

**Asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02**

**Silvio Berlusconi y otros**

(Petición de decisión prejudicial del Tribunale di Milano y de la Corte di Appello di Lecce)

«Derecho de sociedades – Primera, Cuarta y Séptima Directivas – Cuentas anuales y cuentas consolidadas – Principio de información pública y veraz – Sanciones apropiadas en caso de falsedad en la información – Límites de la aplicación de las directivas en los procedimientos penales – Principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable»

Índice

**I. Introducción**

**II. Marco jurídico**

*A. Derecho comunitario*

1. Visión esquemática
2. Disposiciones aplicables de la Primera Directiva
3. Disposiciones aplicables de la Cuarta Directiva
4. Disposiciones aplicables de la Séptima Directiva

*B. Derecho nacional*

1. Situación jurídica anterior
2. Nueva situación jurídica
3. Disposiciones penales generales

**III. Hechos, procedimientos principales y cuestiones prejudiciales**

*A. Generalidades*

- B. Asunto C-387/02, Silvio Berlusconi*
- C. Asunto C-391/02, Sergio Adelchi*
- D. Asunto C-403/02, Marcello Dell'Utri y otros*
- E. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

**IV. Apreciación jurídica**

*A. Admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial*

1. Descripción del marco fáctico
2. Descripción del marco jurídico
3. Pertinencia para la resolución
4. Consecuencia

*B. Apreciación material de las cuestiones prejudiciales*

1. Sobre el ámbito de aplicación material del artículo 6 de la Primera Directiva
2. Sobre el carácter apropiado de las sanciones en caso de falsedad en la información societaria
  - a) Efectividad, proporcionalidad y efecto disuasorio de las sanciones
  - b) Límites de tolerancia
  - c) Plazos de prescripción de las infracciones penales
  - d) Sistema sancionador escalonado y exigencia de querrela
  - e) Relación sistemática entre las disposiciones del Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo sancionador

*C. Efectos de las disposiciones estatales que infringen las directivas en los procedimientos penales pendientes ante los tribunales remitentes*

1. Sobre la obligación de los tribunales nacionales de hacer cumplir el Derecho comunitario
2. Sobre los límites de la aplicación de las directivas en los procedimientos penales
  - a) Principios desarrollados en la jurisprudencia
  - b) Análisis de los principios en relación con los presentes asuntos
  3. Sobre la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable
  4. Consecuencia

**V. Conclusión**

**I.**

**Introducción**

1. Ante dos tribunales italianos, el Tribunale di Milano y la Corte di Appello di Lecce (en lo sucesivo, «tribunales remitentes»), existen varios procedimientos penales pendientes en los que se imputa en cada caso a los procesados el delito de falsedad en la información societaria (en italiano: *false comunicazioni sociali*). En el lenguaje corriente, este tipo de actos también se denominan normalmente «falsedad en los balances».

2. Tras la comisión de los hechos, y una vez incoados los procedimientos penales, el legislador italiano suavizó los tipos penales aplicables y dificultó su persecución en relación con la situación jurídica que existía anteriormente. Ante esta modificación legal, los tribunales remitentes quisieran saber, en esencia, qué debe entenderse por sanciones apropiadas en caso de falsedad en la información societaria. También preguntan si, de acuerdo con las directivas sobre sociedades aplicables, la publicación de información societaria *falsa* es equiparable a la *no publicación*.

3. En caso de que una normativa como la modificación legislativa operada en Italia sea contraria a las directivas sobre sociedades aplicables, también debe dilucidarse si en el procedimiento penal puede aplicarse con carácter retroactivo una ley penal posterior más favorable para el procesado aunque sea contraria al Derecho comunitario.

## II.

### Marco jurídico

#### A.

##### *Derecho comunitario*

#### 1.

##### Visión esquemática

4. El artículo 44 CE, apartado 1, establece la base jurídica para la adopción de directivas con la finalidad de alcanzar la libertad de establecimiento. Con arreglo al apartado 2, letra g), de dicha disposición, el Consejo y la Comisión ejercerán sus funciones:

«coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros».

5. La Comunidad ha adoptado varias directivas en materia de Derecho de sociedades. En el presente asunto son especialmente relevantes:

—

la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (2) (en lo sucesivo, «Primera Directiva o Directiva 68/151») y

—

la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, Cuarta Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (3) (en lo sucesivo, «Cuarta Directiva o Directiva 78/660»),

que en el caso de Italia se aplican a las siguientes sociedades de capital: la *società per azioni* (sociedad anónima, «SpA»), la *società in accomandita per azioni* (sociedad comanditaria por acciones) y la *società a responsabilità limitata* (sociedad de responsabilidad limitada, «Srl»). (4)

6. Además, procede mencionar la Directiva 83/349/CEE 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 (5) (en lo sucesivo, «Séptima Directiva o Directiva 83/349»). (6)

#### 2.

##### Disposiciones aplicables de la Primera Directiva

7. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra f), de la Primera Directiva, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refiera al menos al balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio. Esta disposición también anuncia que el Consejo adoptará, dentro de los dos años siguientes a la adopción de la Primera Directiva, otra directiva relativa a la coordinación del contenido de los balances y de las cuentas de pérdidas y ganancias.

8. En el artículo 3, apartados 1 a 3, de la Primera Directiva se prevé lo siguiente:

#### «1.

En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central o bien en un registro mercantil o registro de sociedades, por cada una de las sociedades inscritas.

#### 2.

Todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; el objeto de las transcripciones al registro deberá aparecer en todo caso en el expediente.

#### 3.

Deberá poderse obtener copia íntegra o parcial de todo acto o toda indicación de las mencionadas en el artículo 2, por correspondencia y sin que el costo de esta copia pueda ser superior al costo administrativo. [...]»

9. Con arreglo al artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, los Estados miembros preverán «sanciones apropiadas en caso de falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias tal como se ordena en la letra f) del apartado 2 del artículo 2».

#### 3.

##### Disposiciones aplicables de la Cuarta Directiva

El artículo 2 de la Cuarta Directiva establece:

#### «1.

Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la Memoria. Estos documentos formarán una unidad.

#### 2.

Las cuentas anuales se deberán establecer con claridad y con arreglo a la presente Directiva.

#### 3.

Las cuentas anuales deberán ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, así como de los resultados de la sociedad.

#### 4.

Cuando la aplicación de la presente Directiva no sea suficiente para ofrecer la imagen fiel mencionada en el apartado 3, deberán facilitarse informaciones complementarias.

#### 5.

Cuando, en casos excepcionales, la aplicación de una disposición de la presente Directiva resultare contraria a la obligación prevista en el apartado 3, no se aplicará la disposición de que se trate, con el fin de ofrecer una imagen fiel con arreglo al apartado 3. [...]»

11. En el artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva, se establece lo siguiente: «Las cuentas anuales regularmente aprobadas y el informe de gestión, así como el informe establecido por la persona encargada del control de las cuentas, serán objeto de publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE.»

12. El artículo 47, apartado 1 *bis*, de la Cuarta Directiva, (7) prevé: «El Estado miembro a que pertenezca la [sociedad de referencia] podrá eximir a dicha entidad de la publicación de sus cuentas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, a condición de que tales cuentas estén a disposición del público en su domicilio social, en los siguientes casos: [...]

Deberá poder obtenerse una copia de las cuentas mediante simple solicitud. El precio de dicha copia no podrá exceder de su coste administrativo. Deberán establecerse sanciones adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación contenida en el presente apartado en materia de publicidad.»

13. Con arreglo al artículo 51, apartado 1, de la Cuarta Directiva, las sociedades deberán hacer controlar las cuentas por una o varias personas habilitadas en virtud de la ley nacional para el control de cuentas.

4. Disposiciones aplicables de la Séptima Directiva

14. El artículo 16 de la Séptima Directiva contiene disposiciones relativas a las cuentas consolidadas de los grupos de empresas semejantes, en lo fundamental, a las del artículo 2 de la Cuarta Directiva. En particular, las cuentas consolidadas deberán dar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del grupo de empresas comprendidas en la consolidación. El artículo 37 de la Séptima Directiva se corresponde con el artículo 51 de la Cuarta Directiva y prevé una obligación de control de las cuentas consolidadas. El artículo 38, apartado 1, de la Séptima Directiva remite, en relación con la publicidad de las cuentas consolidadas, al artículo 3 de la Primera Directiva del mismo modo que lo hace la Cuarta Directiva (artículo 47, apartado 1, párrafo primero) en relación con las cuentas anuales. Además, el artículo 38, apartado 6, de la Séptima Directiva establece que los Estados miembros dispondrán sanciones apropiadas en caso de que no se efectúe tal publicidad.

B.

#### *Derecho nacional*

15. Las disposiciones del Derecho italiano pertinentes en los presentes asuntos fueron modificadas sustancialmente mediante el Decreto legislativo (8) n° 61 del Presidente de la República, de 11 de abril de 2002, que entró en vigor el 16 de abril de 2002 (en lo sucesivo, «Decreto legislativo n° 61/02»). (9) Por lo tanto, a continuación se expondrá, en primer lugar, la situación jurídica anterior y, en segundo lugar, la nueva situación actualmente vigente.

1.

#### *Situación jurídica anterior*

16. Con arreglo a la situación jurídica anterior, en Italia, la falsedad en la información societaria estaba castigada con arreglo al artículo 2621 del Codice Civile (10) (en lo sucesivo, «antiguo artículo 2621 del Codice Civile»). Dicha disposición tenía el siguiente tenor:

«Salvo que el hecho constituya una infracción más grave, serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años y con multa de dos a veinte millones de liras:

1.

los promotores, socios fundadores, administradores, directores generales, auditores de cuentas y liquidadores que, en sus informes, balances u otras comunicaciones societarias, presenten fraudulentamente hechos falsos sobre la constitución o la situación económica de la sociedad u oculten total o parcialmente hechos relativos a dicha situación [...]

17. En su redacción original, la infracción prevista en el artículo 2621 del Codice Civile era un delito (*delitto*) que se perseguía de oficio y al que se aplicaba un plazo de prescripción de diez años. En caso de interrupción, el plazo se ampliaba en cinco años. (11)

18. Según la jurisprudencia italiana, el artículo 2621 del Codice Civile no sólo protegía los intereses específicos de los socios y los acreedores, sino también el interés general en el buen funcionamiento de las sociedades. La finalidad protectora de la disposición se dirigía contra todas las acciones destinadas a modificar la situación objetiva de una sociedad. (12)

19. Con arreglo a la situación jurídica anterior, el hecho de causar un perjuicio considerable a la empresa mediante la falsedad en la información societaria, contemplada en el antiguo artículo 2621 del Codice Civile, constituía una circunstancia agravante. En este caso, con arreglo al artículo 2640 de dicho Código (en lo sucesivo, «antiguo artículo 2640 del Codice Civile»), se imponía la pena en su mitad superior.

2.

#### *Nueva situación jurídica*

20. Mediante el Decreto legislativo n° 61/02 se sustituyó, entre otros, el antiguo artículo 2621 del Codice Civile por las dos disposiciones siguientes:

«*Artículo 2621* (Falsedad en la información societaria)

Sin perjuicio del artículo 2622, los administradores, directores generales, auditores de cuentas y liquidadores que, con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de obtener un enriquecimiento injusto para sí o para otros, presenten, en los balances, informes u otras comunicaciones societarias previstas por la ley y dirigidas a los socios o al público, datos no veraces, aunque sean objeto de apreciación, u omitan información, que deba ser comunicada con arreglo a la ley, en relación con la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de empresas al que pertenezca, de modo que pueda inducir a error a los destinatarios respecto de dicha situación, serán castigados con pena de prisión de hasta un año y seis meses. Se aplicará la misma pena cuando la información se refiera a bienes patrimoniales que la sociedad posea o administre por cuenta de terceros.

No se castigarán las falsedades o las omisiones que no modifiquen de modo sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades al que pertenezca. En ningún caso

se castigarán las falsedades o las omisiones que impliquen una variación del resultado del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5 % o una variación del patrimonio neto no superior al 1 %.

En todo caso, los hechos no serán castigados si se deben a valoraciones estimativas que, consideradas individualmente, no difieran en más del 10 % de la correcta.

*Artículo 2622 (Falsedad en la información societaria en perjuicio de los socios o los acreedores)*

Los administradores, directores generales, auditores de cuentas y liquidadores que, con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de obtener un enriquecimiento injusto para sí o para otros, presenten, en los balances, informes u otras comunicaciones societarias previstas por la ley y dirigidas a los socios o al público, datos no veraces, aunque sean objeto de apreciación, u omitan información, que deba ser comunicada con arreglo a la ley, en relación con la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de empresas al que pertenezca, de modo que pueda inducir a error a los destinatarios respecto de dicha situación, causando un perjuicio patrimonial a los socios o a los acreedores, serán castigados, previa querrela de la persona perjudicada, con pena de prisión de seis meses a tres años.

También se incoará el procedimiento previa querrela cuando los hechos constituyan otro delito, incluso más grave, contra el patrimonio de personas distintas de los socios y los acreedores, salvo que se cometa en perjuicio del Estado, de otras entidades públicas o de las Comunidades Europeas.

Si se trata de sociedades sujetas a las disposiciones de la parte IV, título III, capítulo II, del Decreto legislativo n° 58, de 24 de febrero de 1998, la pena correspondiente a los hechos previstos en el párrafo primero será de uno a cuatro años de prisión y el delito se perseguirá de oficio.

Se aplicará la misma pena a los hechos contemplados en los párrafos primero y tercero cuando la información se refiera a bienes patrimoniales que la sociedad posea o administre por cuenta de terceros.

No se castigarán los hechos previstos en los párrafos primero y tercero cuando las falsedades o las omisiones no modifiquen de modo sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades al que pertenezca. En ningún caso se castigarán las falsedades o las omisiones que impliquen una variación del resultado del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5 % o una variación del patrimonio neto no superior al 1 %.

En todo caso, los hechos no serán castigados si se deben a valoraciones estimativas que, consideradas individualmente, no difieran en más del 10 % de la correcta.»

21. El nuevo artículo 2621 del Codice Civile tiene carácter residual en relación con el nuevo artículo 2622 de dicho Código. (13) La pena contemplada en el nuevo artículo 2621 es inferior a la prevista en la normativa anterior, por lo que la infracción establecida en dicho artículo sólo constituye una falta (*contravvenzione*). Su plazo de prescripción, consecuentemente más corto, es de tres años. En caso de interrupción de dicho plazo, la prescripción se produce como máximo en cuatro años y seis meses.

22. En relación con el requisito de la querrela, introducido por el nuevo artículo 2622, párrafo primero, del Codice Civile, el artículo 5 del Decreto legislativo n° 61/02 prevé un período transitorio con arreglo al cual el plazo de presentación de querrelas en relación con hechos cometidos antes de la fecha de entrada en vigor del Decreto legislativo n° 61/02 comienza en dicha fecha.

23. El artículo 2630 del Codice Civile, en la versión del Decreto legislativo n° 61/02 (en lo sucesivo, «nuevo artículo 2630 del Codice Civile»), impone multas de 206 euros a 2.065 euros en caso de falta de presentación en el plazo correspondiente de la información societaria exigida por la ley. La multa se eleva en un tercio cuando no se presentan los balances.

24. Además, el Decreto legislativo n° 61/02 estableció una nueva disposición relativa a las multas destinadas a las sociedades. No obstante, no se incluyó en el Codice Civile, sino en el Decreto legislativo n° 231, de 8 de junio de 2001 (en lo sucesivo, «Decreto legislativo n° 231/01»), (14) como artículo 25 *ter*, y regula la «responsabilidad administrativa de las sociedades» (15) como sigue:

«1.

En relación con las infracciones en materia de sociedades previstas en el Codice Civile, si hubieran sido cometidas en interés de la sociedad por los administradores, directores generales o liquidadores, o por personas sometidas a su vigilancia, siempre que los hechos no se hubieran producido si dichas personas hubieran ejercido su facultad de vigilancia conforme a las obligaciones inherentes a su cargo, se impondrán las siguientes multas:

- a) en caso de falta de falsedad en la información societaria, prevista en el artículo 2621 del Codice Civile, multa por importe de 100 a 150 unidades;
- b) en caso de delito de falsedad en la información societaria en perjuicio de los socios o los acreedores, previsto en el artículo 2622, párrafo primero, del Codice Civile, multa por importe de 150 a 330 unidades;
- c) en caso de delito de falsedad en la información societaria en perjuicio de los socios o los acreedores, previsto en el artículo 2622, párrafo tercero, del Codice Civile, multa por importe de 200 a 400 unidades;

[...]

3.

Si la entidad, como consecuencia de la comisión de las infracciones contempladas en el apartado 1, obtiene un enriquecimiento considerable, la multa se incrementará en un tercio.»

3.

Disposiciones penales generales

25. El principio de legalidad penal se encuentra en el artículo 25, apartado 2, de la Constitución italiana y en el artículo 2, párrafo primero, del Codice Penale. (16)

26. En caso de divergencia entre la ley penal aplicable en el momento de los hechos y una ley penal posterior, el artículo 2, párrafo tercero, del Codice Penale prevé que se aplicará en todo caso la ley cuyas disposiciones sean más favorables para el inculpado, salvo que ya exista sentencia firme.

