CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI

presentadas el 22 de enero de 1987 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El 12 de diciembre de 1977 y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57 del Tratado CEE, el Consejo de las Comunidades Europeas adoptó la Directiva 77/780 sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 332, p. 30; EE 06/02, p. 21). En cuanto primera etapa de un proceso encaminado a la aplicación del principio de libertad de establecimiento a las entidades de crédito y la liberalización de los servicios bancarios, la Directiva se proponía: a) «eliminar las diferencias más perturbadoras entre las legislaciones de los Estados miembros en lo referente al régimen al que estas entidades están sometidas» (segundo considerando); b) establecer los requisitos comunes de concesión de la aprobación para el ejercicio de su actividad (octavo considerando). Una vez alcanzados estos objetivos, cada Estado debería estar en condiciones de ejercer un «control general» sobre la acción de las entidades de crédito, cualquiera que sea el lugar de la Comunidad en el que operen (tercer considerando; véase también la sentencia de 11 de diciembre de 1985, asunto 110/84, Municipio de Hillegom y otros contra Hillenius, Rec. 1985, pp. 3947, 3962 y ss., apartados 23 y siguientes).

La Directiva, que los Estados miembros debían aplicar antes de terminar el año 1979, no fue incorporada por la República Italiana a su ordenamiento jurídico hasta julio de 1985, es decir más de dos años después de la sentencia mediante la cual el Tribunal de Justicia declaró su incumplimiento (1 de marzo de 1983, asunto 300/81, Comisión contra Italia, Rec. 1983, p. 449). Sin embargo, la Corte d'appello de Venecia había sido ya invitada a aplicar la fuente *de qua* en el marco de un procedimiento penal.

2. Los hechos son los siguientes. Los señores Italo Bullo y Francesco Bonivento, empleados de la Banca Agricola Popolare di Cavarzere (provincia de Venecia), fueron acusados del delito de malversación de fondos en perjuicio de particulares (artículo 315 del Código penal italiano) por haber concedido créditos de un importe superior al que prevén las disposiciones correspondientes del Banco de Italia y del Ministerio de Hacienda. Según la disposición citada, «el titular de una función pública o la persona encargada de un servicio público que se apropiare, o en todo caso detrajere, en beneficio propio o de un tercero, dinero [...] no perteneciente a la administración pública, y que lo tuviere en su posesión por razón de sus funciones o de su empleo, será castigado con la pena de reclusión de tres a ocho años [...]».

Declarados culpables en primera instancia, los dos empleados recurrieron en apelación manteniendo, entre otras cosas, que las normas y los objetivos de la Directiva 77/780 prohíben definir a los empleados de las entidades de crédito como personas encargadas de un servicio público. En su resolución de 15 de abril de 1985, la Corte di Venezia reconoció que la Banca Agricola Popolare se encuentra entre las entidades a las que se

* Traducido del italiano.

aplica la Directiva; sin embargo, prefirió interrogar al Tribunal de Justicia respecto al caso de autos, en aplicación del artículo 177 del Tratado CEE.

Dicho órgano jurisdiccional desea saber, especialmente, «si [...] la calificación de los empleados de las "entidades de crédito" [...] como "titulares de una función pública" o como "encargados de un servicio público", con arreglo a las nociones definidas [...] [en el] vigente Código penal italiano, puede ser legítimamente *incluida* en el "resultado [que la Directiva obliga] a alcanzar" [...] en el marco de la normativa [que dicha Directiva dicta respecto a la] [...] "estructura de la organización de la entidad de crédito" [...] o, por el contrario, *debe ser excluida*». La resolución de remisión precisa que la solución del problema es determinante «tanto porque [...] puede influir en la graduación de la pena [...] que se imponga, como porque, si resulta fundada la segunda hipótesis [indicada] podría plantearse una cuestión de legalidad constitucional [...] [y de] aplicabilidad [...] inmediata de la Directiva».

Detengámonos un momento en esta última observación. Aunque era comprensible en el momento en que fue formulada, ya no corresponde, en efecto, a la situación actual. Hace nueve años el Tribunal de Justicia afirmó que «el Juez nacional tiene la obligación de garantizar la eficacia plena [de las normas comunitarias] [...] dejando sin aplicación, cuando fuera necesario, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, [...] sin tener que solicitar [...] la eliminación previa de ésta por vía legal o mediante cualquier otro procedimiento constitucional» (sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Spa Simmenthal, Rec. 1978, p. 629, 645, apartado 24) (*traducción provisional*). La Corte costituzionale italiana no admitió inmediatamente este principio. Sin embargo, recientemente, ha reconocido su aplicabilidad observando que «es válido no solamente respecto a la normativa adoptada por las instituciones de la CEE mediante reglamento, sino también respecto a las decisiones resultantes [...] de las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia» (sentencia de 1 de abril de 1985, nº 113, GURI de 8.5.1985, nº 107 *bis*).

