riesgo?».

20. Han depositado observaciones escritas Iccrea Banca, el Banco de Italia y los Gobiernos italiano y español, así como la Comisión. En la vista celebrada el 30 de abril de 2019 intervinieron todos ellos y la JUR, a la que el Tribunal de Justicia invitó a participar, en aplicación del artículo 24, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

III. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. Consideraciones preliminares sobre las contribuciones a los FNR y al FUR

21. En las conclusiones State Street Bank International (puntos 33 a 51) expuse las líneas básicas de la financiación de los mecanismos de reestructuración y resolución bancarias, cuya armonización llevó a cabo la Directiva 2014/59. Sin necesidad de reproducirlas una vez más, me remito ahora a su contenido, para la mejor comprensión de este nuevo fenómeno normativo.

B. Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

22. Las resoluciones contra las que Iccrea Banca dirigió su recurso de anulación¹² exigen, por un lado, el pago de las contribuciones de los años 2015 y 2016 al FNR italiano y, por otro lado, el pago de las contribuciones del año 2016 al FUR.

23. El Banco de Italia alegó, en el litigio de origen, la incompetencia del tribunal remitente para pronunciarse sobre las dos decisiones relativas a las contribuciones al FUR correspondientes a 2016, pues, en realidad, su contenido había sido aprobado por la JUR.

24. Aquel tribunal estima, sin embargo, que es competente para controlar la legalidad de dichas decisiones. Afirma que «el Banco de Italia no actúa como mero intermediario entre la JUR y las entidades de crédito y que sus decisiones tampoco constituyen una mera comunicación del contenido de una decisión tomada por la JUR, sino que, por el contrario, desempeña un papel activo y de carácter decisivo, tanto en la fase de determinación de la contribución como en la fase de recaudación de los correspondientes importes, dictando la única resolución que tiene efectos vinculantes para las entidades de crédito».¹³

25. La Comisión también ha rechazado la competencia del tribunal de reenvío para pronunciarse sobre la legalidad de esas dos decisiones de la JUR, reputando inadmisibles las cuestiones prejudiciales en cuanto a ellas.

26. Las objeciones del Banco de Italia y de la Comisión fueron apoyadas en la vista por los Gobiernos español e italiano (este último, solo parcialmente y con ciertos matices) y creo, por lo que a continuación diré, que merecen ser acogidas. Requieren, en todo caso, un análisis detallado, porque plantean por primera vez, salvo error por mi parte, la delicada cuestión del control jurisdiccional de las decisiones de la JUR relativas a las contribuciones al FUR.

¹² Véase la nota 9.

¹³ Auto de remisión, apartado 4.1.

27. No albergo dudas sobre la competencia del tribunal de reenvío para pronunciarse sobre la legalidad de las cinco decisiones del Banco de Italia relativas a las contribuciones ordinarias, extraordinarias y adicionales¹⁴ al FNR, por los ejercicios 2015 y 2016. Se trata de decisiones específicas del Banco de Italia en las que no interviene la JUR y que están vinculadas con la financiación del FNR italiano. Esas contribuciones se utilizan, básicamente, para la resolución de las entidades de crédito menos significativas, que no están integradas en el MUS (Mecanismo Único de Supervisión) y en el MUR, pero a las que se aplican la Directiva 2014/59 y el Reglamento Delegado 2015/63.

28. Las cuestiones prejudiciales son, por consiguiente, admisibles en lo que respecta a esas cinco decisiones del Banco de Italia sobre contribuciones al FNR. El tribunal de reenvío podrá pronunciarse sobre su legalidad, en cuanto al fondo, en función de la respuesta que reciba del Tribunal de Justicia.¹⁵

29. Por el contrario, la pregunta prejudicial debe declararse parcialmente inadmisibile en lo que atañe a las dos decisiones del Banco de Italia que notifican a Iccrea Banca el montante de su contribución ordinaria al FUR en 2016. Sobre su legalidad el tribunal de reenvío no puede pronunciarse, pues provienen de la JUR.

30. Es cierto que el tribunal de reenvío pregunta por la interpretación del artículo 5 del Reglamento Delegado 2015/63, sin cuestionar su validez ni, aparentemente, la de las decisiones de la JUR sobre las contribuciones al FUR de 2016. Se centra, más bien, en los acuerdos del Banco de Italia que ponen en práctica las decisiones previas de la JUR. No obstante, si el tribunal de reenvío estimara finalmente que las modalidades de cálculo de las contribuciones de las entidades de crédito cooperativo al FUR para 2016 son incorrectas, estaría en realidad negando la validez de las decisiones de la JUR, que el Banco de Italia no podría aplicar a Iccrea Banca. Por tanto, en el litigio principal (*rectius*, en una parte de él) lo que está en juego es la legalidad de esas dos decisiones de la JUR.

31. Sentada esta premisa, me parece claro que un órgano judicial nacional no puede pronunciarse sobre la validez de las decisiones de la JUR, cuyo control de legalidad compete en exclusiva al Tribunal de Justicia. Son dos los argumentos en apoyo de esta aseveración: por una parte, la conveniencia de extrapolar a las decisiones de la JUR la lógica de la sentencia Berlusconi y Fininvest;¹⁶ por otra parte, la aplicación de la jurisprudencia TWD Textilwerke Deggendorf.¹⁷

1. Control jurisdiccional centralizado de las decisiones de la JUR

32. En la sentencia Berlusconi y Fininvest, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre el control jurisdiccional de las decisiones tomadas en el procedimiento administrativo compuesto de autorización para la adquisición o el incremento de participaciones cualificadas en entidades de crédito, en el marco del MUS. Declaró, en síntesis, que el artículo 263 TFUE se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan el control de la legalidad de los actos de apertura, de instrucción y de propuesta no vinculante adoptados por las autoridades nacionales competentes en el seno de dicho procedimiento.