27. En relación con las disposiciones relativas a la prescripción de las infracciones penales, el Derecho italiano prevé, en particular, lo siguiente: con arreglo al artículo 157 del Codice Penale, dichas infracciones penales prescriben, entre otros, en los siguientes plazos:

- diez años: cuando se trata de un delito que la ley castiga con pena de prisión no inferior a cinco años;
- cinco años: cuando se trata de un delito que la ley castiga con pena de prisión inferior a cinco años o multa;
- tres años: cuando se trata de una falta que la ley castiga con pena de prisión.

El artículo 160, párrafo tercero, del Codice Penale prevé que el plazo de prescripción, si se ha interrumpido, comienza de nuevo el día de la interrupción. Si existen distintos hechos que interrumpen la prescripción, su plazo empieza nuevamente en la fecha correspondiente al último de estos hechos. No obstante, los plazos previstos en el artículo 157 en ningún caso podrán prorrogarse más de la mitad.

### III.

#### Hechos, procedimientos principales y cuestiones prejudiciales

##### A.

###### *Generalidades*

28. A los procesados de los tres procedimientos principales se les imputa falsedad en la información societaria. Todas las infracciones fueron cometidas, y en relación con ellas se incoaron procedimientos penales, antes de la entrada en vigor del Decreto legislativo n° 61/02, es decir, en un momento en el que en Italia aún estaba vigente el antiguo artículo 2621 del Codice Civile.

29. Durante el desarrollo de los procedimientos penales entró en vigor el Decreto legislativo n° 61/02. En consecuencia, los procesados invocan ahora los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, cuya aplicación, según las indicaciones de los tribunales remitentes, tendría como consecuencia que los procesados no serían condenados.

30. Los tribunales remitentes destacan, fundamentalmente, los siguientes aspectos de la nueva situación jurídica.

31. Tanto en el nuevo artículo 2621, como en el nuevo artículo 2622 del Codice Civile, las penas aplicables a la falsedad en la información societaria se han reducido considerablemente en relación con la normativa anterior. Respecto al nuevo artículo 2621 del Codice Civile, el Tribunale di Milano indica, por ejemplo, en el procedimiento C-403/02, que «las infracciones constitutivas de faltas se castigan con penas ridículas en términos cuantitativos» y las penas previstas son «casi siempre inferiores a dos años de prisión, por lo que entran en el campo de la suspensión provisional de la pena».

32. La comparación entre el nuevo artículo 2621 y el nuevo artículo 2622 del Codice Civile pone de manifiesto que la nueva regulación legal distingue según que la falsedad en la información societaria haya causado un perjuicio o no a los socios o a los accionistas. Las infracciones sólo se califican de delito cuando se causa tal perjuicio (nuevo artículo 2622 del Codice Civile), en otro caso, constituyen meramente una falta (nuevo artículo 2621 del Codice Civile).

33. La calificación de los hechos como delito o falta no sólo tiene consecuencias en el nivel de las penas, sino que surte también otros efectos prácticos considerables. Por ejemplo, las infracciones conexas, como el blanqueo de dinero o la receptación, presuponen la comisión de un delito y no de una mera falta, como la prevista en el nuevo artículo 2621 del Codice Civile.

34. Además, estos dos nuevos tipos penales exigen, junto con la intención de fraude, un elemento subjetivo adicional que consiste en una especie de ánimo de lucro.

35. Tanto con arreglo al nuevo artículo 2621, como al nuevo artículo 2622 del Codice Civile, los hechos no se castigarán cuando no modifiquen de modo sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades al que pertenezca. Esto se deriva de los límites de tolerancia establecidos en el nuevo artículo 2621, párrafos tercero y cuarto, y en el nuevo artículo 2622, párrafos quinto y sexto, del Codice Civile.

36. El plazo de prescripción de la infracción con arreglo al nuevo artículo 2621 del Codice Civile es claramente más breve que el previsto en la antigua normativa. Puesto que dicho plazo ya empieza a correr en el momento de la comisión del delito, las investigaciones –a menudo complejas y arduas– y el procedimiento judicial, que comprende por lo regular tres instancias, normalmente no pueden concluirse antes de que se produzca la prescripción.

37. La acción penal con arreglo al nuevo artículo 2622 del Codice Civile exige una querrela del perjudicado, salvo que se trate de una empresa cotizada en Bolsa o que la infracción se haya cometido en perjuicio del Estado, de otras entidades públicas o de las Comunidades Europeas. (17)

38. Los ministerios fiscales competentes en los procedimientos principales consideran que, debido a las particularidades descritas, la nueva normativa vigente en la actualidad es inconstitucional y contraria al Derecho comunitario.

##### B.

###### *Asunto C-387/02, Silvio Berlusconi*

39. Al procesado Silvio Berlusconi se le imputa, en su calidad de presidente o principal accionista de Fininvest SpA y otras empresas que pertenecen al mismo grupo, la publicación, durante los años 1986 a 1989, de información societaria falsa. Según la acusación, los hechos tenían como finalidad ocultar transacciones financieras y crear reservas de liquidez al margen de la contabilidad (18) con el objeto de emplearlas para destinos secretos e ilegales. Se inició un procedimiento penal contra estos actos con arreglo al antiguo artículo 2621 del Codice Civile. (19)

40. Tras la entrada en vigor del Decreto legislativo n° 61/02, sólo sería aplicable el nuevo artículo 2621 del Codice Civile. Pero en este caso la infracción ya habría prescrito. La prescripción se habría producido incluso mucho tiempo antes de que se incoara el procedimiento penal. No cabría plantearse la aplicación del nuevo artículo 2622 del Codice Civile porque no se presentó una querrela válida y las empresas de que se trata tampoco estaban cotizadas en Bolsa en el momento de los hechos, de modo que éstos tampoco pueden perseguirse de oficio.

41. Mediante resolución de 26 de octubre de 2002, el Tribunale di Milano, ante cuya Sala Primera de lo Penal se encuentran procesados el Sr. Berlusconi y otras personas, suspendió el procedimiento y planteó tres cuestiones prejudiciales que pueden resumirse del siguiente modo: (20)

«1)

¿Debe considerarse que el artículo 6 de la Directiva 68/151/CEE no sólo se refiere a la falta de publicación del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, sino también a la publicación de dichos documentos con un contenido que no se ajuste a la realidad, habida cuenta de que en este último supuesto el perjuicio para los intereses de los socios y de terceros es evidentemente más grave? ¿O debe considerarse que la Directiva sólo pretende establecer un nivel mínimo de protección comunitaria, dejando en manos de los Estados miembros la tarea de adoptar medidas protectoras para el caso de presentación de balances falsos o de información societaria falsa?

2)

¿Los criterios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio, a los que deben responder las sanciones que los Estados miembros están obligados a adoptar para ser consideradas "apropiadas", se refieren a la naturaleza o al tipo de sanción considerada en abstracto, o bien a su aplicabilidad concreta, habida cuenta de las características estructurales del ordenamiento en el que se integra?

3)

¿Los principios formulados en las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 90/605/CEE, que deben inspirar las disposiciones nacionales relativas a los criterios de redacción y al contenido de las cuentas anuales y del informe de gestión, en particular en lo que respecta a las sociedades de capital, impiden a los Estados miembros establecer unos límites mínimos por debajo de los cuales no se castigue que las cuentas anuales y los informes de gestión de las sociedad anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada no ofrezcan una imagen fiel de la situación de la sociedad?»

C.

*Asunto C-391/02, Sergio Adelchi*

42. El procesado Sergio Adelchi fue condenado en primera instancia por el Tribunale di Lecce, el 9 de enero de 2001, con arreglo al antiguo artículo 2621 del Codice Civile por falsedad en la información societaria, cometida en los años 1992 y 1993, relativa a las sociedades La Nuova Adelchi Srl y Calzaturificio Adelchi Srl. El Sr. Adelchi era el gerente único de dichas sociedades. Sus balances eran irrefutablemente falsos porque se habían expedido facturas falsas y se habían declarado importaciones y exportaciones ficticias a través de las fronteras de la Comunidad. Mediante estas actividades se habían falseado el importe de los costes y el volumen de negocios de ambas sociedades.

43. El procesado Adelchi interpuso un recurso de apelación contra la sentencia penal en primera instancia ante la Corte di Appello di Lecce. Tras la entrada en vigor del Decreto legislativo n° 61/02 tendría que aplicarse como máximo el nuevo artículo 2621 del Codice Civile. El procesado Adelchi alega que las infracciones han prescrito y que no se había modificado de modo sustancial la situación económica, patrimonial y financiera de las sociedades administradas por él. (21) No cabe plantearse la aplicación del nuevo artículo 2622 del Codice Civile, dado que no se presentó una querrela válida y las empresas de que se trata no están cotizadas en Bolsa, de modo que tampoco es posible perseguir la infracción de oficio.

44. Mediante resolución de 7 de octubre de 2002, la Corte di Appello di Lecce, sezione penale, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1)

En relación con la obligación de los Estados miembros de adoptar "sanciones apropiadas" para las infracciones previstas en las Directivas 68/151/CEE y 78/660/CEE, las propias Directivas y, en particular, las disposiciones de los artículos 44 CE, apartado 2, letra g); de los artículos 2, apartado 1, letra f), y 6 de la Directiva 68/151/CEE, y del artículo 2, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 78/660/CEE (tal como fue completada por las Directivas 83/349/CEE y 90/605/CEE), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que, al modificar la normativa en materia de sanciones aplicables a los delitos societarios anteriormente vigente, establece, en relación con el incumplimiento de las obligaciones impuestas para proteger el principio de publicidad y de información veraz en relación con las sociedades, un sistema de sanciones que no responde de manera concreta a los criterios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio de las sanciones establecidas para garantizar dicha protección?

2)

Las citadas Directivas y, en particular, las normas del artículo 44 CE, apartado 2, letra g); de los artículos 2, apartado 1, letra f), y 6 de la Directiva 68/151/CEE, y del artículo 2, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 78/660/CEE (tal como fue completada por las Directivas 83/349/CEE y 90/605/CEE), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que no castiga el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de información veraz en relación con determinados actos societarios (entre ellos el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias), cuando la falsedad en la información societaria o la falta de información den lugar a una variación del resultado económico del ejercicio o a una variación del patrimonio neto que no excedan de un determinado límite porcentual?

3)

Las citadas Directivas y, en particular, las normas del artículo 44 CE, apartado 2, letra g); de los artículos 2, apartado 1, letra f), y 6 de la Directiva 68/151/CEE, y del artículo 2, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 78/660/CEE (tal como fue completada por las Directivas 83/349/CEE y 90/605/CEE), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que no castiga el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de información veraz que recaen sobre las sociedades cuando se proporciona información que, pese a estar destinada a engañar a los socios o al público con objeto de obtener un enriquecimiento injusto, se deriva de valoraciones estimativas que, consideradas individualmente, no difieren de la correcta en una medida superior a un determinado umbral?

4)

Con independencia de los límites progresivos o umbrales, las citadas Directivas y, en particular, las normas del artículo 44 CE, apartado 2, letra g); de los artículos 2, apartado 1, letra f), y 6 de la

Directiva 68/151/CEE, y del artículo 2, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 78/660/CEE (tal como fue completada por las Directivas 83/349/CEE y 90/605/CEE), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que no castiga el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de información veraz que recaen sobre las sociedades, cuando las falsedades o las omisiones fraudulentas, y, en todo caso, las comunicaciones e informaciones que no reflejan fielmente la situación patrimonial, financiera o económica de la sociedad, no modifican “de manera sustancial” la situación patrimonial o financiera del grupo (aun cuando corresponda al legislador nacional la definición del concepto de “modificación sustancial”)?

5)

Las citadas Directivas y, en particular, las normas del artículo 44 CE, apartado 2, letra g); de los artículos 2, apartado 1, letra f), y 6 de la Directiva 68/151/CEE, y del artículo 2, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 78/660/CEE (tal como fue completada por las Directivas 83/349/CEE y 90/605/CEE), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que, en relación con el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de información veraz que recaen sobre las sociedades, establecidas para proteger los “intereses de socios y terceros”, atribuye únicamente a los socios y acreedores la facultad de instar la imposición de la sanción, con la consiguiente exclusión de una protección general y efectiva de los terceros?

6)

Las citadas Directivas y, en particular, las normas del artículo 44 CE, apartado 2, letra g); de los artículos 2, apartado 1, letra f), y 6 de la Directiva 68/151/CEE, y del artículo 2, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 78/660/CEE (tal como fue completada por las Directivas 83/349/CEE y 90/605/CEE), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que, en relación con el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de información veraz que recaen sobre las sociedades, establecidas para proteger los “intereses de socios y terceros”, crea un mecanismo de persecución de las infracciones y un sistema de sanciones especialmente diferenciados, que reservan la querrela, como requisito procesal, y las sanciones más graves y efectivas para las infracciones que perjudiquen a los socios y los acreedores?»

D.

*Asunto C-403/02, Marcello Dell’Utri y otros*

45. A los procesados Marcello Dell’Utri, Romano Luzi y Romano Comincioli se les imputa, entre otras cosas, falsedad en los balances en un período que abarca hasta 1993. (22) En el momento en que se cometieron los hechos, éstos estaban castigados con arreglo a los antiguos artículos 2621 y 2640 del Codice Civile. Desde la entrada en vigor del Decreto legislativo n° 61/02 están comprendidos en el ámbito de aplicación del nuevo artículo 2622 del Codice Civile.

46. Mediante resolución de 29 de octubre de 2002, el Tribunale di Milano, Sala Cuarta de lo Penal, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1)

¿Puede interpretarse el artículo 6 de la Directiva 68/151/CEE en el sentido de que obliga a los Estados miembros a establecer sanciones apropiadas, no sólo para la falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias de las sociedades mercantiles, sino también para la falsificación de dichos documentos, de las demás comunicaciones societarias dirigidas a los socios o al público, o de cualquier otra información que dicha sociedad esté obligada a proporcionar sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenece?

2)

¿Debe interpretarse el concepto de “carácter apropiado” de la sanción, con arreglo al artículo 5 del Tratado CEE, de un modo susceptible de valoración concreta en el ámbito normativo (penal o procesal) del Estado miembro, es decir, como sanción “eficaz, efectiva, realmente disuasoria”?

3)

¿Pueden encontrarse dichas características en el conjunto de disposiciones de los artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, en su versión modificada por el Decreto legislativo n° 61, de 11 de abril de 2002; en particular, puede definirse como “efectivamente disuasoria” y “apropiada en concreto” la norma del citado artículo 2621 del Codice Civile que sanciona en concepto de falta, con una pena de un año y seis meses de prisión, las falsedades en el balance que no provoquen perjuicios patrimoniales o que los causen pero que no puedan perseguirse con arreglo el artículo 2622 del Codice Civile por no haberse interpuesto querrela? En conclusión, ¿resulta apropiado exigir como presupuesto procesal para los delitos previstos en el párrafo primero del artículo 2622 del Codice Civile (es decir, los que afecten a sociedades mercantiles que no coticen en Bolsa) la querrela de los perjudicados (es decir, de socios o acreedores), también en relación con la tutela concreta del bien colectivo de la “transparencia” del mercado societario desde el punto de vista de la posible extensión comunitaria de éste?»

E.

*Procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

47. Mediante resolución de 20 de enero de 2003, el Presidente del Tribunal de Justicia ordenó acumular los asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02 a efectos de la fase escrita y oral del procedimiento y de la sentencia que ponga fin al proceso.

48. Los procesados Berlusconi y Dell’Utri, la Procura Generale presso la Corte di Appello di Lecce, (23) el Gobierno italiano y la Comisión presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia. En la vista de 13 de julio de 2004, los representantes de Berlusconi, Adelchi y Dell’Utri, la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Milano, (24) la Procura Generale presso la Corte di Appello di Lecce, el Gobierno italiano y la Comisión presentaron observaciones orales ante el Tribunal de Justicia.

IV.

#### **Apreciación jurídica**

A.

*Admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial*

49. Los procesados Berlusconi y Dell’Utri, así como el Gobierno italiano, objetan la admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial.

1.

#### Descripción del marco fáctico

50. En primer lugar, el procesado Dell'Utri considera que la petición de decisión prejudicial en el asunto C-403/02 no describe los hechos del procedimiento principal y, por tanto, no es admisible.

51. No comparto esta objeción. Es cierto que el Tribunale di Milano se ha limitado a comunicar brevemente al Tribunal de Justicia que a las personas procesadas ante él se les imputa, entre otros, falsedad en los balances hasta 1993, que estos hechos estaban castigados originariamente con arreglo a los antiguos artículos 2621 y 2640 del Codice Civile y que ahora se les aplica el nuevo artículo 2622 de dicho Código. No obstante, estos datos son suficientes para que el Tribunal de Justicia pueda comprender las cuestiones prejudiciales planteadas.

52. Como es sabido, el Tribunal de Justicia no tiene que pronunciarse, en el marco del procedimiento prejudicial, sobre la interpretación y aplicación concretas del Derecho penal italiano. En particular, no decide si el procesado ha cometido falsedad en el balance o no. Por tanto, el Tribunal de Justicia no necesita conocer en detalle qué hechos se imputan al procesado. Basta con que se le comunique que determinados hechos –no descritos concretamente– han conducido a una acusación de falsedad en el balance y que existe un procedimiento penal pendiente al respecto.

53. El Tribunal de Justicia puede responder de forma útil, sobre la base de la información sumaria que se le ha proporcionado, a las dos cuestiones centrales que se le plantean en el presente asunto, a saber, por un lado, si, con arreglo a las directivas sobre sociedades aplicables, (25) la publicación de información societaria falsa equivale a la *no publicación*, y, por otro lado, qué debe entenderse por sanciones apropiadas en caso de falsedad en la información societaria.

