

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 17 de diciembre de 1998 *

1. El Regeringsrätt de Suecia formula al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de un artículo común a las Directivas 73/239/CEE y 79/267/CEE,¹ en cuya virtud los Estados miembros no pueden establecer reglas sobre la elección, por parte de las compañías de seguros, de los activos que correspondan a sus recursos disponibles.

2. La interpretación de la normativa comunitaria es necesaria para que el órgano jurisdiccional de reenvío pueda juzgar sobre la aplicación al caso de autos de una ley nacional que prohíbe a las empresas aseguradoras poseer, sin autorización administrativa, participaciones o acciones de otras sociedades anónimas cuyos derechos de voto superen el 5 % de los derechos de voto correspondientes a la totalidad de las acciones (en lo sucesivo, «regla del 5 %»).

Los hechos y el procedimiento principal (a tenor del auto de reenvío)

3. Försäkringsaktiebolaget Skandia (en lo sucesivo, «Skandia») es una empresa dedicada

a los seguros distintos del seguro de vida. Livförsäkringsaktiebolaget Skandia es una empresa dedicada a los seguros de vida, propiedad al 100 % de Skandia. Entre ambas poseen Skandia Investment AB, sociedad que invierte en pequeñas y medianas empresas.

4. En un escrito de 29 de diciembre de 1995, Skandia comunicó a la Finansinspektion que Skandia Investment tenía intención de aumentar su participación en la Kungsdialysen AB, empresa dedicada a la diálisis, como así hizo.

5. Tras esta adquisición, Skandia Investment llegó a poseer acciones de Kungsdialysen correspondientes al 9,2 % de los derechos de voto y al 33,9 % del capital (antes de dicha adquisición estas cifras ascendían al 5,0 % y al 30,8 %). El paquete de acciones figuraba, después de la adquisición adicional, entre los llamados recursos disponibles, es decir, entre los recursos que no representan las provisiones técnicas.

6. La Finansinspektion, por decisión de 21 de marzo de 1996, consideró que Skandia debía atenerse a la regla del 5 % y le ordenó que, a más tardar el 1 de septiembre de 1996, Skandia

* Lengua original: español.

1 — Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DO L 228, p. 3, EE 06/01, p. 143), y Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio (DO L 63, EE 06/02, p. 62).

Investment redujera su participación en Kungsdialysen hasta el 5 % de los derechos de voto de la totalidad de las acciones de la empresa, como máximo.

7. Skandia presentó ante el Gobierno un recurso contra dicha decisión, que fue desestimado por acuerdo de 15 de agosto de 1996. Contra este último, Skandia presentó un recurso ante el Regeringsrätt, para que decidiera sobre la legalidad de la decisión final del Gobierno. En el curso de este procedimiento, el órgano jurisdiccional de reenvío ha considerado necesario plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

(92/96/CEE),³ que una normativa nacional establezca que, en lo que atañe a sus recursos disponibles (es decir, los activos de la empresa que no representen provisiones técnicas), una empresa de seguros no puede, sin una autorización administrativa especial, poseer más acciones de una sociedad anónima nacional o extranjera que las que correspondan a un 5 % de los derechos de voto de la totalidad de las acciones?

Si la respuesta a la primera cuestión es negativa:

2) ¿Los mencionados artículos de las Directivas son de tal naturaleza —en lo que se refiere a su claridad, etc.— como para dar lugar a que un tribunal nacional deba inaplicar una disposición nacional, con un contenido como el que se ha descrito, al examinar la procedencia de la inversión de los recursos disponibles de una empresa de seguros?»

La normativa nacional

8. La ley sueca de 1982 sobre el ejercicio de la actividad aseguradora contiene disposiciones que regulan la actividad de las empresas dedicadas a los ramos del seguro de vida y del seguro distinto del seguro de vida.

9. Según el párrafo primero del artículo 3 del Capítulo 1, una empresa de seguros no puede desempeñar ninguna otra actividad distinta del seguro, a menos que exista una razón especial para ello.

«1) ¿Es compatible con el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva (73/239/CEE), en su versión resultante del artículo 26 de la Directiva (92/49/CEE),² y con el apartado 1 del artículo 21 de la Directiva (79/267/CEE), en su versión resultante del artículo 27 de la Directiva

2 — Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida) (DO L 228, p. 1).

3 — Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida) (DO L 360, p. 1).