¹⁴ Las contribuciones *adicionales* no están previstas por las normas de la Unión y se introdujeron para completar los recursos del FNR, cuando fueran insuficientes como consecuencia de los procedimientos de resolución efectuados. Desde 2016, el Banco de Italia puede exigirlos, a tenor del artículo 1 de la Ley de estabilidad de 2016 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge di stabilità 2016, GURI de 30 de diciembre de 2015, n.º 302) y del artículo 25 del Decreto-Ley n.º 237, de 23 de diciembre de 2016 (Decreto-legge 23 dicembre 2016, n.º 237, recante disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio, GURI de 23 de diciembre de 2016, n.º 299), convertido en Ley, con modificaciones por la Ley n.º 15, de 17 de febrero de 2017 (GURI de 21 de febrero de 2017, n.º 43).

¹⁵ Como es lógico, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre el resto de las causas de inadmisibilidad, de orden procesal, alegadas en los respectivos recursos contra esas decisiones del Banco de Italia.

¹⁶ Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (C-219/17, EU:C:2018:1023; en lo sucesivo, «sentencia Berlusconi y Fininvest»).

¹⁷ Sentencia de 9 de marzo de 1994 (C-188/92, EU:C:1994:90; en lo sucesivo, «sentencia TWD Textilwerke Deggendorf»), apartado 17.

33. Esa declaración, a su vez, se apoyaba en dos premisas:

- Cuando los actos de las autoridades nacionales son una etapa del procedimiento en el que una institución de la Unión ejerce, por sí sola, el poder de decisión final, sin estar vinculada por los actos de trámite o las propuestas procedentes de las autoridades nacionales, estamos en presencia de actos de la Unión.¹⁸
- Cuando el derecho de la Unión consagra la facultad decisoria exclusiva de una institución de la Unión, corresponde al juez de la Unión, en virtud de su competencia exclusiva con arreglo al artículo 263 TFUE, pronunciarse sobre la legalidad de la decisión final adoptada por la institución de la Unión. Solo al juez de la Unión corresponde examinar, para garantizar la tutela judicial efectiva de los interesados, los eventuales vicios de que adolezcan los actos de trámite o las propuestas procedentes de las autoridades nacionales y que puedan afectar a la validez de la decisión final.¹⁹

34. Como expuse en mis conclusiones de aquel asunto,²⁰ en los procedimientos administrativos compuestos en los que participan autoridades nacionales y de la Unión, el ejercicio del poder de decisión final es el elemento crucial para determinar si el control jurisdiccional debe ser ejercido por el juez de la Unión o por los órganos jurisdiccionales nacionales. Si la facultad decisoria está en manos de un organismo de la Unión, el control jurisdiccional corresponderá al juez de la Unión, con arreglo al artículo 263 TFUE.

35. Pues bien, la determinación de las contribuciones ordinarias al FUR se realiza también a través de un procedimiento administrativo compuesto en el que intervienen las autoridades nacionales de resolución,²¹ pero cuya decisión final corresponde a la JUR.

36. La sentencia Berlusconi y Fininvest, aunque dictada para un procedimiento administrativo compuesto que presenta diferencias con el relativo a la determinación de las contribuciones al FUR, resulta extrapolable a este. De ahí que el control jurisdiccional de la decisión de la JUR deba hacerlo en exclusiva el juez de la Unión, como a continuación trataré de explicar.

37. Mediante la Decisión SRB/ES/SRF/2016/06, de 15 de abril de 2016, la JUR, en virtud de los artículos 54, apartado 1, letra b), y 70, apartado 2, del Reglamento MUR, estableció el importe anual de la contribución *ex ante* al FUR para el ejercicio de 2016 respecto a cada una de las entidades de crédito —entre ellas, Iccrea Banca— obligadas a su pago. A causa de un error de cálculo, dichas contribuciones fueron modificadas mediante la Decisión de la JUR SRB/ES/SRF/2016/13, de 20 de mayo de 2016, que procedió a una corrección de las aportaciones *ex ante* al FUR para 2016.²²

38. Ambas decisiones se tomaron de conformidad con el artículo 70, apartado 2, del Reglamento MUR y con el artículo 4 del Reglamento de Ejecución 2015/81. Según esos preceptos, la JUR calcula para cada período de contribución la aportación anual adeudada por cada entidad basándose en el nivel de financiación anual del Fondo, previa consulta al BCE o a las autoridades nacionales competentes, y en estrecha cooperación con las ANR.²³

18 Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Suecia/Comisión (C-64/05 P, EU:C:2007:802), apartados 93 y 94; y sentencia Berlusconi y Fininvest, apartado 43.

19 Sentencia Berlusconi y Fininvest, apartado 44. Por analogía, véase la sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452), apartado 17.

20 Conclusiones de 27 de junio de 2018 (C-219/17, EU:C:2018:502), puntos 60 a 63.

21 La intervención de las autoridades nacionales en estos procedimientos es, por lo demás, de un nivel cualitativo menos destacado que en los previstos para autorizar la adquisición de participaciones cualificadas.

22 La primera Decisión fijó la contribución anual de Iccrea Banca al FUR para 2016 en 18 309 577 euros y la segunda la redujo a 18 292 713 euros.

23 Algunas precisiones adicionales sobre la cooperación entre la JUR y las ANR se incluyen en la Decision of the Plenary Session of the Board SRB/PS/2016/07, of 28 June 2016 establishing the framework for the practical arrangements for the cooperation within the Single Resolution Mechanism between the single Resolution Board and the national resolution authorities, https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_ps_2016_07.pdf.