2.

#### Descripción del marco jurídico

54. En segundo lugar, los procesados Berlusconi y Dell'Utri consideran que las peticiones de decisión prejudicial en los asuntos C-387/02 y C-403/02 reproducen la normativa nacional de modo incompleto, porque, en la práctica, sólo exponen el antiguo artículo 2621, y los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, sin dar una visión de conjunto de las disposiciones italianas aplicables a la falsedad en la información societaria y de las normas adoptadas para adaptar el Derecho italiano a las directivas comunitarias.

55. Tampoco comparto esta objeción. La descripción suficiente del marco jurídico debe, por una parte, permitir que el Tribunal de Justicia llegue a una interpretación del Derecho comunitario que sea útil para el juez nacional y, por otra parte, ofrecer a los gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia. (26) Teniendo en cuenta esta finalidad, debe averiguarse si los datos facilitados en la resolución de remisión son suficientes.

56. En ambas peticiones de decisión prejudicial se presentan los elementos esenciales de la antigua y de la nueva normativa italiana y se comparan. En particular, los tribunales remitentes exponen suficientemente los tipos penales que deben aplicar. Por tanto, los presentes asunto no son comparables, en absoluto, con los procedimientos en los que el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad de determinadas cuestiones prejudiciales por falta de indicaciones más precisas sobre el marco fáctico y jurídico. (27)

57. Es cierto que las resoluciones de remisión no se refieren, de modo complementario, a todas las demás disposiciones adoptadas en Italia para dar cumplimiento a las directivas sobre sociedades. Como indica la Comisión, no se alude a la posible declaración de nulidad de los acuerdos de las sociedades, (28) ni tampoco a la responsabilidad civil de los gerentes en caso de falsedad en el balance. No obstante, la falta de estas indicaciones adicionales no hace que las resoluciones de remisión sean incomprensibles o inutilizables. No es imprescindible disponer de información complementaria de este tipo para responder a las cuestiones prejudiciales o para que las partes interesadas presenten observaciones. Por lo demás –como ha ocurrido–, las partes que consideren que esta información es útil pueden incorporarla al procedimiento prejudicial presentando observaciones escritas con arreglo al artículo 23 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia.

3.

#### Pertinencia para la resolución

58. Finalmente, los procesados Berlusconi y Dell'Utri, así como el Gobierno italiano, consideran que las peticiones de decisión prejudicial tampoco son admisibles porque las cuestiones planteadas en cada procedimiento principal son irrelevantes. Con arreglo al principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y al principio del carácter retroactivo de la ley penal más favorable, está claro que las imputaciones de la acusación deben apreciarse con arreglo a la nueva situación jurídica, es decir, a los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, en la versión del Decreto legislativo n° 61/02. El tipo penal vigente en el momento de los hechos, el antiguo artículo 2621 del Codice Civile, no puede aplicarse bajo ninguna circunstancia. Ni una sentencia del Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial, ni una cuestión de constitucionalidad planteada por los tribunales remitentes ante el Tribunal Constitucional italiano (Corte costituzionale) (29) podría modificar esa situación. Por tanto, no es necesario examinar la compatibilidad de la nueva normativa italiana con el Derecho comunitario.

59. Estas alegaciones no son convincentes por los siguientes motivos.

60. Las cuestiones prejudiciales planteadas en los tres asuntos principales se suscitan en procedimientos penales concretos. La continuación de dichos procedimientos depende de modo decisivo de si disposiciones nacionales, como las establecidas por el legislador italiano mediante el Decreto legislativo n° 61/02, infringen o son compatibles con las directivas sobre sociedades. Las cuestiones sólo serían irrelevantes para la continuación de los procedimientos principales *si estuviera efectivamente claro* que los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, como leyes penales más favorables, deben aplicarse con efecto retroactivo *en todo caso*, incluso aunque fueran contrarios al Derecho comunitario. Pero éste no es el caso. Al contrario, no es en modo alguno evidente que deban aplicarse con efecto retroactivo leyes penales más favorables que infrinjan el Derecho comunitario. Se puede concebir perfectamente una solución según la cual los nuevos tipos penales, en la medida en que sean contrarios a las exigencias del Derecho comunitario, *queden sin aplicación* y se regrese a las antiguas disposiciones vigentes en el momento de los hechos. (30) Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia no se ha ocupado ampliamente de este problema.

61. A los efectos de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales tampoco es relevante –contrariamente a lo que consideran los procesados y el Gobierno italiano– la cuestión de si las respuestas del Tribunal de

Justicia pueden emplearse o no posteriormente en un procedimiento ante el Tribunal Constitucional italiano. La pertinencia de las cuestiones prejudiciales debe apreciarse, no en relación con un eventual procedimiento posterior ante la Corte costituzionale, sino únicamente en relación con los procedimientos penales pendientes actualmente ante los tribunales remitentes. Estos tribunales precisamente están obligados, *en virtud del Derecho comunitario, y por su propia autoridad, a dejar sin aplicar* cualquier disposición del Derecho nacional que sea contraria al Derecho comunitario. En este sentido, no es necesario que tenga lugar previamente un procedimiento ante el Tribunal Constitucional. (31)

62. Pero, incluso si *admitimos* que los tribunales remitentes *sólo* plantean las cuestiones prejudiciales para preparar una posterior cuestión de constitucionalidad ante la Corte costituzionale, con arreglo a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, debe permitirse, en primer lugar, que los tres tribunales nacionales remitentes aprecien la pertinencia de sus cuestiones, porque, con arreglo a dicha jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, al que compete adoptar la resolución judicial, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria que haya solicitado el órgano jurisdiccional nacional no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que se le han planteado. (32)

63. En el presente procedimiento no es evidente en modo alguno que las cuestiones prejudiciales no tengan relación con la realidad o con el objeto de eventuales procedimientos ante el Tribunal Constitucional que deban prepararse, o que planteen problemas de naturaleza hipotética. Es cierto que la Corte costituzionale ha declarado recientemente la inadmisibilidad de las cuestiones de constitucionalidad planteadas por tres tribunales italianos en relación con los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile (33). No obstante, ese mismo día, en otro procedimiento relativo a una cuestión de constitucionalidad, dicho tribunal pospuso el examen de los *aspectos relativos al Derecho comunitario*, que pueden ser relevantes, en particular, en relación con el artículo 117, apartado 1, de la Constitución italiana, (34) hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre los presentes procedimientos prejudiciales. En este contexto, la Corte costituzionale incluso se refirió expresamente a los asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02 pendientes ante el Tribunal de Justicia. (35) Por tanto, no puede afirmarse en absoluto que las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia carezcan de pertinencia.

4.

#### Consecuencia

64. Por los motivos expuestos anteriormente, considero que las peticiones de decisión prejudicial son admisibles. (36)

B.

#### *Apreciación material de las cuestiones prejudiciales*

65. Por motivos de claridad en la exposición, parece conveniente agrupar las distintas cuestiones planteadas por los tres tribunales remitentes en función de su contenido esencial y clasificarlas en dos grandes conjuntos temáticos: por un lado, el ámbito de aplicación material del artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, y, por otro lado, el carácter apropiado de las sanciones en caso de falsedad en la información societaria.

66. Por lo que se refiere a las cuentas consolidadas se plantean los mismos problemas de interpretación en relación con el artículo 38, apartado 6, de la Séptima Directiva. A las cuentas consolidadas pueden aplicarse las siguientes consideraciones de modo análogo.

1.

#### Sobre el ámbito de aplicación material del artículo 6 de la Primera Directiva

67. En primer lugar, todos los tribunales remitentes quieren saber, en esencia, si el artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva sólo exige que los Estados miembros impongan *sanciones apropiadas* en caso de que no se publiquen en absoluto las cuentas anuales (37) o también en caso de que se publiquen con un contenido falso. (38)

68. Según el tenor del artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, los Estados miembros preverán sanciones apropiadas en caso de *falta* de publicidad de las cuentas anuales tal como se ordena en el artículo 2, apartado 1, letra f). (39)

69. A diferencia de la Comisión y de ambos ministerios fiscales, los procesados Berlusconi y Dell'Utri, en consonancia con el Gobierno italiano, consideran que, con arreglo a este tenor, la obligación de prever sanciones apropiadas sólo constituye una armonización mínima y no se extiende a los casos de publicación de cuentas anuales *falsas*. En su opinión, la Primera Directiva establece meramente una «publicidad formal». El contenido material de la publicidad sólo se configura en la Cuarta Directiva, que, no obstante, precisamente no prevé ninguna disposición propia similar a la del artículo 6 de la Primera Directiva en materia de sanciones.

70. A este respecto, debe indicarse, en primer lugar, que el tenor del artículo 6 de la Primera Directiva no es en modo alguno tan claro. Esta disposición también puede interpretarse en el sentido de que deben preverse sanciones, no sólo por la mera falta de *cualquier* publicación, sino también por la falta de la publicación *exigida*, es decir, la falta de publicidad de cuentas anuales con *contenido veraz* en el sentido del artículo 2 y del artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva en relación con el artículo 3 de la Primera Directiva.

71. No obstante, incluso partiendo de la estricta perspectiva defendida por los procesados y por el Gobierno italiano, habría que observar lo siguiente: según jurisprudencia reiterada, para interpretar una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte. (40) Si se examina el sistema de las disposiciones y los objetivos de la Primera Directiva, se deduce lo siguiente.

72. Por un lado, dicha Directiva atribuye una especial importancia a la protección de los intereses de los terceros. El propio Tratado destaca este aspecto en el mandato que confiere al legislador comunitario [artículo 44 CE, apartado 2, letra g)]. Además, la importancia de la protección de los intereses de los terceros se refleja en un lugar destacado en los considerandos segundo y cuarto de la Primera Directiva, así como, por lo demás,

en el considerando primero de la Cuarta Directiva y en el considerando primero de la Séptima Directiva. La obligación de publicidad prevista en dichas directivas debe permitir que los terceros puedan conocer los documentos fundamentales de una sociedad, como por ejemplo las cuentas anuales.

73. Por otro lado, el artículo 2, apartado 3, de la Cuarta Directiva, así como su considerando cuarto, establecen el principio fundamental de que las cuentas anuales deben ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. (41) Este principio es pertinente no sólo en el contexto de la Cuarta Directiva, sino también para la interpretación y la aplicación de la Primera Directiva. Dado que la Cuarta Directiva cubre las lagunas de la Primera Directiva en relación con el contenido material de las cuentas anuales (42) y cada directiva se remite expresamente a la otra con esta finalidad, (43) ambas deben leerse e interpretarse conjuntamente.

74. En consecuencia, al interpretar y aplicar el artículo 6 de la Primera Directiva, debe prestarse especial atención a la protección de los intereses de los terceros y al principio de representación fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. No sólo los actuales socios comerciales, sino también los futuros, concretamente los acreedores potenciales y los inversores procedentes de otros Estados miembros, deben poder obtener, en cualquier momento, una imagen fiable de las empresas para poder valorar mejor los riesgos de una eventual relación comercial y de la puesta a disposición de recursos financieros. Como personas ajenas a la empresa necesitan más protección que los socios, que conocen, en distinta medida, la situación patrimonial, financiera y de resultados de la empresa y participan en sus acuerdos, o que, por lo menos, pueden recibir información al respecto. (44) La posibilidad para todos los terceros de consultar las cuentas anuales de las sociedades genera confianza en los socios comerciales potenciales y fomenta, en suma, las actividades –también transfronterizas– en el mercado interior. (45)

75. Pues bien, la necesidad de proteger a los terceros es especialmente grande cuando sí se publican las cuentas anuales, pero éstas dan una imagen falsa del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Mientras que la no publicación de las cuentas anuales ya supone una advertencia para los terceros, que, en ese caso, no tienen ninguna posibilidad de confiar en una determinada situación patrimonial, financiera y de resultados de la sociedad de que se trate, por el contrario, a los terceros les resultaría extremadamente difícil, cuando no imposible, si no conocen más a fondo la empresa, detectar falsedades en unas cuentas anuales publicadas. Por tanto, no es convincente la alegación del Gobierno italiano según la cual cualquier persona puede comprobar la exactitud de los datos de unas cuentas anuales publicadas. Todo lo contrario, normalmente los terceros confían en la exactitud de los datos de unas cuentas anuales publicadas. Por este motivo resulta aún más importante proteger dicha confianza –y, en suma, la confianza del público y de los mercados–. (46)

76. En consecuencia, del sistema del artículo 6 de la Primera Directiva, así como de su objeto y su finalidad, se deriva una obligación de los Estados miembros de prever sanciones apropiadas, no sólo en caso de falta de publicación de las cuentas anuales, sino también, y con más razón, en caso de publicación de cuentas anuales con contenido falso.

77. No puede objetarse contra la anterior conclusión que el tenor de la Cuarta Directiva no prevé una obligación sancionadora propia a cargo de los Estados miembros. (47) Debido a la relación sistemática ya mencionada entre la Primera Directiva y la Cuarta Directiva, no es relevante que la Cuarta Directiva no tenga una disposición propia, comparable a la del artículo 6 de la Primera Directiva. Precisamente porque la Cuarta Directiva completa el contenido de la Primera Directiva, y el artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva se remite expresamente a las disposiciones relativas a la publicación establecidas en la Primera Directiva, no era necesario que la Cuarta Directiva estableciera una disposición propia relativa a las sanciones. En cambio (y lógicamente), la Cuarta Directiva sí establece una obligación propia de los Estados miembros de prever sanciones apropiadas allí donde *no* se remite a las obligaciones de publicación de la Primera Directiva (véase el artículo 47, apartado 1 *bis*, de la Cuarta Directiva). (48) Todos estos elementos permiten deducir que el legislador comunitario quería imponer a los Estados miembros, mediante las Directivas Primera y Cuarta, la obligación de establecer un *sistema de sanciones sin lagunas* y que, normalmente, debido a la remisión a la Primera Directiva, las sanciones previstas en su artículo 6 también debían aplicarse automáticamente. Sólo en los casos en los que *no* existe una remisión a la Primera Directiva, se prevé una obligación sancionadora propia en la Cuarta Directiva (véase su artículo 47, apartado 1 *bis*, última frase).

78. La alegación del procesado Dell'Utri según la cual los Estados miembros *sólo* están obligados a prever sanciones en caso de que se presenten cuentas anuales de contenido falso en los casos excepcionales previstos expresamente en la Cuarta Directiva no me convence. Puesto que las excepciones previstas en la Cuarta Directiva, en particular en su artículo 47, apartado 1 *bis*, se refieren principalmente a las empresas más pequeñas, tal apreciación tendría la absurda consecuencia de que se trataría de modo más estricto a las empresas más pequeñas que a las empresas grandes en caso de falsedad en la información societaria.

79. La sentencia Rabobank, (49) citada por el procesado Berlusconi, tampoco puede conducir a un resultado distinto. Dicha sentencia no se refiere a las disposiciones relativas a la publicación previstas en la Primera Directiva, sino a la facultad de representación de los órganos de las sociedades de capital. De esta sentencia no cabe deducir que todas las disposiciones de la Primera Directiva hayan de interpretarse de modo estricto y literal. El Tribunal de Justicia más bien se decanta por aplicar el método de la interpretación sistemática al incluir en sus consideraciones la propuesta de la Comisión sobre una Quinta directiva en el ámbito del Derecho de sociedades. (50) Por tanto, en la sentencia Rabobank, el Tribunal de Justicia partió de un planteamiento similar al que yo he propuesto anteriormente al remitirme a la relación sistemática entre las Directivas Primera y Cuarta.

80. Por lo demás, aunque no se siga la interpretación aquí defendida del artículo 6 de la Primera Directiva, los Estados miembros también están obligados, con arreglo a su obligación de lealtad derivada del Derecho comunitario, a garantizar sanciones efectivas en caso de publicación de cuentas anuales con contenido falso. Cuando una norma jurídica comunitaria no prevé sanciones en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 10 CE obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. (51)

81. En resumen, puede afirmarse lo siguiente:

El artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con los artículos 2, apartado 3, y 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva, y con el artículo 10 CE, obliga a los Estados miembros a establecer

sanciones apropiadas no sólo en caso de que no se publiquen las cuentas anuales, sino también en caso de que se publiquen con un contenido falso. El artículo 38, apartado 6, de la Séptima Directiva, aplicable a las cuentas consolidadas, debe interpretarse en el mismo sentido.

2.

Sobre el carácter apropiado de las sanciones en caso de falsedad en la información societaria

82. Por lo demás, los tribunales remitentes quieren saber, en esencia, qué debe entenderse por sanciones apropiadas en caso de falsedad en la información societaria. Por un lado, preguntan, en general, cuáles son los criterios para apreciar el carácter apropiado de las sanciones; (52) por otro lado, y en particular, se trata fundamentalmente de apreciar disposiciones, como el Decreto legislativo n° 61/02 italiano, que establecen un sistema sancionador escalonado, (53) surten efectos en la prescripción de las infracciones penales, (54) introducen el requisito de la querrela (55) y prevén límites de tolerancia por debajo de los cuales no se castiga la falsedad en la información societaria. (56)

83. Los procesados y el Gobierno italiano consideran que disposiciones como las introducidas por el Decreto legislativo n° 61/02 satisfacen las exigencias establecidas en el Derecho comunitario. La Comisión y los dos ministerios fiscales, que han participado en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, defienden el punto de vista contrario.