10. El apartado primero del artículo 17 establece la regla del 5 % en los siguientes términos:

«Sin autorización de la Finansinspektion una empresa de seguros no podrá poseer una cantidad mayor de participaciones o acciones de una sociedad por acciones sueca o extranjera que aquella a la que correspondan, como máximo, el 5 % de los derechos de voto de la totalidad de las acciones. Si la empresa de seguros pertenece a un grupo de empresas, esta disposición se aplicará al grupo de empresas. No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las acciones poseídas por el grupo de empresas, aquellas acciones poseídas por los bancos que pertenezcan al grupo o por las filiales de dichos bancos, hasta un límite correspondiente al 5 % de los derechos de voto de la sociedad.

En lo relativo al derecho de las empresas de seguros de poseer acciones o participaciones en empresas que desempeñan algún tipo de actividad financiera, se aplicará lo dispuesto en el artículo 17 a.»

11. La ley análoga de 1948 contenía ya un régimen semejante al de las frases primera y segunda del párrafo primero del artículo 17 del Capítulo 7 de la Ley de 1982. El motivo de aquel régimen, aducido en el momento de adopción de la ley de 1948, fue impedir que las empresas de seguros obtuvieran una influencia demasiado grande en las empresas ajenas a su sector.

La normativa comunitaria

12. En materia de seguros, la evolución seguida por la normativa comunitaria ha conocido tres etapas:

El párrafo primero no se aplicará a las acciones o participaciones de empresas de seguros o de personas jurídicas cuya única función consista en poseer acciones de compañías de seguros, en realizar aportaciones al fondo de garantía de las mutuas de seguros, en administrar el patrimonio inmobiliario de las empresas de seguros o en asistir a las empresas de seguros en el ejercicio de su actividad. El párrafo primero se aplicará sin embargo a las acciones y participaciones en personas jurídicas cuya función consista, directa o indirectamente, en poseer los activos a que hace referencia el párrafo primero del artículo 10, a menos que dichos activos estén constituidos por acciones o participaciones de compañías de seguros o de sociedades extranjeras semejantes.

- una primera «generación» de Directivas (Directiva 79/267 en los seguros de vida y Directiva 73/239 en los seguros distintos a los de vida, ambas citadas anteriormente) tuvo como finalidad facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de las entidades aseguradoras.
- Una segunda «generación» de Directivas (Directiva 90/619/CEE en los seguros de

vida⁴ y Directiva 88/357/CEE en los seguros distintos a los de vida⁵) facilitó el ejercicio efectivo de dicha actividad aseguradora, en régimen de libre prestación de servicios.

- Finalmente, una tercera «generación» de Directivas (Directiva 92/96 en los seguros de vida y Directiva 92/49 en los seguros distintos a los de vida, ambas citadas anteriormente) ha pretendido implantar la plena realización del mercado interior de seguros, con arreglo al principio de una autorización administrativa única y de la supervisión financiera a cargo de las autoridades del Estado en el que la sociedad aseguradora tenga su domicilio.

13. La legislación comunitaria ha pretendido, pues, por un lado, que las entidades aseguradoras puedan ejercer libremente su actividad y, por otro, que los ciudadanos de la Comunidad puedan tener libre acceso a la gama más amplia posible de seguros ofrecidos en la Comunidad, garantizándoles la protección jurídica y económica necesaria.

4 — Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (DO L 330, p. 50).

5 — Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE (DO L 172, p. 1).

14. El primer objetivo exigía que las entidades aseguradoras autorizadas en alguno de los Estados miembros pudieran ejercer su actividad en toda la Comunidad, tanto en régimen de establecimiento como de prestación de servicios. A tal fin, las Directivas de la tercera generación optaron por «[...] llevar a cabo la armonización básica, necesaria y suficiente para llegar al reconocimiento mutuo de las autorizaciones y los sistemas de supervisión cautelar que permita la concesión de una única autorización válida en toda la Comunidad y la aplicación del principio de control por el Estado miembro de origen».⁶

15. Este último principio implicaba que cada Estado miembro debía velar por la solidez financiera de las empresas de seguros sometidas a su control y, en particular, debía vigilar su estado de solvencia y la constitución de provisiones técnicas suficientes, así como la representación de éstas por activos congruentes. La coordinación de las reglas nacionales sobre esta materia resultaba, en consecuencia, especialmente necesaria en un sistema de reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión cautelar.