39. El artículo 6 del Reglamento de Ejecución 2015/81 prevé que la JUR acordará los formatos y las representaciones de los datos que deberán utilizar las entidades para notificar la información necesaria a efectos del cálculo de las aportaciones anuales, con objeto de aumentar la comparabilidad de la información notificada y la eficacia de su tratamiento. La JUR ha puesto progresivamente en práctica esa competencia para organizar la colecta de datos por parte de las ANR.²⁴

40. En esta fase preparatoria, las ANR se limitan, siguiendo las indicaciones de la JUR, a recoger y a transferir a esta los datos de las entidades de crédito, empleando los formatos y las representaciones antes mencionados. La «estrecha cooperación» de las ANR, a la que alude el artículo 70, apartado 2, del Reglamento MUR se circunscribe a tal actividad.

41. Las ANR no llevan a cabo ninguna intervención instructora consistente en el análisis o en el tratamiento de los datos (así lo aclaró el Banco de Italia en la vista), ni elevan ninguna propuesta de decisión a la JUR.²⁵ La actividad de las ANR es de mero soporte operativo.

42. Con los datos correspondientes a las entidades sometidas al MUS y al MUR, la JUR dispone que contribuciones *ex ante* al FUR ha de aportar cada una de ellas. Únicamente la JUR puede adoptar esa decisión, porque, en el marco de un FUR con un nivel de financiación fijado a escala europea, la aportación individual anual de las entidades autorizadas en los territorios de todos los Estados miembros participantes depende de las aportaciones de todas las entidades sujetas al MUR.²⁶

43. Las ANR no pueden, por tanto, calcular las contribuciones anuales al FUR, decisión que solo se puede elaborar de forma centralizada. El porcentaje de contribución anual global al FUR lo ha de determinar la JUR, en cuanto única agencia de la Unión que posee los datos agregados globales, con los depósitos de todas las entidades, y de las informaciones que permiten precisar su factor de riesgo. La JUR, y solo ella, cuenta, pues, con todos los elementos necesarios para fijar las contribuciones ordinarias al FUR, tarea que realiza cada año.²⁷

44. Es más, la JUR toma su decisión sobre las contribuciones ordinarias al FUR en sesión ejecutiva y no en sesión plenaria, por lo que ni siquiera participan en ella los representantes de las ANR.²⁸

45. Una vez que la JUR precisa el montante de las contribuciones anuales de cada entidad, el artículo 5 del Reglamento de Ejecución 2015/81 indica que comunicará a las ANR competentes las decisiones en las que se cifran las aportaciones anuales de las entidades autorizadas en sus respectivos territorios. El último eslabón en esta cadena, ya de orden meramente instrumental, es que las ANR notifiquen a cada una de las entidades sujetas a su jurisdicción «la Decisión de la Junta por la que se calcula la aportación anual adeudada por esa entidad».

46. La JUR no notifica directamente a cada entidad de crédito la cantidad a la que asciende su contribución anual al FUR. Dicha notificación es, repito, realizada por las ANR, pero el artículo 5 del Reglamento de Ejecución 2015/81 dice textualmente que lo que se notifica es la «Decisión de la JUR».

47. Este procedimiento de notificación no puede aducirse como obstáculo para calificar la Decisión de la JUR como lo que es, a saber, una verdadera «decisión» en el sentido del artículo 288 TFUE, párrafo cuarto, ya que individualiza de forma nominal el importe que ha de abonar cada entidad de crédito en concepto de aportación anual al FUR.

24 Véanse las informaciones en <https://srb.europa.eu/en/content/data-collection>.

25 La diferencia con el procedimiento de autorización de participaciones cualificadas en entidades de crédito, analizado en la sentencia Berlusconi y Fininvest, es clara, ya que en él la autoridad nacional (Banca de Italia) sí elevaba una propuesta de decisión al BCE, tras una fase instructora previa. De ahí que la lógica de la sentencia Berlusconi y Fininvest se imponga, *a fortiori*, en casos como el de autos.

26 Considerando undécimo del Reglamento de Ejecución 2015/81.

27 Véanse los datos para el cálculo de las contribuciones ordinarias al FUR correspondientes a 2016, 2017, 2018 y 2019 en <https://srb.europa.eu/en/content/ex-ante-contributions-0>.

28 Así resulta de la lectura combinada de los artículos 50, 53 y 54 del Reglamento MUR.

48. La función del Banco de Italia, en cuanto ANR, en relación con Iccrea Banca respecto a las decisiones de la JUR SRB/ES/SRF/2016/06 y SRB/ES/SRF/2016/13 fue la de simple notificador de estas últimas, cuyo contenido el Banco de Italia no fija ni controla. Las ANR carecen de competencia para modificar el importe de las contribuciones ordinarias al FUR, potestad reservada a la JUR, y no tienen los datos necesarios para llevar a cabo dichos cambios.²⁹

49. No comparto la tesis que la JUR defendió (con cierta ambigüedad) en la vista y ha mantenido ante el Tribunal General,³⁰ con arreglo a la que sus decisiones sobre las contribuciones anuales al FUR van dirigidas a las ANR y no producen ningún efecto jurídico en las entidades de crédito. Sostiene, así pues, la JUR, que sus decisiones de 2016 iban dirigidas a las ANR y que estas adoptaron los actos administrativos nacionales que comunicaban la cuantía de las contribuciones anuales al FUR de cada entidad, siendo estos los únicos atacables ante las jurisdicciones nacionales.

50. La JUR insistió en la vista sobre la competencia compartida de las ANR y de ella misma para tomar las decisiones sobre las contribuciones anuales al FUR. A su juicio, se trata de un procedimiento administrativo compuesto, en el que las ANR realizan la recaudación final de dichas contribuciones.³¹ Como la sentencia Berlusconi y Fininvest aboga por un control jurisdiccional único en estos procedimientos, la JUR cree *conveniente*, en aras de una mayor tutela judicial y de la seguridad jurídica efectiva, que el control jurisdiccional corresponda a los órganos nacionales.