84. Es cierto que, en un procedimiento con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la compatibilidad de normas del ordenamiento jurídico interno con el Derecho comunitario ni sobre la interpretación de normas nacionales. Por tanto, tampoco puede expresar su opinión, por ejemplo, sobre el grado de la sanción prevista en el nuevo artículo 2621 del Codice Civile. (57) Pero sí es competente para proporcionar a los órganos jurisdiccionales remitentes todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar dicha compatibilidad para la resolución de los asuntos que les hayan sido sometidos. (58)

a)

Efectividad, proporcionalidad y efecto disuasorio de las sanciones

85. El artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva sólo obliga a los Estados miembros a prevenir *sanciones apropiadas* en caso de vulneración del principio de publicidad ya comentado. Por tanto, esta disposición, al igual que el artículo 249 CE, párrafo tercero, deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios, o sea, les confiere un considerable margen de apreciación.

86. No obstante, dicho margen de apreciación no es ilimitado. Así, cuando una norma jurídica comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, según jurisprudencia ya citada, los Estados miembros están obligados, con arreglo al artículo 10 CE, a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter *efectivo, proporcionado y disuasorio*. (59)

87. En los presentes asuntos no existen indicios de que se traten de distinto modo los supuestos de hecho de carácter puramente nacional y los de dimensión comunitaria. Por tanto, las siguientes consideraciones sólo se refieren a los criterios de *efectividad, proporcionalidad y efecto disuasorio*. En los presentes asuntos, éstos son los criterios que deben aplicarse para apreciar si disposiciones como las establecidas mediante el Decreto legislativo n° 61/02 son compatibles con el artículo 6 de la Primera Directiva. En este contexto, en razón de las finalidades, ya comentadas, de las Directivas Primera y Cuarta, (60) no sólo debe atribuirse especial importancia a los intereses de los socios y los acreedores, sino también a la protección de los intereses y de la confianza de otros terceros en la representación fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Ésta es precisamente la protección que deben garantizar de modo efectivo, proporcionado y disuasorio las sanciones que debe prevenir el Derecho nacional.

88. Una normativa sancionadora es *efectiva* cuando la imposición de la sanción prevista (y, en consecuencia, la realización de los objetivos exigidos por el Derecho comunitario) (61) no sea imposible en la práctica o excesivamente difícil. Esto se deriva del *principio de efectividad*, (62) que, según reiterada jurisprudencia, se aplica en todos los casos en los que los hechos presenten una relación con el Derecho comunitario, pero no exista una normativa comunitaria específica –por ejemplo, respecto al procedimiento que deba aplicarse–, de modo que los Estados miembros deben aplicar las disposiciones nacionales. En este contexto, el principio de efectividad no sólo se aplica cuando el particular invoca frente a un Estado miembro los derechos que le confiere el ordenamiento comunitario, sino también en el supuesto inverso, cuando un Estado miembro aplica las normas de Derecho comunitario a un particular. (63)

89. Una sanción es *disuasoria* cuando impide al particular infringir las disposiciones y finalidades perseguidas por el Derecho comunitario. (64) En este contexto, no sólo son determinantes la naturaleza y el grado (65) de la sanción, sino también la probabilidad de que ésta se imponga. Quien incurre en una infracción debe temer que se le imponga de hecho la sanción. En este aspecto, los criterios del carácter disuasorio y de la efectividad coinciden.

90. Una sanción es *proporcionada* cuando es apropiada (es decir, en particular, *efectiva y disuasoria*) y además necesaria para lograr los objetivos legítimamente perseguidos. Cuando se ofrezca una elección entre varias medidas (igualmente) adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa. Además, los efectos de la sanción sobre el afectado deben ser proporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. (66)

91. La cuestión de si una disposición nacional establece una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria en el sentido expuesto anteriormente debe examinarse, en cada caso en el que se plantee dicha cuestión, teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del sistema jurídico en su conjunto, incluido el desarrollo del procedimiento y sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales. (67)

92. Por tanto, se puede llegar a la siguiente conclusión:

Las medidas sancionadoras son apropiadas, en el sentido del artículo 6 de la Primera Directiva, cuando son efectivas, proporcionadas y disuasorias. En este contexto, no sólo debe atribuirse especial importancia a los intereses de los socios y los acreedores, sino también a los intereses de los demás terceros y a la protección de su confianza en la representación fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. La cuestión de si una disposición nacional establece una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria

debe examinarse, en cada caso en el que se plantee, teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del sistema jurídico en su conjunto, incluido el desarrollo del procedimiento y sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales.

b)

#### Límites de tolerancia

93. Tanto el nuevo artículo 2621, párrafo tercero, primera frase, como el nuevo artículo 2622, párrafo quinto, primera frase, del Codice Civile no castigan la falsedad en la información societaria cuando ésta no modifica de modo sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades. Además, ambas disposiciones prevén límites de tolerancia expresados en porcentajes (véanse el nuevo artículo 2621, párrafo tercero, segunda frase, y párrafo cuarto, así como el nuevo artículo 2622, párrafo quinto, segunda frase, y párrafo sexto del Codice Civile). Puesto que estas disposiciones son idénticas en ambos artículos, parece conveniente analizarlas al principio.

94. Al apreciar estas disposiciones hay que partir del modelo en que se basa la Cuarta Directiva. Así, el artículo 2, apartado 3, de dicha Directiva exige que las cuentas anuales ofrezcan una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Este principio tiene una importancia central en las disposiciones de la Directiva relativas a las cuentas anuales. (68) En particular, los apartados 4 y 5 del artículo 2 de la Cuarta Directiva ilustran esta afirmación. De este modo, en caso de duda incluso pueden quedar sin aplicación otras disposiciones de la Cuarta Directiva con el fin de que las cuentas anuales ofrezcan una imagen fiel (artículo 2, apartado 5, primera frase), e incluso puede ser necesario, con esta finalidad, proporcionar más información de la exigida por la Cuarta Directiva (artículo 2, apartado 4). (69)

95. Como ya se ha indicado, a través de dichas disposiciones debe protegerse tanto la confianza de los socios como la de los terceros en la veracidad objetiva de las cuentas anuales.

96. De lo anterior se derivan, fundamentalmente, dos consecuencias: si las falsedades en las cuentas anuales o en las cuentas anuales consolidadas pueden hacer perder la confianza en la exactitud de la imagen del patrimonio, de la situación financiera o de los resultados de la sociedad, con arreglo al principio de efectividad de las sanciones, no puede existir ninguna tolerancia; en otro caso, se frustraría la finalidad perseguida por las directivas. Por el contrario, si las falsedades en las cuentas anuales *no* pueden defraudar dicha confianza, las sanciones pueden ser inferiores o incluso se puede prescindir de ellas.

97. Las disposiciones que confieran un margen de apreciación suficiente para ponderar las circunstancias del caso concreto pueden, mediante su interpretación y aplicación conforme con las directivas, satisfacer los criterios anteriores. Por el contrario, las consecuencias meramente cuantitativas de una falsedad, a las que se remiten el nuevo artículo 2621, párrafo tercero, segunda frase, y párrafo cuarto, así como el nuevo artículo 2622, párrafo quinto, segunda frase, y párrafo sexto, del Codice Civile, sólo pueden constituir un primer elemento de base para valorar si dicha falsedad puede hacer perder la confianza en la exactitud de la imagen del patrimonio, de la situación financiera o de los resultados de la sociedad.

98. Hay que reconocer que, *normalmente*, los intereses de los socios y de los terceros, así como la protección de su confianza en la exactitud de las cuentas anuales, no peligran en la medida en que las eventuales inexactitudes contables, desde una mera perspectiva cuantitativa, no modifiquen de modo sustancial la situación patrimonial, financiera y de resultados de la sociedad o del grupo de sociedades. No obstante, para prevenir abusos y fomentar la mayor diligencia posible en la elaboración de las cuentas anuales, es necesario que exista la posibilidad de apreciar, en cada caso concreto, si concurre una mera imprecisión sin consecuencias importantes o si concurre una falsedad inaceptable. En caso contrario, existiría un gran riesgo de que se produjeran en las cuentas anuales, a la sombra de los límites de tolerancia permitidos por el legislador, imprecisiones muy extendidas y calculadas conscientemente. Una evolución de este tipo podría destruir de modo permanente, sobre todo, la confianza de los terceros y, como consecuencia, la confianza del tráfico económico en su conjunto en la exactitud de las cuentas anuales.

99. En particular, no puede admitirse ninguna tolerancia cuando, como presuponen los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, se incluya y después se publique en las cuentas anuales información falsa, *dolosamente* así como con *intención de engaño* y *ánimo de lucro*, aunque las consecuencias de la falsedad fueran mínimas desde un punto de vista meramente cuantitativo, porque el principio de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, así como de los resultados de la sociedad sirve, como ya se ha expuesto, para proteger los intereses de los terceros y la confianza que el tráfico económico deposita en la exactitud de las cuentas anuales. Si se permitiera incluir datos falsos en las cuentas anuales, *dolosamente* así como con intención de engaño y ánimo de lucro, se defraudaría de modo permanente dicha confianza y, en consecuencia, se vulneraría la finalidad de las directivas sobre sociedades.

100. Por estas razones, límites de tolerancia y motivos de exclusión de la pena como los previstos en los nuevos artículos 2621, párrafos tercero y cuarto, y 2622, párrafos quinto y sexto, del Codice Civile italiano no son adecuados para satisfacer las exigencias derivadas del Derecho comunitario relativas a la efectividad y al carácter disuasorio de las sanciones.

101. Sólo de modo marginal quiero señalar que también en los Estados Unidos de América, por ejemplo, en la praxis administrativa de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), se considera que los límites de tolerancia cuantitativos no son apropiados, por lo menos, cuando con ellos se pretenda establecer una presunción *iuris et de iure* en la posibilidad de valorar todas las circunstancias del caso concreto. (70)

102. Contra la opinión aquí defendida no puede objetarse que en Derecho comunitario se reconocen con carácter general disposiciones *de minimis*. (71) Es cierto que en el Derecho de la competencia comunitario existen determinados umbrales. No obstante, tales umbrales sólo se aplican en los casos en que está garantizado que no se van a menoscabar el objeto y la finalidad, así como la efectividad práctica, de las normas sobre la competencia.

103. Así, por ejemplo, en el ámbito de las ayudas de Estado, el artículo 3 del reglamento de exención por categorías (72) pertinente exige que se efectúen determinados controles para garantizar que las ayudas *de minimis* concedidas no afecten al comercio entre los Estados miembros o no falseen la competencia. (73) Por tanto, la comparación con las disposiciones *de minimis* sugiere, si acaso, la siguiente conclusión: sólo pueden existir límites de tolerancia cuando no vulneren el objeto y la finalidad de las correspondientes normas, es decir, en el caso de las cuentas anuales, la protección de la confianza de los terceros y del público en la información societaria.

104. Aún menos concluyente es una comparación con la normativa *de minimis* aplicable en el ámbito del artículo 81 CE. En dicho ámbito, precisamente las restricciones especialmente graves, como, por ejemplo, la concertación de precios o la creación de acuerdos regionales (las denominadas restricciones básicas), están excluidas por principio del ámbito de aplicación de la normativa *de minimis*: por ello, dichas restricciones siguen sujetas, sin excepciones, a la aplicación del Derecho sobre prácticas colusorias. (74) Si se traslada esta idea al ámbito de la falsedad en la información societaria, sólo cabe afirmar, si acaso, lo siguiente: no se pueden tolerar en modo alguno las injerencias especialmente graves en la confianza de los terceros y del público en la exactitud de la información de una sociedad, en particular los datos falsos facilitados en las cuentas anuales dolosamente así como con intención de engaño y ánimo de lucro, aunque a través de las falsedades, desde un punto de vista cuantitativo, no se modifique de modo sustancial la situación patrimonial, financiera y de resultados de una sociedad o de un grupo de sociedades.

105. En síntesis, procede declarar lo siguiente:

Es cierto que el artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 3, y con el artículo 47, apartado 1, primer párrafo, de la Cuarta Directiva, no se opone a una norma nacional que no castigue la falsedad en la información societaria cuando los hechos no modifiquen sustancialmente la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades, a no ser que los hechos se hayan cometido dolosamente, así como con intención de engaño y ánimo de lucro.

No obstante, las mismas disposiciones se oponen a una norma nacional que –sin apreciar globalmente todas las circunstancias del caso concreto– no castiga en ningún caso la falsedad en la información societaria cuando los datos falsos o las omisiones produzcan una variación no superior a un determinado porcentaje en relación con el valor correcto.

El artículo 38, apartado 6, en relación con su apartado 1 y con el artículo 16, apartado 3, de la Séptima Directiva debe interpretarse de modo análogo.

c)

Plazos de prescripción de las infracciones penales

106. Por lo que se refiere a la prescripción, el Decreto legislativo n° 61/02 ha reducido significativamente los plazos aplicables. Dicha reducción surte efectos, en particular, respecto a la persecución de las infracciones penales con arreglo al nuevo artículo 2621 del Codice Civile. Esta falta, que constituye el tipo penal general de la falsedad en la información societaria, tiene actualmente un plazo de prescripción de tres años. En caso de interrupción, dicha falta prescribe, en total, a los cuatro años y seis meses. (75)

107. En principio, no cabe plantear objeciones a que los Estados miembros establezcan plazos de prescripción para las sanciones que deben establecer con arreglo al Derecho comunitario. Estos plazos de prescripción precisamente protegen el principio de seguridad jurídica, que constituye un principio general del Derecho reconocido también a escala comunitaria. (76) En consecuencia, también el Derecho comunitario prevé plazos de prescripción comparables, por ejemplo en el ámbito de las disposiciones sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades (77) y en el marco de la política de competencia. (78)

108. Como muestra además la existencia de tales plazos de prescripción, el Derecho comunitario no exige en modo alguno que deba imponerse de hecho una sanción en cada caso concreto. No obstante, debe garantizarse que las normas sobre la prescripción vigentes no impidan, en su conjunto, la efectividad y el efecto disuasorio de las sanciones previstas. (79) Por tanto, la falsedad en la información societaria no debe ser sancionada sólo en la teoría. Al contrario, el sistema de sanciones debe estar configurado de modo que cualquier persona que presente cuentas anuales falsas debe temer de hecho que se le imponga una sanción. (80)

109. La cuestión de si plazos de prescripción como los aplicables a los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile satisfacen las exigencias antes expuestas relativas a las sanciones efectivas y disuasorias debe apreciarse teniendo en cuenta, por un lado, el tipo y la gravedad de la infracción penal de que se trate y, por otro lado, la configuración de la normativa relativa a la prescripción prevista en el ordenamiento jurídico nacional. (81) En este contexto, no sólo es determinante la duración del plazo de prescripción, sino también, por ejemplo, el momento en el que comienza a computarse dicho plazo, los eventuales acontecimientos que pueden suspender o interrumpir dicha prescripción y las consecuencias de tal suspensión o interrupción. Tampoco debe olvidarse cuánto tiempo requiere normalmente, en función de la complejidad de los hechos y de los recursos personales y materiales de que dispone la Justicia, la investigación y el desarrollo de un procedimiento judicial. Como contrapartida debe tomarse en consideración que el artículo 6, apartado 1, primera frase, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (82) así como el artículo 47, apartado 2, primera frase, de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea, (83) protegen a todas las personas, en particular a los acusados en un procedimiento penal, contra una duración excesiva del procedimiento. Sin embargo, para apreciar la duración del procedimiento hay que tener en cuenta, a su vez, las circunstancias del caso concreto, también su complejidad. (84)

110. Si una normativa sobre la prescripción, considerando todos estos factores, tiene como consecuencia que, en la práctica, no quepa esperar, o sólo en raras ocasiones, que se imponga de hecho la sanción prevista, no podrá afirmarse que la sanción es efectiva y disuasoria.

111. Según la información facilitada por todos los tribunales remitentes, las investigaciones –a menudo complejas y laboriosas– y el procedimiento judicial, que en general comprende tres instancias, no pueden finalizar, normalmente, en particular en el caso de la falta prevista en el nuevo artículo 2621 del Codice Civile, antes de que se produzca la prescripción. Por estos motivos, es muy dudoso que pueda considerarse que una disposición como el nuevo artículo 2621 del Codice Civile constituye una sanción efectiva y disuasoria en el sentido del artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva.

112. En síntesis procede declarar que:

El artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 3, y con el artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva, se opone a una norma sobre la prescripción conforme a la cual, en la práctica, no quepa esperar, o sólo en raras ocasiones, que se impongan efectivamente las sanciones previstas. El artículo 38, apartado 6, en relación con su apartado 1 y con el artículo 16, apartado 3, de la Séptima Directiva debe interpretarse de modo análogo.

d)

Sistema sancionador escalonado y exigencia de querrela

113. Es cierto que el delito previsto en el nuevo artículo 2622 del Codice Civile establece una sanción considerablemente más grave que el nuevo artículo 2621 de dicho Código y está sujeto a unos plazos de prescripción más largos. No obstante, en general, sólo permite que se incoe un procedimiento mediante querrela del socio o del acreedor perjudicado. Por tanto, normalmente, los hechos no pueden perseguirse de oficio ni mediante querrela de otros terceros que no sean los acreedores perjudicados.

114. Si bien los Estados miembros están facultados para establecer un sistema sancionador escalonado y, por ejemplo, prever sanciones más rigurosas para el caso de que, como consecuencia de la falsedad en la información societaria –además de los daños inmateriales que surgen normalmente cuando se defrauda la confianza en la exactitud de las cuentas anuales– se produzcan daños patrimoniales. El principio de proporcionalidad de las sanciones incluso invita a establecer tipos penales cualificados que prevean sanciones más duras, cuando se causen daños patrimoniales, que el tipo penal general, y cuya persecución esté sujeta, en contrapartida, a la presentación de una querrela del perjudicado.