Si la respuesta del Tribunal de Justicia fuera diferente de la que le sugeriré más adelante, el Juez de Venecia deberá, pues, pronunciarse sobre el asunto principal teniendo en cuenta las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional tal como se han definido en las sentencias anteriormente citadas.

3. Durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, presentaron observaciones escritas los inculpados, el Gobierno italiano y la Comisión de las Comunidades Europeas. Los primeros mantienen que la calificación de empleados de bancos privados como «encargados de un servicio público» confiere al Juez el poder de controlar directamente la actividad de estas entidades y excluye cualquier facultad discrecional en su gestión, ya que da relevancia penal a hechos que, en la medida en que se realizan en el ámbito de una empresa privada, deberían considerarse lícitos. Ahora bien, estos controles y estos vínculos son incompatibles con la naturaleza empresarial de la actividad de crédito; obstaculizan, así, la ejecución de los objetivos perseguidos por la Directiva y son contrarios a la libertad de establecimiento y de competencia garantizadas por el Tratado.

Por el contrario, el Gobierno italiano y la Comisión observan que ninguna norma de la Directiva impide a los Estados miembros atribuir la calificación objeto de litigio a los empleados de los Bancos privados. Además,

es imposible deducir la existencia de semejante prohibición del contenido global de la Directiva; para convencerse de ello basta considerar que, lejos de sustituir a la normativa nacional, aquélla se limita a coordinarla.

4. Como se ha visto, la aproximación de las legislaciones perseguida por la Directiva tiene por objeto las «entidades de crédito», es decir, las empresas «cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia» (primer guión del artículo 1). La facultad de ejercer dichas funciones depende de un «acto de las autoridades» de los Estados miembros (segundo guión del artículo 1); la concesión de la aprobación por parte de las autoridades competentes está subordinada a una serie de requisitos (artículo 3). La normativa en su conjunto está regida por la prohibición de realizar contra las empresas una discriminación basada en la nacionalidad o en el hecho de que la empresa no esté establecida en el Estado miembro en el que se ejercen dichas actividades (primero considerando).

Por otra parte, nuestra fuente no contiene ninguna norma que se refiera, incluso de lejos o indirectamente, a la relación de empleo y al *status* de los empleados de las entidades de crédito; ni el resultado que pretende —el libre ejercicio de la actividad de las entidades de crédito en todo el territorio comunitario— implica que dichos sujetos estén excluidos de la obligación de respetar las normas penales vigentes en el Estado de establecimiento, al menos cuando no estén concebidas o aplicadas de forma discriminatoria. Por otra parte, en el ordenamiento italiano la calificación objeto de litigio reviste importancia únicamente a efectos de la ley penal, ya sea como elemento constitutivo del delito, o como circunstancia agravante de la pena. Por consiguiente, desde el punto de vista comunitario, no afecta a las entidades de crédito de los demás Estados miembros; más precisamente, no restringe su libre acceso al ejercicio de la actividad bancaria en Italia.

Los inculpados no están de acuerdo; pero el argumento que deducen de la naturaleza empresarial de la actividad bancaria carece de fundamento. En efecto, como ya hemos visto, la Directiva atribuye, sobre la base de tal naturaleza, a quien recibe depósitos o concede créditos, el derecho de establecerse sin restricciones en cualquier Estado miembro. Sin embargo, no por esto el ordenamiento comunitario prohíbe en principio que el legislador nacional confíe al juez —y especialmente al juez penal— un «poder de control» sobre la gestión de los Bancos. Semejante poder sólo será incompatible con el Tratado y con la fuente *de qua* cuando llegue a limitar el derecho de establecimiento; y, como acabo de señalar, esto no es así en el caso de autos, aun admitiendo (pero sin reconocerlo necesariamente) que el artículo 315 del Código penal italiano permita realmente al juez controlar el ejercicio de la actividad de crédito.

Soy consciente del hecho de que la calificación de los empleados de bancos privados como personas encargadas de un servicio público es objeto de vivos debates entre los operadores y los juristas de la Península y, personalmente, considero convincentes los argumentos de los que la consideran anacrónica o, en todo caso, exorbitante respecto a las actuales exigencias de tutela del crédito. Sin embargo, lo cierto es que se trata de un problema de puro Derecho interno y que resolverlo corresponde únicamente al legislador nacional.

5. A la luz de las consideraciones expuestas propongo al Tribunal de Justicia que responda de la manera siguiente a la cuestión prejudicial planteada por la Corte d'Appello de Venecia mediante resolución de 15 de abril de 1985 en el proceso penal contra los señores Italo Bullo y Francesco Bonivento:

«La Directiva 77/780 del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, no prohíbe que la legislación de un Estado miembro atribuya a los empleados de dichas entidades las calificaciones de "titular de una función pública" o "encargado de un servicio público" a efectos de la aplicación de normas penales».