51. La argumentación de la JUR, que se opone radicalmente a la de la Comisión, no me parece convincente y ha contribuido a generar inseguridad sobre las características de las decisiones que fijan las contribuciones anuales al FUR y las posibilidades de su control jurisdiccional. Los recursos de anulación pendientes ante el Tribunal General y la práctica de las ANR ponen de manifiesto este complejo panorama,³² que exige una urgente clarificación.

52. Las razones que antes he expuesto me conducen a pensar que, en este procedimiento administrativo compuesto, el poder de decisión exclusivo reside en la JUR. Precisamente porque se trata de la decisión de un organismo de la Unión, el artículo 86, apartado 2, del Reglamento MUR prevé que los Estados miembros y las instituciones de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica, podrán interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra las decisiones de aquella JUR, de conformidad con el artículo 263 TFUE.³³

29 La JUR está tratando de armonizar la práctica recaudatoria de las ANR, como se lee en su *Informe Anual*, 2017, p. 39. Este Informe da cuenta de que «la JUR, junto con las ANR, trabajó en la armonización del procedimiento para que las cuantías de las aportaciones se notifiquen a las entidades. Gracias a esta labor se alcanzaron dos logros:

– La “decisión de cálculo maestro” de 2017. Esta decisión tuvo por objeto explicar la metodología utilizada para calcular las aportaciones *ex ante* de 2017. Transpuso los actos preparatorios relativos al cálculo efectuado por la JUR en etapas anteriores. Las ANR enviaron esta decisión a todas las instituciones, junto con sus notificaciones.

– Un “anexo armonizado” individual para cada entidad. Este documento proporcionó a las entidades los datos fundamentales de insumo utilizados en el cálculo, los valores de cálculo intermedios y la contribución definitiva. Se desarrolló en estrecha cooperación con las ANR».

30 Auto de 19 de noviembre 2018, Iccrea Banca/Comisión y JUR (T-494/17, EU:T:2018:804), apartado 26; y tres autos de la misma fecha en los asuntos T-661/16, Credito Fondiario/JUR, no publicado, EU:T:2018:806; T-14/17, Landesbank Baden-Württemberg/JUR, no publicado, EU:T:2018:812; y T-42/17, VR-Bank Rheing-Sieg/JUR, no publicado, EU:T:2018:813. El Tribunal General no tuvo que pronunciarse sobre la tesis de la JUR en ninguno de ellos, porque los recursos de anulación contra las decisiones relativas a las contribuciones al FUR de 2016 se interpusieron fuera de plazo.

31 No creo que el artículo 67, apartado 4, del Reglamento MUR, que habilita a las ANR para recaudar las contribuciones anuales y para transferirlas al FUR, dé pie a afirmar que las ANR pueden determinar las contribuciones anuales al FUR. Las ANR tienen la facultad de recaudar las cantidades establecidas por la JUR, de cuya legalidad es responsable esta última y no las propias ANR. Las incidencias en el proceso de recaudación, limitadas a sus propios trámites, sí podrán ser objeto de recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

32 Por ejemplo, la ANR española, denominada Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria («FROB»), indicó en su notificación a una entidad de crédito cooperativo, similar a Iccrea Banca, que podía recurrir ante el Tribunal General las decisiones de la JUR sobre las aportaciones de 2016 al FUR. Dicha entidad interpuso el recurso de anulación, aún pendiente (asunto T-323/16, Banco Cooperativo Español/JUR) ante el Tribunal General.

33 He transcrito su contenido en el punto 6 de estas conclusiones. El considerando 120 del Reglamento MUR reitera que «el Tribunal de Justicia es competente para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por la JUR, el Consejo y la Comisión, de conformidad con el artículo [263 TFUE], así como para determinar su responsabilidad extracontractual».

53. A diferencia de lo que arguye Iccrea Banca, esta afirmación no se puede poner en duda por la referencia del considerando centésimo vigésimo del Reglamento MUR a la actuación de las autoridades judiciales nacionales.

54. Ese considerando evoca el control de los órganos jurisdiccionales nacionales sobre las decisiones de las ANR en los ámbitos donde el Reglamento MUR les confiere poder decisorio. Así sucede respecto de los actos que emiten las ANR en cuanto a las contribuciones ordinarias a los FNR, que las entidades de crédito menos significativas, no integradas en el MUS ni en el MUR, han de abonar anualmente.

55. Teniendo en cuenta, pues, como fuente de inspiración, la lógica de la sentencia Berlusconi y Fininvest, opino que corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de las decisiones de la JUR y de las actuaciones de las ANR que colaboran en este procedimiento administrativo compuesto.

2. Aplicación de la jurisprudencia TWD Textilwerke Deggendorf

56. La jurisprudencia TWD Textilwerke Deggendorf, recientemente confirmada por la sentencia Georgsmarienhütte y otros,³⁴ establece que la persona física o jurídica con legitimación activa indiscutible para interponer un recurso de anulación contra una decisión de un organismo de la Unión pierde la posibilidad de cuestionar la validez de dicha decisión ante los jueces nacionales en caso de haber dejado transcurrir el plazo de dos meses sin haber recurrido en anulación ante el Tribunal General. Así se protege la seguridad jurídica y se da prioridad al recurso de anulación sobre la cuestión prejudicial de apreciación de validez, como vía procesal idónea para llevar a cabo el control de la legalidad de las decisiones de los organismos de la Unión.