115. No obstante, en sí mismas, las disposiciones que prevén el requisito de la presentación de una querrela no son adecuadas para cumplir la obligación que impone el Derecho comunitario de prever sanciones apropiadas, obligación que incumbe a los Estados miembros con arreglo al artículo 6 de la Primera Directiva. Debido a la exigencia de querrela reservada a los socios o los acreedores perjudicados, una disposición como el nuevo artículo 2622 del Codice Civile no puede garantizar la tutela efectiva de los intereses de *todos* los terceros, sino, como máximo, la protección de determinados terceros. Pero como ya declaró el Tribunal de Justicia, en su sentencia *Daihatsu Deutschland*, el artículo 6 de la Primera Directiva se opone a la legislación de un Estado miembro que atribuye únicamente a los socios y a los acreedores, así como al comité de empresa intercentro y al comité de empresa de la sociedad, la facultad de reclamar la sanción. (85) Por las razones expuestas anteriormente, (86) las consideraciones realizadas en la sentencia *Daihatsu Deutschland* no se limitan en modo alguno al caso de *no publicación de las cuentas anuales*, sino que también son aplicables –contrariamente a lo alegado por los procesados Berlusconi y Dell’Utri–, con más razón, en el caso de *publicación de cuentas anuales falsas*.

116. En consecuencia, los tipos penales cualificados como el nuevo artículo 2622 del Codice Civile pueden, como máximo, completar un sistema de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias ya existente en el Derecho nacional. Por el contrario, dado que se limitan a proteger los intereses de los socios y los acreedores, no son idóneos para compensar las eventuales carencias en la protección de los intereses (de los demás) terceros, ya sea en relación con posibles daños patrimoniales o sólo en relación con el daño puramente inmaterial que puede producirse cuando se defrauda la confianza del público en la exactitud de las cuentas anuales.

117. Por tanto, si los tribunales remitentes llegaran a la conclusión de que el tipo penal general del nuevo artículo 2621 del Codice Civile no constituye una sanción efectiva y disuasoria, por ejemplo, en razón de los límites de tolerancia o de las normas sobre prescripción que le son aplicables, (87) una disposición como el nuevo artículo 2622 de dicho Código tampoco podría, con su requisito de presentación de querrela reservada a los socios y los acreedores, sanar aquella deficiencia.

118. Por lo demás, para apreciar globalmente dicha disposición no es relevante el hecho de que, de todos modos en casos excepcionales, sea posible perseguir de oficio las infracciones con arreglo al nuevo artículo 2622, párrafos segundo y tercero, del Codice Civile. Es evidente que al examinar la efectividad y el carácter disuasorio de las sanciones no puede tomarse solamente en consideración la falsedad en la información societaria que faciliten las pocas empresas cotizadas en Bolsa, o las infracciones cometidas en perjuicio del Estado o de las Comunidades Europeas. Por el contrario, deben contemplarse todos los casos de falsedad en la información societaria, y no en último lugar aquellos que se refieran a empresas no cotizadas en Bolsa o que no perjudiquen los intereses del poder público.

119. En síntesis, procede declarar lo siguiente:

El artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 3, y con el artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva, no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual normalmente sólo puedan imponerse sanciones, para proteger los intereses patrimoniales de determinadas personas, tras la presentación de una querrela por el perjudicado. No obstante, es necesario que, junto con esta posibilidad, exista una disposición general que prevea sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para proteger los intereses de los terceros, con independencia de que se les cause un daño patrimonial, y que pueda imponerse de oficio. El artículo 38, apartado 6, en relación con su apartado 1 y con el artículo 16, apartado 3, de la Séptima Directiva debe interpretarse de modo análogo.

e)

Relación sistemática entre las disposiciones del Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo sancionador

120. Los procesados Berlusconi, Adelchi y Dell’Utri, así como el Gobierno italiano, observan que al apreciar el nuevo sistema italiano de sanciones en caso de falsedad en la información societaria también deben analizarse los elementos no penales, es decir, las disposiciones de Derecho civil y de Derecho administrativo. También pueden interpretarse así los argumentos de la Comisión, por lo menos en principio. En este contexto, se remiten *por ejemplo* a las siguientes disposiciones:

- responsabilidad civil por falsedad en la información societaria de las personas encargadas de proporcionar dicha información, (88)
- posibilidad de impugnar el acuerdo social en el que se aprueba un balance (falso), (89)
- posibilidad de que se impongan determinadas sanciones administrativas (multas) a la propia sociedad por la falsedad en la información societaria cometida en su propio beneficio, (90)
- posibilidad de imponer multas por no presentación o por presentación fuera de plazo de los balances (91) y
- disposiciones sobre el control de las cuentas anuales y de las cuentas anuales consolidadas por personas autorizadas a estos efectos y sujetas a responsabilidad específica. (92)

121. Como ya se ha indicado, (93) el artículo 6 de la Primera Directiva confiere a los Estados miembros un margen de apreciación muy considerable para configurar sus sistemas nacionales sancionadores. Por tanto, del artículo 6 de la Primera Directiva no se deriva en modo alguno que sólo quepa imponer sanciones penales. (94) Desde la perspectiva del Derecho comunitario, en principio no cabe plantear ninguna objeción contra una combinación de disposiciones penales y disposiciones de Derecho civil y Derecho administrativo. Para apreciar la interrelación de tales disposiciones únicamente procede aplicar el principio de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio de las sanciones.

122. Corresponde a los tribunales remitentes valorar en su conjunto el sistema sancionador establecido por el legislador italiano y apreciarlo con arreglo a los criterios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio. (95) A este respecto, el Tribunal de Justicia sólo puede proporcionar indicaciones sobre la interpretación del Derecho comunitario que permitan a los tribunales nacionales llevar a cabo tal apreciación del Derecho nacional.

123. En este contexto, debe recordarse, en primer lugar, que sanciones que sólo pueden llegar a imponerse previa querrela de determinadas personas, a saber, los socios y los acreedores, no pueden ser idóneas de entrada para compensar eventuales deficiencias de la protección general de los intereses de terceros. (96) La protección de los intereses de terceros tampoco puede supeditarse a que dichos terceros sufran algún tipo de perjuicio. No sólo deben protegerse los intereses patrimoniales de los terceros, sino también y precisamente el interés inmaterial de los terceros en una información veraz sobre la situación patrimonial, financiera y de resultados de la sociedad y, en consecuencia, la confianza del tráfico económico en la exactitud de las cuentas anuales. Si no se garantiza dicha protección, las sanciones carecen desde un principio de efectividad.

124. El hecho de que los terceros, en su caso, puedan solicitar medidas de Derecho civil, como la anulación de los acuerdos sociales en que se aprueben las cuentas anuales, (97) tampoco es por sí solo suficiente para poder afirmar que la sanción es efectiva. La efectividad y, sobre todo, el carácter disuasorio de las sanciones exige, como ya se ha indicado, que la persona que presente cuentas anuales falsas deba temer de hecho que se le impongan sanciones. Por tanto, también debe analizarse además, como mínimo, la probabilidad (98) y las perspectivas de éxito con las que los terceros podrían interponer un recurso, como el de nulidad, ante los tribunales nacionales competentes.

125. En la medida en que otras disposiciones parten de los supuestos de hecho previstos en los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, debe tenerse en cuenta al examinarlas que las eventuales deficiencias de los tipos penales, como por ejemplo, los límites de tolerancia, también surten efectos indirectos sobre las citadas disposiciones y, por ello, pueden influir en su efectividad y carácter disuasorio. Éste es el caso, por ejemplo, de una disposición como el artículo 2641 del Codice Civile, (99) en el que se prevé el decomiso del lucro patrimonial obtenido ilícitamente y de los instrumentos del delito. También ocurre lo mismo en el caso de sanciones administrativas como las introducidas mediante el artículo 25 *ter* del Decreto legislativo n° 231/01; también ellas parten de los tipos penales de los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile.

126. En relación con el artículo 25 *ter* del Decreto legislativo n° 231/01, también procede tomar en consideración que dicha disposición sólo se aplica a infracciones que se hayan cometido *en interés de la sociedad* y que la sociedad puede exonerarse con arreglo a determinados requisitos. (100) Las disposiciones cuyo ámbito de aplicación esté restringido de este modo pueden constituir un complemento razonable del sistema sancionador en su conjunto, pero no pueden compensar las eventuales deficiencias del sistema general de protección de los intereses de terceros. La protección del interés de los terceros en una información veraz sobre la situación patrimonial, financiera y de los resultados de la sociedad de que se trate también debe garantizarse de modo efectivo cuando alguien haya falseado los datos de unas cuentas anuales en beneficio propio y no necesariamente en beneficio de la sociedad o en perjuicio de otros.

127. Por lo demás, también debe examinarse si el grado de la sanción previsto en disposiciones como el artículo 25 *ter* del Decreto legislativo n° 231/01 surte un efecto disuasorio. Si los importes de las multas son tan reducidos que no se adecuan a la gravedad de las infracciones cometidas contra las disposiciones sobre balances aplicables y al tamaño de las empresas infractoras, tales disposiciones no pueden calificarse de disuasorias. También por este motivo no serían adecuadas para compensar las eventuales carencias de sanciones penales como las previstas en los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile.

128. En relación con disposiciones como las del nuevo artículo 2630 del Codice Civile, basta con indicar que el artículo 6 de la Primera Directiva, como ya se ha indicado anteriormente, (101) no sólo exige sanciones apropiadas para el caso de no presentación de las cuentas anuales, sino también para el caso de presentación de cuentas anuales falsas.

129. Es cierto que el examen de las cuentas a través de los auditores (102) constituye sin lugar a dudas un elemento fundamental de la normativa que tiene por objeto garantizar la exactitud material de la información societaria. No obstante, el control contable es un mero *control preventivo*. Por el contrario, el artículo 6 de la Primera Directiva, aunque sólo sea por su tenor («sanciones»), (103) también exige, por lo menos, una razonable actividad de *naturaleza represiva*. Por lo demás, se deriva la misma conclusión de la relación sistemática entre la Cuarta y la Séptima Directivas, así como del objeto y la finalidad de las disposiciones sobre el control de las cuentas. La actividad preventiva de los auditores no debe sustituir en modo alguno las medidas represivas de los Estados miembros ni compensar sus deficiencias, sino que está pensada como un segundo apoyo, independiente, de un sistema de garantía de la exactitud material de las cuentas anuales y de las cuentas anuales consolidadas. El legislador comunitario impone a los Estados miembros *tanto* un control efectivo preventivo *como también* un control efectivo represivo.

130. Finalmente, en el ámbito del Derecho penal debe observarse que la aplicación de determinadas disposiciones presupone que se haya cometido un delito (*delitto*) (104) y que, por tanto, ya de entrada, una falta (*contravvenzione*) como la prevista en el nuevo artículo 2621 del Codice Civile no sirve de elemento de conexión.

C.

*Efectos de las disposiciones estatales que infringen las directivas en los procedimientos penales pendientes ante los tribunales remitentes*

131. Para ofrecer a los tribunales remitentes una respuesta útil para la resolución de los procedimientos penales pendientes ante ellos, debe examinarse, además, qué efecto surte en un procedimiento judicial nacional la interpretación de las directivas sobre sociedades defendida en las presentes conclusiones. (105) En este contexto, debe recordarse, en primer lugar, la obligación general y suficientemente conocida que tienen

los tribunales nacionales de hacer cumplir el Derecho comunitario; en segundo lugar, deben examinarse los límites de la aplicación de las directivas en los procedimientos penales y, finalmente, debe analizarse el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

1.

Sobre la obligación de los tribunales nacionales de hacer cumplir el Derecho comunitario

132. Por lo menos en dos de los procedimientos principales los ministerios fiscales competentes han alegado ante los correspondientes tribunales nacionales que las modificaciones legislativas introducidas mediante el Decreto legislativo n° 61/02 son inconstitucionales. (106) Los tres tribunales remitentes consideran la posibilidad de presentar una cuestión de constitucionalidad en relación con el Decreto legislativo n° 61/02 ante el Tribunal Constitucional italiano. En su resolución de remisión en el asunto C-387/02 el Tribunale di Milano indica, por ejemplo, que «la resolución del litigio depende de una sentencia sobre la compatibilidad de las disposiciones con la Constitución para la que es competente la Corte costituzionale».

133. A este respecto, debe indicarse lo siguiente: es evidente que no compete al Tribunal de Justicia interpretar la Constitución de un Estado miembro o examinar la compatibilidad del Derecho nacional con la Constitución. Por el contrario, la labor del Tribunal de Justicia consiste en velar, a través de su jurisprudencia, por una aplicación uniforme y efectiva del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Con este fin, el Tribunal de Justicia puede dar a los tribunales remitentes, en el marco de su competencia de interpretación del Derecho comunitario, las necesarias indicaciones jurídicas.

134. Conforme a reiterada y consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los tribunales nacionales están obligados a aplicar el Derecho comunitario y a dejar sin aplicación cualquier normativa nacional que sea contraria a dicho Derecho. Ésta es la consecuencia lógica del principio de primacía del Derecho comunitario. (107) En la sentencia Simmenthal, el Tribunal de Justicia declaró, en este sentido, que los jueces nacionales deben hacer cumplir el Derecho comunitario «dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria». (108)

135. Es más, el tribunal nacional está obligado a garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario «dejando de aplicar, si fuera preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que esperar a que solicite o que espere la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». (109)

136. En consecuencia, los tribunales remitentes están obligados, en virtud del Derecho comunitario, en particular, de los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, a hacer cumplir lo dispuesto en las directivas sobre sociedades en los procedimientos penales pendientes ante ellos sin que para ello sea necesaria una decisión previa del Tribunal Constitucional italiano sobre la eventual inconstitucionalidad del Decreto legislativo n° 61/02.

137. Esto no excluye, evidentemente, que un acto legislativo nacional, como el Decreto legislativo n° 61/02, también se someta *de modo adicional*, con arreglo a las disposiciones nacionales correspondientes, a un control de constitucionalidad mediante el cual se resuelva, con carácter general, sobre su constitucionalidad y, en su caso, sobre su validez.

138. Con independencia de que se realice tal control de constitucionalidad y de que el Decreto legislativo n° 61/02 sea compatible o incompatible con la Constitución italiana, los tribunales remitentes *ya deben dejar sin aplicación* dicho Decreto legislativo en el caso concreto, es decir, en los procedimientos penales pendientes ante ellos, *en la medida* en que las modificaciones previstas en él sean contrarias al Derecho comunitario. La respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas por los tribunales remitentes es vinculante para todos los tribunales nacionales que conocen de los asuntos principales. (110) En este contexto, de la interpretación que da el Tribunal de Justicia se deriva el alcance y el significado de las directivas sobre sociedades tal como deben o hubieran debido entenderse y aplicarse *desde el momento de su entrada en vigor*. (111)

2.

Sobre los límites de la aplicación de las directivas en los procedimientos penales

139. Los procesados Berlusconi, Adelchi y Dell'Utri, así como el Gobierno italiano, se remiten al principio de legalidad penal. De este principio se deriva que a los procesados, en aplicación de las directivas sobre sociedades, no se les puede perseguir por delitos distintos de los previstos en los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, ni se les pueden aplicar sanciones distintas ni más duras que las establecidas en dicho Código. El Ministerio Fiscal de Milán y la Comisión, que han participado en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, opinan lo contrario.

a)

Principios desarrollados en la jurisprudencia

140. En la jurisprudencia ya se ha aclarado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones. (112)

141. Por un lado, la anterior constatación se deriva del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), (113) que forma parte de los principios generales del Derecho en que se basan las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado asimismo en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el artículo 15, apartado 1, primera frase, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (114) y en el artículo 49, apartado 1, primera frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (115) Con arreglo a este principio, que también prohíbe la interpretación extensiva de las leyes penales en perjuicio del inculpaado, la interpretación conforme con las directivas en el ámbito del procedimiento penal está sujeta a límites estrictos. (116)

142. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha basado la norma según la cual no se pueden invocar directamente las directivas para fundamentar o agravar la responsabilidad penal en el hecho de que una directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de un particular. (117)

143. Es cierto que el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer ha cuestionado recientemente en el asunto Pfeiffer el principio según el cual una directiva no puede crear obligaciones a cargo de los particulares, en el marco de la aplicación directa de las directivas a las relaciones entre dos particulares. (118) No obstante, él mismo ha indicado que en los procedimientos penales, en los que el particular se enfrenta al Estado, rigen otros

critérios. (119) En suma, sigue siendo indiscutido que el efecto directo de una directiva, en todo caso en el procedimiento penal, no puede tener como consecuencia que se impongan obligaciones a los particulares.

b)

Análisis de los principios en relación con los presentes asuntos

144. En los presentes asuntos no concurre ninguno de los motivos invocados por el Tribunal de Justicia para restringir el efecto de las directivas en el procedimiento penal.