57. En el contencioso relativo a las contribuciones ordinarias al FUR de 2016, Iccrea Banca interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General el 28 de julio de 2017 contra la Decisión de la JUR SRB/ES/SRF/2016/06, de 15 de abril de 2016, pero no atacó la Decisión de la JUR SRB/ES/SRF/2016/13, de 20 de mayo de 2016, que procedió a una corrección de las aportaciones *ex ante* al FUR para 2016.

58. Aquel recurso fue declarado inadmisible por el Tribunal General, ya que se introdujo fuera del plazo previsto en el artículo 263 TFUE, párrafo sexto.³⁵

59. La legitimación activa de Iccrea Banca para haber interpuesto (a tiempo) este recurso de anulación me parece innegable, pues esa entidad aparece identificada con su nombre en el anexo de la Decisión, constando asimismo en él la cantidad que había de pagar en concepto de contribuciones ordinarias al FUR en 2016,³⁶ lo que pone en evidencia su afectación individual y directa.

34 Sentencias TWD Textilwerke Deggendorf, apartado 17; y de 25 de julio de 2018, Georgsmarienhütte y otros (C-135/16, EU:C:2018:582), apartado 14.

35 Según el auto de 19 de noviembre 2018, Iccrea Banca/Comisión y JUR (T-494/17, EU:T:2018:804), Iccrea Banca tuvo conocimiento de la Decisión de la JUR a través del escrito del Banco de Italia de 3 de mayo de 2016, recibido el mismo día, en el que se le informaba de que la JUR había calculado su contribución *ex ante* al FUR para 2016, y se le indicaba el importe que debía satisfacer, pero dejó transcurrir más de un año antes de acudir al Tribunal General. Véanse los apartados 35 y 36 de aquel auto.

36 No impide alcanzar esta conclusión el hecho de que la JUR haya defendido la competencia de los jueces nacionales para controlar la legalidad de las decisiones sobre las contribuciones ordinarias al FUR.

60. Por tanto, la aplicación de la jurisprudencia TWD Textilwerke Deggendorf conduce a mantener que Iccrea Banca ha perdido la posibilidad de cuestionar la validez de las decisiones de la JUR sobre las contribuciones ordinarias al FUR en 2016 ante los jueces nacionales en un litigio suscitado contra la notificación de aquellas decisiones, efectuada por una ANR.³⁷

61. No identifico tampoco un acto nacional de ejecución de las decisiones de la JUR que Iccrea Banca pueda atacar ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que le permita, indirectamente, cuestionar la validez de las decisiones de la JUR por la vía de una remisión prejudicial de apreciación de validez.³⁸ Las notificaciones de las dos decisiones de la JUR sobre las contribuciones al FUR de 2016 no pueden ser consideradas actos atacables del Banco de Italia. En el litigio principal se pone en duda la legalidad del acto notificado, pero no la existencia de vicios o defectos de la notificación misma.

62. Corroborar cuanto se deja dicho la jurisprudencia Foto-Frost,³⁹ que impide a un juez nacional declarar la invalidez de un acto de un organismo de la Unión y adoptar cualquier tipo de decisión contraria a dicho acto o que impida su aplicación.⁴⁰ El juez nacional no puede, por tanto, declarar inválidas las decisiones de la JUR sobre las contribuciones al FUR de 2016, ni adoptar cualquier otra medida que dificulte o modifique su aplicación.

63. En suma, la pregunta prejudicial es inadmisibile en lo que respecta a las decisiones de la JUR sobre las contribuciones al FUR en 2016, notificadas a Iccrea Banca por el Banco de Italia, y procede responderla únicamente en relación con las decisiones relativas a las contribuciones al FNR italiano.

C. Análisis en cuanto al fondo: Contribuciones ordinarias a los fondos de resolución bancaria de las entidades de crédito cooperativo

64. El tribunal de reenvío necesita saber si, para el cálculo de las contribuciones ordinarias a un FNR, los pasivos que un banco denominado de «segundo nivel» tiene frente a los demás bancos de un sistema de BCC encajan en las excepciones del artículo 5, apartado 1, en particular, letras a) y f), del Reglamento Delegado 2015/63.

65. Ese precepto dispone que las contribuciones se calcularán excluyendo los pasivos intragrupo derivados de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo bancario [letra a)] y los pasivos que se correspondan con los préstamos promocionales [letra f)]. En un sistema interconectado de BCC, como el de Iccrea Banca, la respuesta dependerá de cómo se organizan sus relaciones.

37 «La posibilidad de que un justiciable haga valer, en un recurso interpuesto ante un órgano jurisdiccional nacional, la invalidez de disposiciones establecidas en un acto de la Unión que sirve de base a una resolución nacional adoptada respecto de él presupone bien que también interpuso, con arreglo al artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, un recurso de anulación contra ese acto de la Unión en el plazo establecido para ello, bien que no lo hizo al no disponer, sin la menor duda, del derecho a interponer ese recurso» (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de febrero de 2011, Bolton Alimentari, C-494/09, EU:C:2011:87, apartados 22 y 23; de 28 de marzo de 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, apartado 67; y de 25 de julio de 2018, Georgsmarienhütte y otros, C-135/16, EU:C:2018:582, apartado 17).

38 «La necesidad que, para impugnar la legalidad de un acto de la Unión, tiene una persona física o jurídica de interponer un recurso de anulación en virtud del artículo 263 TFUE cuando, sin lugar a dudas, tiene legitimación activa con arreglo al párrafo cuarto de dicho artículo no obsta a la posibilidad que se le brinda de impugnar la legalidad de los actos nacionales de ejecución de dicho acto ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes» (sentencia de 25 de julio de 2018, Georgsmarienhütte y otros, C-135/16, EU:C:2018:582, apartado 22).

39 Sentencia de 22 de octubre de 1987 (314/85, EU:C:1987:452), apartados 15 a 18; véase también las sentencias de 6 de octubre de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650), apartado 62; y de 28 de marzo de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), apartados 78 y 79.

40 En el mismo sentido, «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos, decisiones o prácticas contemplados, entre otros, en el artículo 101 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión». «Este principio se aplica asimismo cuando los órganos jurisdiccionales nacionales conocen de una acción de indemnización del daño ocasionado a consecuencia de un acuerdo o una práctica que se han declarado contrarios al artículo 101 TFUE en una decisión de dicha institución» (sentencias de 14 de septiembre de 2000, Masterfoods y HB, C-344/98, EU:C:2000:689, apartado 52; y de 6 de noviembre de 2012, Otis y otros, C-199/11, EU:C:2012:684, apartados 50 y 51).

66. La regla general (artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59) es que «la contribución de cada entidad corresponderá a la proporción que represente su pasivo (excluidos los fondos propios) menos los depósitos garantizados respecto de los pasivos agregados (excluidos los fondos propios) menos los depósitos garantizados de todas las entidades autorizadas en el territorio del Estado miembro». El precepto añade que «dichas contribuciones se adaptarán proporcionalmente al perfil de riesgo de las entidades, de acuerdo con los criterios adoptados con arreglo al apartado 7».

67. Por consiguiente, el elemento clave para determinar la cuantía de la contribución ordinaria de una entidad de crédito al FNR es su pasivo. Su importe se utiliza para el cálculo de la contribución, pues la suma de los pasivos de una entidad refleja el riesgo que esta supone para dicho FNR. El monto de la contribución ordinaria resultará, en principio, de aplicar un porcentaje a la cifra del pasivo de cada entidad de crédito, cuantificándose así la base del gravamen.

68. Ahora bien, esta regla general (aritmética) se corrige, conforme al artículo 103, apartado 2, *in fine*, de la Directiva 2014/59, con un factor técnico adicional, el perfil de riesgo de las entidades.

69. El apartado 7 de este precepto habilitó a la Comisión para «adoptar actos delegados con arreglo al artículo 115 al objeto de especificar el concepto de ajuste de las contribuciones en función del perfil de riesgo de las entidades». Podía tener en cuenta, entre otros factores,⁴¹ «el nivel de riesgo de la entidad, con inclusión de la importancia de sus actividades comerciales, los riesgos fuera de balance y su grado de apalancamiento».

70. La Comisión hizo uso de esa habilitación al adoptar el Reglamento Delegado 2015/63, que regula el método de cálculo de las contribuciones de las entidades de crédito a los FNR, así como su ajuste al perfil de riesgo de las entidades. Su artículo 4 reitera que las contribuciones ordinarias anuales serán calculadas por las ANR en función de los pasivos de las entidades de crédito, ajustados a su perfil de riesgo, y en función:

- del nivel de financiación anual del FNR, que debe alcanzar el 1% de los depósitos en 2024; y
- del importe medio de los depósitos garantizados correspondientes al año anterior, calculado trimestralmente, de todas las entidades autorizadas en su territorio.

71. El artículo 5 del Reglamento Delegado 2015/63 contempla el «ajuste de la contribución anual de base en función del riesgo» y prescribe, en su apartado 1, que las contribuciones a las que se refiere el artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59 se calcularán excluyendo varios tipos de pasivos. Entre estos últimos hay dos relevantes para este asunto: los pasivos intragrupo y los pasivos vinculados a préstamos promocionales.

72. El tribunal de reenvío plantea si, en los grupos bancarios *de facto*, como sería el de Iccrea Banca, los pasivos entre la entidad central y los BCC asociados pueden ser considerados pasivos intragrupo. De no ser así, aún se pregunta si se les podría aplicar, por analogía, la exclusión prevista para los pasivos vinculados a préstamos promocionales.

⁴¹ Los otros factores son: «b) la estabilidad y variedad de las fuentes de financiación y los activos de elevada liquidez libres de cargas de la empresa; c) la situación financiera de la entidad; d) la probabilidad de que la entidad sea objeto de resolución; e) el grado en que la entidad se ha beneficiado con anterioridad de ayudas financieras públicas extraordinarias; f) la complejidad de la estructura de la entidad y su resolubilidad; g) la importancia de la entidad para la estabilidad del sistema financiero o la economía de uno o varios Estados miembros o de la Unión; h) el hecho de que la entidad forme parte de un SIP [sistema institucional de protección]».

73. Para Iccrea Banca, los pasivos de la entidad central de un sistema de crédito cooperativo respecto a sus BCC son pasivos intragrupo o, en su defecto, deben ser asimilados a pasivos relacionados con préstamos promocionales. El Banco de Italia, la Comisión y los Gobiernos español e italiano defienden la tesis opuesta, que comparto porque, a mi juicio, es la que más se ajusta al tenor y a la finalidad del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63.

1. Los pasivos internos de un sistema de crédito cooperativo no son pasivos intragrupo

74. Según el artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63, de los pasivos utilizados para el cálculo de la contribución ordinaria se excluirán «los pasivos intragrupo que se deriven de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:

- i) que cada una de las entidades esté establecida en la Unión;
- ii) que cada entidad esté íntegramente incluida en la misma supervisión consolidada, de conformidad con los artículos 6 a 17 del [Reglamento n.º 575/2013], y esté sujeta a procedimientos de evaluación, medición y control de riesgos adecuados y centralizados; y
- iii) que no existan impedimentos importantes, actuales o previstos, de tipo práctico o jurídico, para el inmediato reembolso del pasivo al vencimiento».

75. La exclusión de los pasivos intragrupo solo es, pues, aplicable a las transacciones entre entidades de un mismo grupo bancario.