145. No se vulnera el principio de legalidad penal, dado que la responsabilidad penal de los procesados en los procedimientos principales no se deriva en modo alguno de las directivas sobre sociedades y, por tanto, con independencia de una ley interna adoptada para su aplicación. (120) La culpabilidad de los procesados tampoco se deduce directamente del artículo 10 CE. El respeto del artículo 10 CE, así como de las exigencias de las directivas sobre sociedades, sólo entraña que las modificaciones legales que atenúan las penas y dificultan o excluyen la incoación de acciones penales, introducidas por el Decreto legislativo n° 61/02 tras la comisión de los hechos, deben quedar inaplicadas en su caso. En cambio, sigue siendo aplicable la ley nacional vigente en el momento de los hechos. En consecuencia, la culpabilidad de los procesados se determina con arreglo al Derecho nacional vigente en el momento de los hechos, es decir, el antiguo artículo 2621 del Codice Civile.

146. Por el contrario, no puede objetarse que el tipo penal anterior, establecido en el antiguo artículo 2621 del Codice Civile, «se ha extinguido» y no puede «surgir de nuevo» como consecuencia de su derogación mediante el Decreto legislativo n° 61/02, porque, debido a la obligación aún existente de prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, el Derecho comunitario impide al legislador nacional derogar sin más ni más una disposición sancionadora vigente sin sustituirla simultáneamente por otras sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. La prohibición de comprometer el resultado de una directiva (121) no sólo es aplicable antes de que venza el plazo para la adaptación del Derecho nacional, sino también, y con más razón, después. Por tanto, si un acto derogatorio, como el contenido en el Decreto legislativo n° 61/02, se opone a las exigencias del Derecho comunitario, dicho acto derogatorio también debe quedar inaplicado en los procedimientos principales. Si el propio acto derogatorio no se aplica, el antiguo artículo 2621 del Codice Civile no se «ha extinguido» en los presentes asuntos y no se plantea la cuestión de si puede «surgir de nuevo».

147. Pero aunque se admita que la ley penal anterior, es decir, el antiguo artículo 2621 del Codice Civile, ha sido derogada, esto no excluye en modo alguno que se siga aplicando dicho tipo penal a los hechos cometidos antes de su derogación. Precisamente es más coherente con el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) calificar un acto según la ley penal aplicable en el momento de su comisión. Por ejemplo, nadie dudaría seriamente de la aplicabilidad de una ley penal anterior, más favorable, en caso de que el legislador, entre tanto, hubiera agravado la responsabilidad penal. En el fondo, cuando en el presente asunto, en circunstancias inversas, se niega la aplicabilidad de la antigua ley penal, no se plantea tanto la cuestión de si se respeta el principio de legalidad penal, sino más bien, por el contrario, la cuestión de si se puede hacer una excepción a dicho principio en favor de una aplicación retroactiva de la ley penal posterior, más favorable. (122)

148. En un caso como el presente, no es de temer ninguna vulneración del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El Tribunal de Justicia también refuerza esta opinión en su sentencia Tombesi. (123) En cualquier caso, «[...] en el momento en que se produjeron los hechos que constituyen el objeto de los litigios principales podían ser sancionados con arreglo al Derecho nacional y [las disposiciones nacionales] que excluyeron la aplicación a los mismos de las sanciones resultantes del [Derecho nacional] entraron en vigor posteriormente. En estas circunstancias, no cabe preguntarse sobre las consecuencias que podrían derivarse del principio de legalidad de las penas respecto a la aplicación del Reglamento [...]».

149. Esta afirmación puede aplicarse íntegramente en el presente asunto. El asunto Tombesi, como, por lo demás, el asunto Niselli, (124) presenta los mismos aspectos sustanciales que los presentes asuntos. Ni en aquellos asuntos ni en estos se cuestiona en esencia la responsabilidad penal por las infracciones cometidas contra las disposiciones aplicables (disposiciones sobre residuos y Derecho de balances). En los presentes asuntos, como en aquéllos, se trata más bien de una modificación de elementos del supuesto de hecho que fundamentan la pena. Aquí como allí la modificación de las disposiciones nacionales tuvo como consecuencia que determinados actos no recibieron ninguna sanción cuando anteriormente estaban castigados. Mientras que en los presentes asuntos se introdujeron por primera vez determinados límites de tolerancia (umbrales), por debajo de los cuales no se castiga la falsedad en la información societaria, en los asuntos Tombesi y Niselli se definió de nuevo (y de modo más restrictivo) el concepto de residuos y, en consecuencia, la responsabilidad penal por determinadas infracciones. (125) Lo decisivo es que tanto en los presentes asuntos como en aquéllos los hechos estaban castigados con arreglo al Derecho nacional en el momento en que se cometieron.

150. Sólo con carácter complementario debe indicarse que en los presentes asuntos tampoco es necesaria una interpretación del Derecho nacional conforme con las directivas que amplíe los elementos del tipo penal, y que podría vulnerar la prohibición de interpretación extensiva en perjuicio de los procesados. Como ya se ha indicado, para fundamentar la responsabilidad penal –si no se aplica el Decreto legislativo n° 61/02– sólo es pertinente el antiguo artículo 2621 del Codice Civile, que, según los tribunales remitentes, ya en el momento de los hechos, castigaba sin lugar a dudas la falsedad en la información societaria como la que ha originado los procedimientos penales principales. Por tanto, no es necesario en absoluto interpretar de modo extensivo el Derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos delictivos para satisfacer las exigencias impuestas por las directivas sobre sociedades.

151. Finalmente, las directivas sobre sociedades y el artículo 10 CE no imponen, por sí mismos, en la presente situación ninguna obligación a los particulares. En cualquier caso, la cuestión de qué obligaciones recaen sobre los particulares siempre debe responderse con arreglo a la situación jurídica existente en el momento en el que se producen los hechos relevantes, puesto que sólo pueden imponerse obligaciones en relación con un comportamiento futuro. No pueden crearse o modificarse obligaciones (y, en su caso, prohibiciones) con carácter retroactivo. Cuando se cometieron los hechos que se imputan a los procesados en los procedimientos principales, éstos estaban sancionados según la ley nacional italiana, en particular con arreglo al antiguo artículo 2621 del Codice Civile: en el momento de los hechos, la sanción no se derivaba en modo alguno directamente de las directivas o del artículo 10 CE.

152. El asunto sólo podría juzgarse de otro modo si los hechos imputados se hubieran producido después de la adopción del Decreto legislativo n° 61/02. Sólo si no se aplicara el Decreto legislativo n° 61/02 a hechos cometidos después de su adopción podría afirmarse que la aplicación de una directiva o del artículo 10 CE

establece obligaciones directamente. No obstante, en el presente asunto no es necesario profundizar en este aspecto porque, como ya se ha indicado, todos los delitos imputados a los procesados se produjeron sin excepción *antes* de la adopción del Decreto legislativo n° 61/02. Por tanto, los procesados no podían confiar, en el momento de los hechos, en que las infracciones que se les imputan se castigarían de modo más leve que el previsto en el antiguo artículo 2621 del Codice Civile o que no serían sancionados en absoluto.

153. Por todos estos motivos, en el presente asunto el principio de legalidad penal no se opone en modo alguno a la no aplicación del Decreto legislativo n° 61/02. La consideración de las directivas sobre sociedades y del artículo 10 CE no entraña el nacimiento de obligaciones para los procesados, sino que, como máximo, les afecta negativamente de modo indirecto. Pero esto no exime al juez nacional de su obligación, derivada de los artículos 249 CE, párrafo tercero, y 10 CE, de hacer cumplir las exigencias derivadas de las directivas. (126)

3.

Sobre la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable

154. En opinión de los procesados Berlusconi y Dell'Utri, así como del Gobierno italiano, en los procedimientos principales deben aplicarse en todo caso con carácter retroactivo los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile, introducidos por el Decreto legislativo n° 61/02, en tanto que leyes penales más favorables. El Ministerio Fiscal de Milán y la Comisión opinan lo contrario.

155. En su jurisprudencia inicial, el Tribunal de Justicia consideraba que el problema de la aplicabilidad retroactiva de las leyes penales más favorables era una cuestión de Derecho nacional que debían apreciar los tribunales remitentes. (127) Así, por ejemplo, en el asunto Allain, (128) reconoció que un comportamiento que en un principio era contrario al Derecho comunitario y, por tanto, estaba sancionado con arreglo al Derecho nacional, podía ser juzgado de nuevo, con arreglo a los principios procesales nacionales (en particular el principio de aplicación de la ley penal más favorable) cuando se hubiera modificado con posterioridad la situación fáctica y jurídica.

156. No obstante, el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no sólo está consagrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de casi todos los 25 Estados miembros, (129) sino que también está reconocido en el Derecho internacional. (130) Además, desde hace algún tiempo también se ha ido incorporando al Derecho comunitario derivado, como por ejemplo en las normas sobre las sanciones administrativas por irregularidades en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad. (131) Además, este principio también se ha recogido en el artículo 49, apartado 1, tercera frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

157. De todo lo anterior se deriva que este principio en modo alguno debe considerarse únicamente un principio del Derecho nacional, sino también un principio general del Derecho comunitario, (132) que el juez nacional debe tener en cuenta cuando aplica el Derecho nacional adoptado para dar cumplimiento a las directivas sobre sociedades. (133)

158. No obstante, con esta constatación aún no queda aclarado si las leyes penales más favorables también deben aplicarse con efecto retroactivo *cuando son contrarias al Derecho comunitario*. Es decir, ¿son aplicables con efecto retroactivo disposiciones como las de los nuevos artículos 2621 y 2622 del Codice Civile a hechos cometidos antes de su adopción incluso cuando infringen las directivas sobre sociedades? Para responder a esta cuestión es conveniente examinar más detenidamente cuáles son los motivos de la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables.

159. La aplicación de leyes penales posteriores, más favorables, constituye una excepción al principio fundamental de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que ya se ha expuesto antes, cuando se aplica efectivamente una ley distinta a la vigente en el momento de los hechos.

160. Esta excepción se basa, en suma, en motivos de equidad, que no pueden tener el mismo alto rango que el motivo que justifica el principio de legalidad penal, a saber, el principio de seguridad jurídica que se deriva del principio del Estado de Derecho. Por ello el principio de aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables tampoco tiene rango constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que sólo está consagrado en disposiciones legales. Además, dicho principio también está sometido a su vez con frecuencia a restricciones, por ejemplo, cuando la responsabilidad penal por los hechos se deriva de una ley vigente que tiene una aplicación temporal desde un principio. (134)

161. La aplicación retroactiva de leyes penales más favorables se basa en la idea de que un procesado no debe ser condenado por un comportamiento que en la opinión (modificada) del legislador en el momento del procedimiento penal ya no es merecedora de un castigo. De este modo, el procesado debe poder beneficiarse de los nuevos valores introducidos por las leyes. Así, se garantiza, en especial, la coherencia del ordenamiento jurídico. Además, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable tiene en cuenta la circunstancia de que la finalidad de las leyes penales que consiste en la prevención general e individual desaparece tan pronto como el comportamiento de que se trate ya no esté castigado con una pena.

162. No obstante, en un asunto que tenga relación con el Derecho comunitario, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable sólo está justificada cuando quede garantizada la primacía del Derecho comunitario, es decir, cuando también se tengan en cuenta los valores del legislador comunitario y los (nuevos) criterios del legislador nacional sean conformes con las exigencias del legislador comunitario. No existe ningún motivo que justifique que el particular pueda beneficiarse con carácter retroactivo de la nueva valoración del legislador nacional sobre el carácter punible de su comportamiento cuando dicha valoración es contraria a las exigencias del Derecho comunitario que siguen vigentes sin modificación alguna. (135)

163. Si el legislador nacional infringe las exigencias del Derecho comunitario al adoptar una nueva ley penal más favorable, no fomenta en modo alguno la coherencia de las disposiciones aplicables. Más bien pone en peligro la unidad del sistema. En tal caso no existe ninguna razón para hacer una excepción a un principio fundamental del Estado de Derecho como el principio de legalidad penal. Por el contrario, el respeto a la coherencia del ordenamiento jurídico exige que se garantice la aplicación efectiva del Derecho comunitario que goza de primacía.

164. Por supuesto, tampoco desaparece la finalidad de las leyes penales que consiste en la prevención general e individual cuando un comportamiento solamente en opinión del legislador nacional no debe ser sancionado mientras que para el mismo comportamiento, desde la perspectiva del Derecho comunitario, deben prevverse sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

165. En la medida en que las disposiciones nacionales sean incompatibles con el Derecho comunitario, los tribunales remitentes siguen teniendo la obligación de garantizar la efectiva aplicación de las normas previstas

en las directivas sobre sociedades dejando sin aplicar dichas disposiciones nacionales, aunque sean leyes penales más favorables. Sintetizando se podría afirmar que una ley penal adoptada posteriormente y contraria al Derecho comunitario no constituye una ley penal más favorable *aplicable*.

166. Por lo demás, tampoco podría llegarse a una conclusión distinta si se considerase –en contra de la opinión aquí defendida– (136) que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es un principio del Derecho comunitario, sino exclusivamente una cuestión del Derecho nacional, porque el Derecho comunitario también restringe las competencias de los Estados miembros en relación con la aplicación de las normas nacionales. (137) Del principio de primacía del Derecho comunitario se deriva que los tribunales remitentes deben respetar el Derecho comunitario en los procedimientos penales pendientes y, en particular, las exigencias y valores del legislador comunitario formulados en las directivas sobre sociedades. (138)

167. Por tanto, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable previsto en el Derecho nacional no puede poner en peligro la aplicación efectiva y uniforme en todos los Estados miembros de las directivas sobre sociedades. Dicho principio no puede tener en ningún caso como consecuencia que un comportamiento sancionable en el momento de los hechos quede impune con carácter retroactivo y de modo contrario a las exigencias del Derecho comunitario.

168. Tampoco los argumentos del Tribunal de Justicia en la sentencia Allain (139) se oponen a la postura defendida en las presentes conclusiones. Al contrario que en el presente caso, en el asunto Allain se había modificado con posterioridad a favor del procesado el marco de los hechos y del *Derecho comunitario*. Cabe afirmar lo mismo de los asuntos Awoyemi, y Skanavi y Chryssanthakopoulos, en los que también se había modificado el *Derecho comunitario*. (140) Estas situaciones no pueden compararse con aquellas en que se introduce posteriormente a *escala nacional* una normativa que favorece al procesado *pero que es contraria al Derecho comunitario*.

4.

Consecuencia

169. Por tanto, y en suma, debe declararse que los tribunales de los Estados miembros están obligados a hacer cumplir las exigencias de una directiva, sin que sea necesario dirigirse previamente al Tribunal Constitucional nacional, dejando sin aplicar una ley penal más favorable, adoptada después de los hechos, en la medida en que dicha ley sea incompatible con la directiva.

V.

#### Conclusión

170. Sobre la base de las consideraciones anteriores propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Tribunale di Milano y por la Corte di Appello di Lecce:

1)

El artículo 6, primer guión, de la Directiva 68/151/CEE, Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, en relación con los artículos 2, apartado 3, y 47, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 78/660/CEE, Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978, y con el artículo 10 CE, obliga a los Estados miembros a establecer sanciones apropiadas no sólo en caso de que no se publiquen las cuentas anuales, sino también en caso de que se publiquen con un contenido falso.

2)

Las medidas sancionadoras son apropiadas, en el sentido del artículo 6 de la Primera Directiva, cuando son efectivas, proporcionadas y disuasorias. En este contexto, no sólo debe atribuirse especial importancia a los intereses de los socios y los acreedores, sino también a los intereses de los demás terceros y a la protección de su confianza en la representación fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. La cuestión de si una disposición nacional establece una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria debe examinarse, en cada caso en el que se plantee, teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del sistema jurídico en su conjunto, incluido el desarrollo del procedimiento y sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales.

3)

Es cierto que el artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 3, y con el artículo 47, apartado 1, primer párrafo, de la Cuarta Directiva, no se opone a una norma nacional que no castigue la falsedad en la información societaria cuando los hechos no modifiquen sustancialmente la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades, a no ser que los hechos se hayan cometido dolosamente, así como con intención de engaño y ánimo de lucro.

No obstante, las mismas disposiciones se oponen a una norma nacional que –sin apreciar globalmente todas las circunstancias del caso concreto– no castiga en ningún caso la falsedad en la información societaria cuando los datos falsos o las omisiones produzcan una variación no superior a un determinado porcentaje en relación con el valor correcto.

4)

El artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 3, y con el artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva, se opone a una norma sobre la prescripción conforme a la cual, en la práctica, no quepa esperar, o sólo en raras ocasiones, que se impongan efectivamente las sanciones previstas.

5)

El artículo 6, primer guión, de la Primera Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 3, y con el artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva, no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual normalmente sólo puedan imponerse sanciones, para proteger los intereses patrimoniales de determinadas personas, tras la presentación de una querrela por el perjudicado. No obstante, es necesario que, junto con esta posibilidad, exista una disposición general que prevea sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para proteger los intereses de los terceros, con independencia de que se les cause un daño patrimonial, y que puedan imponerse de oficio.

6)

El artículo 38, apartado 6, en relación con su apartado 1 y con el artículo 16, apartado 3, de la Directiva 83/349/CEE, Séptima Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983, aplicable a las cuentas consolidadas, debe interpretarse de modo análogo.