76. El artículo 3 del Reglamento Delegado 2015/63 se remite, para su aplicación, a las definiciones de la Directiva 2014/59. El artículo 2, apartado 1, punto 26, define *grupo* como «una empresa matriz y sus filiales» y, en los puntos 5 y 6, se remite a las definiciones de *filial* y de *empresa matriz* del artículo 4 del Reglamento n.º 575/2013. Este último reenvía, a su vez, a la Directiva 83/349/CEE,⁴² que ha sido derogada por la Directiva 2013/34,⁴³ en cuyo artículo 2, puntos 9 y 10, se definen tanto la sociedad matriz («una sociedad que controla una o varias empresas filiales») como la empresa filial («una empresa controlada por una sociedad matriz, incluidas las empresas filiales de una empresa matriz de mayor jerarquía»).

77. De estas remisiones cruzadas se infiere que estaremos ante un grupo bancario cuando la sociedad matriz controle a las entidades filiales. El control *de iure* se traduce, entre otros elementos, en la mayoría de los derechos de voto; en el derecho de designar o cesar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la otra empresa; y en el ejercicio de una influencia dominante sobre la empresa filial en virtud de un contrato celebrado con ella, de sus estatutos o de una cláusula estatutaria de esa empresa. Es obligatorio que el grupo cuente con estados financieros consolidados y un informe de gestión consolidada del propio grupo, deber que también se impone cuando hay un control *de facto* de la sociedad matriz sobre las filiales.⁴⁴

⁴² Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983, Séptima Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (DO 1983, L 193, p. 1).

⁴³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DO 2013, L 182, p. 19).

⁴⁴ Véase el artículo 22, apartados 1 y 2, de la Directiva 2013/34.

78. De las informaciones que contiene el auto de remisión no parece deducirse que, en las fechas que aquí importan, Iccrea Banca ejerciera el control directo o *de facto* sobre los BCC con los que estaba relacionada.⁴⁵ Las consideraciones que a continuación expondré parten de esa premisa. Corresponde, en todo caso, al tribunal de reenvío apreciar los hechos y las relaciones entre las diversas entidades.

79. Las funciones que Iccrea Banca realiza para los BCC con los que se relaciona no ponen de manifiesto la existencia de un control de la primera sobre los segundos que pudiera asimilarse al de una matriz sobre sus filiales.

80. En efecto, según el auto de remisión,⁴⁶ Iccrea Banca ejerce de mera «bisagra» técnica y financiera entre los BCC y el sistema de crédito italiano y extranjero. Ofrece a los BCC servicios de carácter transnacional, de pago, de automatización de las transacciones monetarias, de liquidación y custodia de valores, así como otros de carácter financiero, puesto que opera como órgano financiero principal del sistema de BCC, del que incluso gestiona la liquidez.⁴⁷

81. El Banco de Italia desmiente, sin embargo, la afirmación de Iccrea de que, sin su intermediación, los BCC no podrían acudir de forma individual a las operaciones de financiación a largo plazo (Targeted Long Term Refinancing Operations TLTRO) del BCE.

82. Además, entre las condiciones cumulativas que el artículo 5, apartado 1, exige para la exclusión de los pasivos intragrupo del cálculo de las contribuciones ordinarias a un FNR se encuentra la de que la entidad esté íntegramente incluida en la misma supervisión consolidada, de conformidad con los artículos 6 a 17 del Reglamento n.º 575/2013, y esté sujeta a procedimientos de evaluación, medición y control de riesgos adecuados y centralizados.

83. Pues bien, de las informaciones facilitadas al Tribunal de Justicia (confirmadas en la vista), se deduce que Iccrea Banca y los BCC con los que colabora no están sometidos a una supervisión consolidada como un único grupo bancario en el marco del MUS. Tampoco se benefician de una excepción a la supervisión individual, en virtud del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 575/2013.

84. Con arreglo a este último precepto, las autoridades competentes podrán no aplicar la supervisión individual a cualquier filial de una entidad cuando tanto la filial como la entidad estén sujetas a autorización y supervisión por el Estado miembro interesado, y la filial esté incluida en la supervisión en base consolidada de la entidad que sea la empresa matriz y se cumplan condiciones estrictas⁴⁸ para garantizar que los fondos propios se distribuyan adecuadamente entre la empresa matriz y la filial.

⁴⁵ En la vista, el Banco de Italia explicó que los BCC no podían integrar grupos bancarios en Italia hasta una reforma legislativa que ha entrado en vigor en 2019, año en el que Iccrea y varios BCC han formado un grupo bancario con autorización, como tal, del BCE.

⁴⁶ Auto de remisión, apartado 3.1.

⁴⁷ En particular, Iccrea Banca brinda a los BCC una serie de servicios para que puedan acceder de forma estructurada a la financiación (*cash pooling*) tanto del BCE como en el mercado, a través de la concesión de un crédito garantizado mediante títulos. Ofrece, así, a cada BCC la posibilidad de realizar operaciones de refinanciación con el BCE o de acceder a los mercados financieros.

⁴⁸ Estas condiciones son las siguientes:

- «a) que no existan actualmente ni es previsible que existan impedimentos importantes, de tipo práctico o jurídico, para la inmediata transferencia de fondos propios o el reembolso de pasivos por la empresa matriz;
- b) que, bien la empresa matriz demuestre, a satisfacción de la autoridad competente, que efectúa una gestión prudente de la filial y se haya declarado, con el consentimiento de la autoridad competente, garante de los compromisos suscritos por la filial, bien los riesgos en la filial sean poco significativos;
- c) que los procedimientos de evaluación, medición y control de riesgos de la empresa matriz incluyan a la filial;
- d) que la empresa matriz posea más del 50 % de los derechos de voto vinculados a las acciones de la filial o tenga derecho a designar o cesar a la mayoría de los miembros del órgano de dirección de la filial».

2. Los pasivos internos de un sistema de crédito cooperativo no son asimilables a pasivos vinculados a préstamos promocionales

85. A tenor del artículo 5, apartado 1, letra f), del Reglamento Delegado 2015/63, se excluirán de los pasivos utilizados para el cálculo de la contribución ordinaria «en el caso de las entidades que concedan préstamos promocionales, los pasivos de la entidad intermediaria frente al banco originario, otro banco de fomento u otra entidad intermediaria y los pasivos del banco de fomento originador frente a las partes financiadoras, en la medida en que el importe de esos pasivos se corresponda con los préstamos promocionales de dicha entidad».

86. Iccrea Banca no encaja en esta excepción ni desde el punto de vista subjetivo ni desde el objetivo, pues:

- No es un banco de fomento.⁴⁹
- No concede préstamos promocionales, a los efectos del artículo 3, punto 28, del Reglamento Delegado 2015/63, en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro.
- Es una entidad de crédito controlada por accionistas privados y no por el Estado o por una administración italiana.
- No tiene los objetivos de ninguna administración pública.

87. Los préstamos y las transferencias que Iccrea Banca realiza en favor de los BCC a los que está vinculada (así como con terceros) no tienen, pues, un componente de desarrollo o de promoción de los objetivos de una administración pública, ni gozan del respaldo de esta.

88. En esas condiciones, aplicar la excepción prevista en el artículo 5, apartado 1, letra f), del Reglamento Delegado 2015/63 favorecería a Iccrea Banca respecto a otros bancos privados y distorsionaría la competencia.

89. Añadiré que, como afirma el Gobierno italiano, la intervención de Iccrea Banca en las operaciones TLTRO del BCE nada tiene que ver con los préstamos promocionales: el BCE ofrece esa financiación a los tipos de interés del mercado y mediante subastas competitivas.

3. Interpretación estricta de las excepciones del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63

90. De lo que acabo de exponer se deduce que los pasivos de Iccrea Banca con los BCC a los que está vinculada no se benefician de las excepciones recogidas en el artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63 para el cálculo de las contribuciones ordinarias a los FNR.

91. Ahora bien, el tribunal de reenvío e Iccrea Banca sugieren que sería posible una interpretación amplia o analógica de estas excepciones o, incluso, la creación por vía jurisprudencial de una nueva, de modo que los pasivos internos de la entidad central de un sistema de crédito cooperativo con las entidades que lo conforman no computen para el cálculo de las contribuciones ordinarias.

92. No procede acoger esa sugerencia.

⁴⁹ Según el artículo 3, punto 27, del Reglamento Delegado 2015/63, banco de fomento es «toda empresa o ente establecidos por la administración central o una administración regional de un Estado miembro, que conceda préstamos promocionales en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro, a fin de fomentar los objetivos públicos de dicha administración, siempre que esta última tenga la obligación de proteger la base económica de la empresa o ente y mantener su viabilidad a lo largo de todo su período de vida, o que al menos el 90 % de su financiación inicial o de los préstamos promocionales que conceda estén directa o indirectamente garantizados por dicha administración».

93. Como toda excepción, las del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63 han de interpretarse estrictamente, para no desvirtuar la regla general prevalente.

94. La excepción de los pasivos intragrupo refleja la interrelación de los entes del grupo y pretende obviar el doble cómputo de las exposiciones intragrupo. Esta excepción se somete al cumplimiento de condiciones rigurosas,⁵⁰ con las que se evita la exclusión del pasivo de la base de cálculo cuando no existan garantías de que las exposiciones de financiación intragrupo queden cubiertas en las hipótesis de deterioro de la situación financiera del grupo.⁵¹

95. En el caso de grupos de entidades de crédito cooperativo, como Iccrea Banca y los BCC a ella vinculados, el legislador de la Unión entendió que no hay garantías de que las exposiciones de financiación intragrupo queden cubiertas cuando se deteriore la situación financiera del grupo. Por eso, optó por no excluir este tipo de pasivos de los utilizados para el cálculo de las contribuciones ordinarias, lo que implicó su ausencia de la enumeración del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63.

96. El Tribunal de Justicia, como es lógico, no puede alterar esta opción del legislador de la Unión, salvo que se hubiera impugnado su validez, pretensión que ni el juez de reenvío ni las partes en este incidente han suscitado.

IV. Conclusión

97. Por todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia responder al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lazio, Italia) de la forma siguiente:

- «1) Las cuestiones prejudiciales son inadmisibles en cuanto a las decisiones de la Junta Única de Resolución relativas a las contribuciones al Fondo Único de Resolución en 2016, notificadas por el Banco de Italia a Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo. Esas decisiones únicamente pueden ser impugnadas ante el Tribunal de Justicia, careciendo los órganos jurisdiccionales nacionales de competencia para anularlas.
- 2) En lo que atañe a las decisiones del Banco de Italia relativas a las contribuciones al Fondo Nacional de Resolución, las excepciones previstas en el artículo 5, apartado 1, en particular, las letras a) y f), del Reglamento Delegado (UE) 2015/63 de la Comisión, de 21 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones *ex ante* a los mecanismos de financiación de la resolución, no resultan aplicables a los pasivos internos de un sistema de bancos de crédito cooperativo como el analizado en este litigio. Esos pasivos han de tenerse en cuenta para el cálculo de las contribuciones ordinarias al mencionado Fondo Nacional de Resolución».

50 Cada ente del grupo debe estar establecido en la Unión, íntegramente incluido en la misma supervisión consolidada y sujeto a unos procedimientos de evaluación, medición y control de riesgos adecuados y centralizados, además de que no haya impedimentos importantes de tipo práctico o jurídico para el inmediato reembolso del pasivo pertinente al vencimiento.

51 Véanse los considerandos octavo y noveno del Reglamento Delegado 2015/63.