- 7) Los tribunales de los Estados miembros están obligados a hacer cumplir las exigencias de una directiva, sin que sea necesario dirigirse previamente al Tribunal Constitucional nacional, dejando sin aplicar una ley penal más favorable, adoptada después de los hechos, en la medida en que dicha ley sea incompatible con la directiva.
- 
- 1 – Lengua original: alemán.
- 
- 2 – DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3. El artículo 58 del Tratado CEE es actualmente el artículo 48 CE.
- 
- 3 – DO L 222, p. 11; EE 17/01, p. 55. El artículo 54, apartado 3, del Tratado CEE es actualmente el artículo 44 CE, apartado 2.
- 
- 4 – Véase el artículo 1 de la Primera Directiva y el artículo 1, apartado 1, de la Cuarta Directiva.
- 
- 5 – DO L 193, p. 1; EE 17/01, p. 119. El artículo 54, apartado 3, del Tratado CEE es actualmente el artículo 44 CE, apartado 2.
- 
- 6 – La última modificación de las Directivas Primera, Cuarta y Séptima se encuentra en el anexo II, título 4, del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (DO 2003, L 236, p. 338). No obstante, las disposiciones pertinentes en los presentes procedimientos prejudiciales ya se encontraban, en la medida en que no se indique lo contrario en lo sucesivo, en la versión original de las directivas. En los presentes asuntos, por motivos temporales, tampoco es necesario tener en cuenta las modificaciones de la Primera Directiva realizadas mediante el artículo 1 de la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003 (DO L 221, p. 13).
- 
- 7 – Cuarta Directiva, en la versión correspondiente a la Directiva 90/605/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, relativas, respectivamente, a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas, en lo relativo a su ámbito de aplicación (DO L 17, p. 60; en lo sucesivo, «Directiva 90/605»).
- 
- 8 – Decreto legislativo.
- 
- 9 – El Decreto legislativo está publicado en GURI, n° 88, de 15 de abril de 2002, p. 4. Se basa en una habilitación parlamentaria prevista en el artículo 11 de la Ley n° 366, de 3 de octubre de 2001 (GURI n° 234, de 8 de octubre de 2001).
- 
- 10 – Código civil italiano.
- 
- 11 – Véase el apartado 42 de la petición de decisión prejudicial en el asunto C-391/02.
- 
- 12 – Como afirma la Corte di Appello di Lecce en los apartados 19 y 20 de su petición de decisión prejudicial en el asunto C-391/02 remitiéndose a la sentencia n° 6889 de la Corte Suprema di Cassazione italiana, Sala Quinta, de 20 de febrero de 2001.
- 
- 13 – Como indica expresamente el Tribunale di Milano en su petición de decisión prejudicial en el asunto C-403/02.
- 
- 14 – GURI n° 140, de 19 de junio de 2001.
- 
- 15 – Que se trata de *sanciones destinadas a las sociedades* se deriva del título del artículo 3 del Decreto legislativo n° 61/02, así como del sistema general del Decreto legislativo n° 231/01, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones incluso sin personalidad jurídica («responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica»).
- 
- 16 – Código Penal italiano

- 
- 17 – En los procedimientos principales no se trata de empresas cotizadas en Bolsa (en el momento de los hechos) ni de infracciones en perjuicio del Estado, de otras entidades públicas o de las Comunidades Europeas.
- 
- 18 – También denominadas, en lenguaje coloquial, «Caja B».
- 
- 19 – Como se deduce tanto de los autos del procedimiento principal, como de los datos complementarios facilitados por el procesado Berlusconi, la acusación se basa además en otros supuestos penales, como el antiguo artículo 2640 del Codice Civile.
- 
- 20 – Véase también DO 2003, C 19, p. 10.
- 
- 21 – El resultado económico del ejercicio, antes de impuestos, no varió en más del 5 % y el patrimonio neto no varió en más del 1 % (véase el nuevo artículo 2621, párrafo tercero, del Codice Civile).
- 
- 22 – Como indica el procesado Dell’Utri en sus observaciones escritas con carácter complementario, en su caso se trata de la imputación de irregularidades contables en los balances de la empresa Publitalia ‘80 SpA, que prestó servicios como «concessionaria di pubblicità» para el grupo Fininvest y de la que era presidente. La acusación se basa, entre otros, en la imputación de la creación de cajas B («reservas secretas»).
- 
- 23 – Ministerio Fiscal ante el Tribunale di Appello di Lecce.
- 
- 24 – Ministerio Fiscal de Milán.
- 
- 25 – Para facilitar la lectura del texto se empleará, en lo sucesivo, esta expresión como concepto que engloba a las Directivas Primera, Cuarta y Séptima.
- 
- 26 – Véanse la sentencia de 25 de marzo de 2004, Ribaldi (asuntos acumulados C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00, C-498/00 y C-499/00, aún no publicada en la Recopilación), apartado 73; el auto de 11 de febrero de 2004, Cannito y otros (asuntos acumulados C-438/03, C-439/03, C-509/03 y C-2/04, aún no publicado en la Recopilación), apartados 6 a 8, con otras referencias, y la sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (asuntos acumulados C-320/90 a C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 6.
- 
- 27 – Véanse, por ejemplo, el auto Cannito y otros (en particular, apartados 9 y 10) y la sentencia Telemarsicabruzzo (en particular, apartados 8 y 9), ambos citados en la nota 26.
- 
- 28 – Por ejemplo, la declaración de nulidad del acuerdo en el que se aprueba el balance de la sociedad.
- 
- 29 – Según las indicaciones de los tribunales remitentes, la cuestión de constitucionalidad podría tener por objeto, entre otras, la cuestión de si el Decreto legislativo n° 61/02 es inconstitucional debido a que el legislador ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario.
- 
- 30 – Véanse, a este respecto, los puntos 131 y siguientes de las presentes conclusiones.
- 
- 31 – Para más detalles, véanse los puntos 132 y siguientes de las presentes conclusiones.
- 
- 32 – Sentencias Ribaldi (citada en la nota 26), apartado 72, de 7 de enero de 2003, BIAO (C-306/99, Rec. p. I-1), apartados 88 y 89, de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartados 38 y 39, y de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 59 a 61.
- 
- 33 – Sentencia n° 161/2004 de la Corte costituzionale, de 26 de mayo/1 de junio de 2004.
- 
- 34 –

El artículo 117, apartado 1, de la Constitución italiana establece que el poder legislativo del Estado y de las Regiones debe ejercerse respetando lo dispuesto en la Constitución y las obligaciones derivadas del Derecho comunitario y de los tratados internacionales.

---

35 –

Auto nº 165/2004 de la Corte costituzionale, de 26 de mayo/1 de junio de 2004.

---

36 –

Sólo con carácter marginal quiero indicar que el Tribunal de Justicia siempre ha declarado hasta la fecha la admisibilidad de las resoluciones de remisión presentadas en situaciones similares. Véanse las sentencias de 26 de septiembre de 1996, Allain (C-341/94, Rec. p. I-4631), apartados 12 y 13, y de 25 de junio de 1997, Tombesi y otros (asuntos acumulados C-304/94, C-330/94, C-342/94 y C-224/95, Rec. p. I-3561), apartados 39 y 40, y el auto de 15 de enero de 2004, Saetti y Frediani (C-235/02, aún no publicado en la Recopilación), apartado 26. Véanse, además, los puntos 25 a 27 de mis conclusiones de 10 de junio de 2004 en el asunto Niselli (C-457/02, aún no publicadas en la Recopilación).

---

37 –

Sobre el concepto y el contenido de las cuentas anuales, véase el artículo 2, apartado 1, de la Cuarta Directiva. En lo sucesivo se empleará el concepto de «cuentas anuales» para simplificar.

---

38 –

Así se indica expresamente en la primera cuestión prejudicial en los asuntos C-387/02 y C-403/02. La resolución de remisión en el asunto C-391/02 ya parte en su apartado 35 de que también deben preverse sanciones apropiadas en caso de que se publiquen cuentas anuales con contenido falso.

---

39 –

El artículo 38, apartado 6, de la Séptima Directiva prevé una regulación similar respecto a las cuentas consolidadas de los grupos de empresas.

---

40 –

Véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2003, Granarolo (C-294/01, aún no publicada en la Recopilación), apartado 34, con otras referencias.

---

41 –

A este respecto, véase también la sentencia BIAO (citada en la nota 32), apartados 72 y siguientes; véanse, además, las sentencias de 14 de septiembre de 1999, DE + ES Bauunternehmung (C-275/97, Rec. p. I-5331), apartados 26 y 27, y de 27 de junio de 1996, Tomberger (C-234/94, Rec. p. I-3133), apartado 17, corregida mediante auto del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1997, no publicado en la Recopilación. En relación con las cuentas consolidadas se deduce lo mismo del artículo 16, apartado 3, en relación con el considerando quinto de la Séptima Directiva.

---

42 –

Sentencias de 4 de diciembre de 1997, Daihatsu Deutschland (C-97/96, Rec. p. I-6843), apartado 14, y de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania (C-191/95, Rec. p. I-5449), apartado 66.

---

43 –

El artículo 47, apartado 1, párrafo primero, de la Cuarta Directiva se remite expresamente a la Primera Directiva. A su vez, la Primera Directiva ya anuncia en su artículo 2, apartado 1, letra f), la adopción de una directiva relativa a la coordinación del contenido de los balances y de las cuentas de pérdidas y ganancias, que se materializó en la Cuarta Directiva.

---

44 –

En relación con la falta de información de los terceros sobre la situación contable y financiera de las sociedades, véase también la sentencia Daihatsu Deutschland (citada en la nota 42), apartado 22. El Abogado General Cosmas también destaca en el punto 32 de sus conclusiones de 5 de junio de 1997 en el asunto en el que recayó la sentencia de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania (C-191/95, Rec. pp. I-5449 y ss., especialmente p. I-5452), que la obligación de publicar las cuentas anuales «tiene por objeto informar a aquellas personas que no conocen suficientemente la situación de la sociedad y sus entresijos, precisamente para que juzguen si deben entrar en cualquier relación jurídica con ella».

---

45 –

La relevancia de las directivas adoptadas con arreglo al artículo 44 CE, apartado 2, letra g), para la realización del mercado interior también es destacada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Daihatsu Deutschland (citada en la nota 42), apartado 18; de modo similar, sentencia de 12 de noviembre de 1974, Haaga (32/74, Rec. p. 1201), apartado 6.

---

46 –

La gran importancia de la exactitud de las cuentas anuales, no sólo para los socios y los acreedores, sino también para los mercados financieros y la economía en general, también se destaca, por ejemplo, en el Informe, publicado en Bruselas el 4 de noviembre de 2002, de un grupo de expertos de alto nivel que, a instancia de la Comisión, ha presentado recomendaciones sobre el Derecho de sociedades europeo: *Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa*, págs. 71 y

72, sección 4.3, primer párrafo: se puede consultar (20 de julio de 2004) en <[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/company/company/modern/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/index.htm)>.

---

47 –

De modo similar se expresa –aunque sólo respecto a las sanciones por la *falta de publicación* de las cuentas anuales– el Abogado General Cosmas en sus conclusiones de 5 de junio de 1997 en el asunto C-191/95 (citadas en la nota 44), punto 30.

---

48 –

El artículo 47, apartado 1 *bis*, de la Cuarta Directiva fue introducido por la Directiva 90/605.

---

49 –

Sentencia de 16 de diciembre de 1997, Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» (C-104/96, Rec. p. I-7211), en particular, apartados 22 a 25.

---

50 –

Sentencia Rabobank (citada en la nota 49), apartados 25 a 27.

---

51 –

Jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia (68/88, Rec. p. 2965), apartado 23. Véanse, también, la sentencia Allain (citada en la nota 36), apartado 24, así como las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art (C-167/01, Rec. p. I-10155), apartado 62, y de 15 de enero de 2004, Penycoed (C-230/01, aún no publicada en la Recopilación), apartado 36.

---

52 –

Véanse, en particular, la segunda cuestión prejudicial en los asuntos C-387/02 y C-403/02 y la primera cuestión prejudicial en el asunto C-391/02.

---

53 –

Véase a este respecto, en particular, la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-391/02.

---

54 –

Véase, a este respecto, la fundamentación de la segunda cuestión prejudicial en los asuntos C-387/02 y C-403/02 y de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-391/02.

---

55 –

Véanse, a este respecto, las cuestiones prejudiciales quinta y sexta en el asunto C-391/02 y la tercera cuestión prejudicial en el asunto C-403/02.

---

56 –

Véase, a este respecto, la tercera cuestión prejudicial en el asunto C-387/02 y las cuestiones segunda, tercera y cuarta en el asunto C-391/02.

---

57 –

En esta dirección se dirige, por ejemplo, la primera parte de la tercera cuestión prejudicial en el asunto C-403/02.

---

58 –

Jurisprudencia reiterada, véanse, por ejemplo, la sentencia Tombesi (citada en la nota 36), apartado 36, así como las sentencias de 9 de septiembre de 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389), apartado 43, de 3 de mayo de 2001, Verdonck y otros (C-28/99, Rec. p. I-3399), apartado 28, y de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros (C-292/92, Rec. p. I-6787), apartado 8. De modo similar, la sentencia Inspire Art (citada en la nota 51), apartado 63.

---

59 –

Jurisprudencia reiterada desde la sentencia Comisión/Grecia (citada en la nota 51), apartados 23 y 24. Véanse, también, las sentencias Allain (citada en la nota 36), apartado 24, e Inspire Art (citada en la nota 51), apartado 62.

---

60 –

Véase el segundo considerando de la Primera Directiva y el primer considerado de la Cuarta Directiva, así como las consideraciones en los puntos 72 a 75 de las presentes conclusiones.

---

61 –

Este último aspecto es destacado por el Abogado General Van Gerven en el punto 8 de sus conclusiones de 5 de diciembre de 1989 en el asunto Hansen (C-326/88, Rec. p. I-2911). En su opinión, *efectiva* significa «entre otras cosas, que los Estados miembros han de esforzarse por alcanzar y aplicar los fines de las correspondientes normas de Derecho comunitario».

---

62 –

Véanse las sentencias de 7 de enero de 2004, Delena Wells (C-201/02, aún no publicada en la Recopilación), apartado 67, con más referencias, y de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 12.

---

63 –

Véanse, por ejemplo, las sentencias de 26 de junio de 2003, Comisión/España (C-404/00, Rec. p. I-6695), apartado 24, de 16 de julio de 1998, Oelmühle Hamburg y Schmidt Söhne (C-298/96, Rec. p. I-4767), apartado 24, y de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor y otros (asuntos acumulados 205/82 a 215/82, Rec. p. 2633), apartado 19.

---

64 –

De modo similar se expresa el Abogado General Van Gerven en el punto 8 de sus conclusiones de 5 de diciembre de 1989 en el asunto Hansen (citado en la nota 61): «“Disuasorias” y “proporcionales” significa que el rigor de las sanciones ha de ser suficiente, pero no desproporcionado, a la vista de los fines perseguidos.»

---

65 –

Sentencia de 18 de octubre de 2001, Comisión/Irlanda (C-354/99, Rec. p. I-7657), apartado 47; además, punto 27 de las conclusiones del Abogado General Geelhoed, de 5 de abril de 2001 (Rec. p. I-7600). Véanse, también, las sentencias de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido (C-383/92, Rec. p. I-2435), apartados 56 a 58, y Comisión/Reino Unido (C-383/92, Rec. p. I-2479), apartados 41 y 42.

---

66 –

Sobre el principio de proporcionalidad véanse, por ejemplo, las sentencias de 3 de julio de 2003, Lennox (C-220/01, Rec. p. I-7091), apartado 76, de 12 de marzo de 2002, Omega Air y otros (asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. p. I-2569), apartado 62, y de 11 de julio de 1989, Schröder (265/87, Rec. p. 2237), apartado 21. Véase también la sentencia de 23 de enero de 1997, Pastoors y Trans-Cap. (C-29/95, Rec. p. I-285), apartados 24, última frase, y 25 a 28.

---

67 –

En este sentido – en relación con la compatibilidad de disposiciones procesales nacionales con el principio de efectividad – existe jurisprudencia reiterada: véanse, por ejemplo, la sentencia Peterbroeck (citada en la nota 62), apartado 14, así como las sentencias de 10 de abril de 2003, Steffensen (C-276/01, Rec. p. I-3735), apartado 66, de 27 de febrero de 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877), apartado 56, y de 21 de noviembre de 2002, Codifis (C-473/00, Rec. p. I-10875), apartado 37.

---

68 –

Véase también, en este sentido, la jurisprudencia citada en la nota 41.

---

69 –

El artículo 16 de la Séptima Directiva establece disposiciones similares en relación con las cuentas consolidadas.

---

70 –

SEC Staff Accounting Bulletin No. 99, 17 CFR Part 211 [Release No. SAP 99], de 12 de agosto de 1999, disponible (el 13 de julio de 2004) en < [www.sec.gov/interps/account/sab99.htm](http://www.sec.gov/interps/account/sab99.htm) >. En opinión de la Administración de la SEC: «Exclusive reliance on certain quantitative benchmarks to assess materiality in preparing financial statements and performing audits of those financial statements is inappropriate; misstatements are not immaterial simply because they fall beneath a numerical threshold.» Por lo demás, como uno de los múltiples criterios para apreciar si una modificación mínima desde un punto de vista cuantitativo puede ser, no obstante, significativa desde una perspectiva cualitativa, se indica: «whether the misstatement involves concealment of an unlawful transaction». También el carácter doloso de la falsedad de un dato puede ser relevante para su apreciación: «In certain circumstances, intentional immaterial misstatements are unlawful.»

---

71 –

Como indica el procesado Berlusconi en sus observaciones escritas.

---

72 –

Reglamento (CE) n° 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DO L 10, p. 30).

---

73 –

Véanse los considerandos quinto y séptimo del reglamento de exención por categorías (citado en la nota 72).

---

74 –

Véase la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), DO 2001, C 368, p. 13.

---

75 –

En comparación, la infracción prevista en el antiguo artículo 2621 del Codice Civile prescribía a los diez años. En caso de interrupción del plazo, la prescripción se producía, en total, a los quince años (véase el punto 42 de la resolución de remisión en el asunto C-391/02).

---

76 –

Sentencia de 24 de junio de 2004, Handlbauer (C-278/02, aún no publicada en la Recopilación), apartado 40 (corregida mediante auto del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2004, no publicado en la Recopilación).

---

77 –

Artículo 3 del Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO L 312, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento nº 2988/95»).

---

78 –

Artículos 25 y 26 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1). También existe una disposición sobre plazos similar a la prescripción en el artículo 15 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83, p. 1). No obstante, debe destacarse que los plazos previstos en el artículo 25, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003 y en el artículo 15, apartado 2, cuarta frase, del Reglamento nº 659/1999 quedan suspendidos mientras que esté pendiente un procedimiento judicial.

---

79 –

También se encuentran consideraciones similares en otro contexto, a saber, en la jurisprudencia relativa a la aplicabilidad de determinados plazos procesales del Derecho nacional a hechos que tengan relación con el Derecho comunitario. En estos casos, el Tribunal de Justicia permite en principio el establecimiento de plazos (de carácter preclusivo). No obstante, de conformidad con el principio de efectividad del Derecho comunitario, tales plazos no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el cumplimiento del Derecho comunitario. Véanse, a este respecto, las sentencias de 15 de septiembre de 1998, Edis (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartados 34 y 35, y de 17 de junio de 2004, Recheio- Cash & Carry (C-30/02, aún no publicada en la Recopilación), apartados 17 y 18.

---

80 –

Véanse también los puntos 88 y 89 de las presentes conclusiones.

---

81 –

En caso de que los tribunales remitentes también quisieran basarse en estadísticas para apreciar el sistema de prescripción italiano, como propone el procesado Berlusconi, tendrían que asegurarse de que tales estadísticas *sean pertinentes*, es decir, que se refieran específicamente a los tipos penales objeto de litigio en los presentes asuntos y que permitan una comparación entre los efectos de la prescripción con arreglo a la antigua y a la nueva normativa.

---

82 –

Firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma.

---

83 –

DO 2000, C 364, p. 1. Aunque dicha Carta aún no tiene efectos vinculantes comparables a los del Derecho comunitario primario, sí informa, por lo menos como fuente de conocimiento jurídico, sobre los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario. Véase, en este sentido, el punto 51 de las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, de 29 de junio de 2004, en el asunto C-181/03 P (Nardone, aún no publicadas en la Recopilación); el punto 126 de las conclusiones del Abogado General Mischo, de 20 de septiembre de 2001, en los asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00 (Booker Aquaculture e Hydro Seafood, Rec. p. I-7415), el punto 28 de las conclusiones del Abogado General Tizzano, de 8 de febrero de 2001, en el asunto C-173/99 (BECTU, Rec. p. I-4883), así como los puntos 82 y 83 de las conclusiones del Abogado General Léger, de 10 de julio de 2001, en el asunto C-353/99 P (Hautala, Rec. p. I-9567).

---

84 –

Sentencias de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), en particular, apartados 21, 29 y 47, y de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros (asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375), en particular, apartado 187.

---

85 –

Sentencia citada en la nota 42, apartado 23; véase también la sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 42), apartado 67, y el auto de 23 de septiembre de 2004, Springer y Weske (asuntos acumulados C-435/02 y C-103/03, aún no publicado en la Recopilación), apartados 28 a 35.

---

86 –

Puntos 67 a 81 de las presentes conclusiones.

---

87 –

Véanse los puntos 93 a 104 y 106 a 111 de las presentes conclusiones.

---

88 –

En este contexto, los procesados Berlusconi, Dell'Utri y otros se refieren a los artículos 2393 y 2395 del Codice Civile.

- 89 – En este contexto, por ejemplo, los procesados Berlusconi y Dell’Utri se remiten al artículo 2379 y al nuevo artículo 2434 *bis* del Codice Civile.
- 
- 90 – En este contexto varias partes se remiten al nuevo artículo 25 *ter* del Decreto legislativo n° 231/01 (introducido mediante el Decreto legislativo n° 61/02).
- 
- 91 – En este contexto se hace una remisión al nuevo artículo 2630 del Codice Civile.
- 
- 92 – En este contexto, por ejemplo, los procesados Berlusconi, Dell’Utri y otros se remiten a los artículos 2409 *bis* a 2409 *septies* del Codice Civile, introducidos mediante el Decreto legislativo n° 6 de 17 de enero de 2003 (GURI n° 17, de 22 de enero de 2003).
- 
- 93 – Véanse los puntos 85 a 87 de las presentes conclusiones.
- 
- 94 – Sentencia de 2 de octubre de 1991, Vandevenne y otros (C-7/90, Rec. p. I-4371), apartado 17, a este respecto, véase el punto 8 de las conclusiones del Abogado General Van Gerven, de 19 de febrero de 1991. De modo similar, la sentencia de 12 de septiembre de 1996, Gallotti y otros (asuntos acumulados C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95, Rec. p. I-4345), apartados 14 y 15.
- 
- 95 – Véase, en este sentido, por ejemplo, la sentencia Inspire Art (citada en la nota 51), apartados 62 y 63. Véase también el punto 91 de las presentes conclusiones.
- 
- 96 – Véanse, a este respecto, los puntos 115 a 117 de las presentes conclusiones con referencia a las sentencias Daihatsu Deutschland y Comisión/Alemania (ambas citadas en la nota 42).
- 
- 97 – A esta posibilidad se remiten los procesados Berlusconi y Dell’Utri en sus observaciones escritas. En su contra, el Ministerio Fiscal de la Corte di Appello di Lecce destaca en sus observaciones escritas que, por ejemplo, en relación con las empresas cotizadas en Bolsa no todos los terceros pueden solicitar esta anulación. También los procesados Berlusconi y Dell’Utri mencionan en sus escritos algunas restricciones del derecho de impugnación de los terceros (véase, por ejemplo, el artículo 2434 *bis* del Codice Civile).
- 
- 98 – Como indicó el Abogado General Cosmas en el punto 33 de sus conclusiones de 5 de junio de 1997 en el asunto C-191/95 (citado en la nota 44), las personas legitimadas para presentar una solicitud no siempre están interesadas en iniciar el oportuno procedimiento.
- 
- 99 – En la versión del Decreto legislativo n° 61/02. Tanto el procesado Berlusconi como Dell’Utri se remiten expresamente a esta disposición.
- 
- 100 – Véanse también los artículos 5 y 6 del Decreto legislativo n° 231/01.
- 
- 101 – Puntos 67 a 81 de las presentes conclusiones.
- 
- 102 – Véase, a este respecto, el artículo 51 de la Cuarta Directiva y el artículo 37 de la Séptima Directiva. Véanse, además, los artículos 23 a 27 de la Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, Octava Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (DO L 126, p. 20, cuya última modificación se encuentra en el anexo XXII del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, DO 1994, L 1, p. 517). El artículo 54, apartado 3, del Tratado CE corresponde al artículo 44 CE, apartado 2.
- 
- 103 – De modo más claro que en la versión alemana de esta disposición («Maßregeln»), la versión francesa, por ejemplo, se refiere a «sanctions appropriées», la italiana a «adeguate sanzioni», la española a «sanciones apropiadas», la portuguesa a «sanções apropriadas», la neerlandesa a «passende sancties» y la inglesa a «appropriate penalties».
- 
- 104 – En la vista, el Ministerio Fiscal de Lecce indicó, por ejemplo, que la pena que consiste en la prohibición del ejercicio de la profesión para los administradores de empresas sólo se impone en relación con un delito (delitto).

- 
- 105 – Sobre el mismo problema, véanse mis conclusiones en el asunto Niselli (citado en la nota 36), puntos 52 a 75.
- 
- 106 – En este sentido se remiten al artículo 3 de la Constitución italiana (principio de igualdad de trato), así como a los artículos 11 y 117 de la Constitución italiana (obligaciones de Italia derivadas del Derecho internacional, en particular del Derecho comunitario). Véase también a este respecto la nota 34.
- 
- 107 – Jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. p. 1253, en especial 1269 y 1270).
- 
- 108 – Sentencia de 9 de marzo de 1978, Staatliche Finanzverwaltung / Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartados 21 a 23. Véanse también las sentencias de 19 de junio de 1990, Factortame (C-213/89, Rec. p. I-2433), apartado 20, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 32.
- 
- 109 – Sentencia Simmenthal (citada en la nota 108), apartado 24 (la cursiva es de la autora). Véanse también las sentencias de 8 de junio de 2000, Carra y otros (C-258/98, Rec. p. I-4217), apartado 16, y de 18 de septiembre de 2003, Morellato (C-416/00, Rec. p. I-9343), apartados 43 y 44.
- 
- 110 – Sentencia de 24 de junio de 1969, Milch-, Fett- y Eierkontor/Hauptzollamt Saarbrücken (29/68, Rec. p. 165), apartados 2 y 3. Véanse también la sentencia de 3 de febrero de 1977, Benedetti/Munari (52/76, Rec. p. 163), apartados 26 y 27, y el auto de 5 de marzo de 1986, Wünsche III (69/85, Rec. p. 947), apartados 13 a 15. De modo similar, el dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, EWR I (Rec. p. I-6079), apartado 61.
- 
- 111 – Sentencias de 27 de marzo de 1980, Denkvit italiana (61/79, Rec. p. 1205), apartados 16 y 17, y Meridionale Industria Salumi y otros (asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, Rec. p. 1237), apartado 9, así como de 22 de octubre de 1998, IN.CO.GE.'90 y otros (asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, Rec. p. I-6307), apartado 23, y de 13 de enero de 2004, Kühne & Heintz (C-453/00, aún no publicada en la Recopilación), apartado 21.
- 
- 112 – Sentencias de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X (14/86, Rec. p. 2545), apartado 20, de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartado 36, y de 7 de enero de 2004, X (C-60/02, aún no publicada en la Recopilación), apartado 61.
- 
- 113 – Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, de 18 de junio de 1996, X (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6612), punto 43. Conclusiones del Abogado General Jacobs, de 24 de octubre de 1996, Tombesi y otros (asuntos acumulados C-304/94, C-330/94, C-342/94 y C-224/95, Rec. p. I-3564), punto 37.
- 
- 114 – Presentado para su firma el 19 de diciembre de 1966 (UN Treaty Series, Tomo 999, p. 171).
- 
- 115 – Véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1996, X (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609), apartado 25, con remisión a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis, serie A, n° 260-A, apartado 52, y de 22 de noviembre de 1995, S. W./Reino Unido y C. R./Reino Unido, serie A, n° 335-B, apartado 35, y n° 335-C, apartado 33. Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1984, Kirk (63/83, Rec. p. 2689), apartado 22.
- 
- 116 – Véase, a este respecto, en particular, la sentencia en los asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95 (citada en la nota 115), apartados 24 y 25, y además la sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartado 13, y la sentencia Arcaro (citada en la nota 112), apartado 42.
- 
- 117 – Sentencias Pretore di Salò (citada en la nota 112), apartado 19, Arcaro (citada en la nota 112), apartado 36, y Daihatsu Deutschland (citada en la nota 42), apartado 24, que se remiten a la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48. Véase, además, la sentencia Tombesi (citada en la nota 36), apartado 42, y la sentencia en los asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95 (citada en la nota 115), apartado 23.
- 
- 118 –

Conclusiones de 6 de mayo de 2003 en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01 (aún no publicadas en la Recopilación). Dado que en esos asuntos se planteaba la cuestión básica del efecto directo de las directivas en las relaciones entre los particulares, el Tribunal de Justicia remitió el asunto a la Gran Sala y se resolvió la reapertura de la fase oral. En sus segundas conclusiones de 27 de abril de 2004, el Abogado General confirmó sus opiniones.

- 
- 119 – Punto 38 de las (segundas) conclusiones de 27 de abril de 2004, Pfeiffer (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01).
- 
- 120 – Véanse, a este respecto, las referencias en la nota 112.
- 
- 121 – Sentencias de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411), apartado 45, de 8 de mayo de 2003, ATRAL (C-14/02, Rec. p. I-4431), apartado 58, y de 5 de febrero de 2004, Rieser (C-157/02, aún no publicada en la Recopilación), apartado 66.
- 
- 122 – Véanse, a este respecto, *infra*, los puntos 154 y siguientes de las presentes conclusiones.
- 
- 123 – Citada en la nota 36, apartado 43. Véase, además, el auto Saetti (citado en la nota 36), apartado 26.
- 
- 124 – Citada en la nota 36.
- 
- 125 – En relación con la cuestión de si se pueden comparar los presentes casos con los asuntos Tombesi y Niselli, no tiene *ninguna relevancia*, por lo demás, el hecho de que el Decreto legislativo n° 61/02 suponga una «*abolitio criminis*» parcial, como considera el procesado Dell'Utri, ni el hecho de que exista una «*continuidad normativa*» entre los antiguos y los nuevos tipos penales, como aclara el Tribunale di Milano en su resolución de remisión en el asunto C-403/02 y el Gobierno italiano en sus observaciones. La cuestión decisiva es que en los presentes casos, al igual que en aquellos asuntos, a raíz de un cambio legislativo, determinados actos que antes (y en el momento de los hechos) estaban castigados, dejan de estarlo. La discusión sobre la «*abolitio criminis*» y la «*continuidad normativa*» es meramente académica.
- 
- 126 – Véase la sentencia Delena Wells (citada en el nota 62), apartado 57, y mis conclusiones de 29 de enero de 2004, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee y otros (C-127/02, aún no publicadas en la Recopilación), puntos 146 y siguientes.
- 
- 127 – Véase la sentencia Allain (apartado 12), el auto Saetti y Frediani (apartado 26) y la sentencia Tombesi (apartados 42 y 43), todas citadas en la nota 36. De modo similar las sentencias de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros (asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, Rec. p. I-361), apartado 9, de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros (asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821), apartado 14, de 29 de febrero de 1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929), apartado 17, y de 29 de octubre de 1998, Awoyemi (C-230/97, Rec. p. I-6781), apartado 38. Véanse, también, las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Tombesi (citado en la nota 113), punto 35.
- 
- 128 – Sentencia citada en la nota 36.
- 
- 129 – En Italia, por ejemplo, este principio se encuentra consagrado en el artículo 2, párrafo tercero, del Codice Penale, en Alemania en el artículo 2, apartado 3, del Strafgesetzbuch. Este principio sólo no se reconoce, según la información de que disponemos, en Irlanda y el Reino Unido.
- 
- 130 – Véase, por ejemplo, el artículo 15, apartado 1, tercera frase, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 
- 131 – Véanse el artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 2988/95, y la sentencia de 1 de julio de 2004, Gerken (C-295/02, Rec. p. I-0000), apartados 52 a 58.
- 
- 132 – La cuestión de si se trata de un principio del Derecho comunitario ya fue planteada por el Abogado General Fennelly en sus conclusiones de 7 de marzo de 1996 en el asunto en el que recayó la sentencia Allain (C-341/94, Rec. p. I-4633), punto 43, aunque, en suma, no la respondió. El Abogado General Léger respondió negativamente a esta cuestión en sus conclusiones de 16 de julio de 1998 en el asunto en el que recayó la sentencia Awoyemi (C-230/97, Rec. p. I-6784), puntos 31 y 32, remitiéndose a la jurisprudencia anterior.

- 
- 133 – Sobre la obligación de respetar los principios generales del Derecho comunitario véase, entre otras muchas, la sentencia de 26 de octubre de 1995, Siesse (C-36/94, Rec. p. I-3573), apartado 21.
- 
- 134 – En Italia, por ejemplo, está excluida la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable cuando ya haya recaído una sentencia firme o cuando se trata de leyes que establecen excepciones o que están limitadas en el tiempo (artículo 2, párrafos tercero y cuarto, del Codice Penale). Además, la Comisión se remite a la sentencia n° 51 del Tribunal Constitucional italiano (Corte costituzionale), de 19/22 de febrero de 1985, según la cual el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es aplicable a los decretos leyes (Decreto legge) que, tras su adopción, no hayan sido transformados por el Parlamento en leyes y que, por tanto, hayan perdido su validez con carácter retroactivo. Véase a este respecto el artículo 77, apartado 3, de la Constitución italiana.
- 
- 135 – La situación sería distinta en el caso inverso, cuando la ley penal vigente en el momento de los hechos fuera la más favorable o cuando en el momento de los hechos éstos no estuvieran sancionados en absoluto. En ese caso no se trataría de una *excepción* al principio de legalidad penal, que constituye un principio fundamental del Estado de Derecho, sino simplemente de su *aplicación*. En esa situación, la ley penal más favorable o la falta de sanción deben prevalecer incluso cuando la normativa nacional anterior fuera contraria al Derecho comunitario.
- 
- 136 – Puntos 156 y 157 de las presentes conclusiones.
- 
- 137 – En el ámbito del Derecho penal y del Derecho procesal penal esta idea se expresa, por ejemplo, en las sentencias de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), apartado 19, y de 24 de noviembre de 1998, Bickel y Franz (C-274/96, Rec. p. I-7637), apartado 17.
- 
- 138 – Sobre la obligación de garantizar la aplicación y la efectividad práctica del Derecho comunitario, véanse también los puntos 88 y 134 a 136 de las presentes conclusiones.
- 
- 139 – Citada en la nota 36.
- 
- 140 – Sentencias citadas en la nota 127.