16. La armonización ya se había aplicado a las disposiciones de los Estados miembros relativas a la constitución obligatoria de provisiones técnicas, en cuanto garantía de los compromisos suscritos por las empresas aseguradoras. La tercera generación de Directivas de seguros avanzó en esta misma línea, pues procedió a «coordinar las reglas relativas a la diversificación, la localización y la congruencia de los activos representativos de las

6 — Quinto considerando de las Directivas 92/49/CEE y 92/96/CEE.

provisiones técnicas, con el fin de facilitar el reconocimiento mutuo de las disposiciones de los Estados miembros». ⁷

17. A este fin, se dio una nueva formulación a los artículos relativos a las provisiones técnicas, contenidos en las Directivas de la primera generación (artículo 15 de la Directiva 73/239 y artículo 17 de la Directiva 79/267). De conformidad con ellos, el Estado miembro de origen impondrá a cada empresa de seguros la obligación de constituir provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades. La cuantía de dichas provisiones se determinará con arreglo a las normas fijadas en la Directiva 91/674/CEE ⁸ o en la Directiva 92/96. Las provisiones técnicas, relativas al conjunto de sus actividades, han de estar representadas por activos congruentes.

18. Las Directivas regulan el régimen jurídico de la diversificación, localización y congruencia de dichos activos. En concreto, sólo determinadas categorías de éstos (es decir, determinadas inversiones, créditos y otras figuras) podrán representar las provisiones técnicas. Los Estados deben exigir, además, que cada empresa aseguradora no invierta más de unos determinados porcentajes de sus provisiones técnicas brutas en ciertas clases de activos.

19. Los activos que no representen las provisiones técnicas constituyen lo que podría denominarse «patrimonio libre» o «patrimonio disponible, o no vinculado» de la empresa aseguradora. Las presentes cuestiones prejudiciales tratan de obtener del Tribunal de Justicia la interpretación de la misma norma que, sobre dichos activos, se encuentra en las dos Directivas.

20. En su versión actual, dicha norma tiene la siguiente redacción:

a) En cuanto al seguro distinto del seguro de vida, el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva 73/239 dispone: «Los Estados miembros no establecerán regla alguna en lo que se refiere a la elección de los activos que superen aquellos que representen las provisiones técnicas contempladas en el artículo 15.»

b) En cuanto al seguro de vida, el apartado 1 del artículo 21 de la Directiva 79/267, dispone: «Los Estados miembros no establecerán regla alguna en lo que se refiere a la elección de los activos que superen aquellos que representen las provisiones técnicas contempladas en el artículo 17.»

21. Finalmente, las disposiciones comunitarias prohíben que el objeto social de las empresas de seguros se extienda a otro tipo de actividades comerciales. En este sentido, la letra b) del apartado 1 del artículo 8, en su

⁷ — Decimotercer considerando de la Directiva 92/49 y decimoquinto considerando de la Directiva 92/96.

⁸ — Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros (DO L 374, p. 32).

versión actual, tanto de la Directiva 73/239 como de la Directiva 79/267/CEE, presenta una redacción idéntica, a tenor de la cual el Estado miembro de origen exigirá que las empresas de seguros «limiten su objeto social a las actividades previstas por la presente Directiva y a las operaciones que se derivan directamente de ellas, con exclusión de cualquier otra actividad comercial».

La primera cuestión prejudicial

22. La primera cuestión prejudicial plantea si la interpretación de la norma comunitaria permite que la libertad de «elección de activos», reconocida por las dos Directivas a las empresas aseguradoras, se vea limitada por una norma nacional que imponga restricciones a dicha elección, como sucede con la regla sueca del 5 %, antes citada.⁹

23. El Gobierno sueco (apoyado por el Gobierno noruego y, en parte, por el finlandés) sostiene que las Directivas sólo impiden poner límites «cualitativos» a la elección de activos por parte de las empresas aseguradoras: es decir, los Estados miembros no podrían obligar a dichas empresas a invertir en determinadas «categorías» de activos. Por

el contrario, siempre que se respete esta última condición, los Estados miembros podrían imponer restricciones «cuantitativas» (como la regla del 5 %), que no exigen unas inversiones determinadas en ninguna categoría de activos.

24. Tanto la Comisión como los demandantes en el litigio principal sostienen, por el contrario, que los preceptos de las dos Directivas antes citados prohíben a los Estados miembros imponer cualquier tipo de restricciones, cualitativas o cuantitativas, a la elección, por parte de las empresas aseguradoras, de los activos que constituyen su patrimonio no vinculado.

25. Por mi parte, me inclino por esta última tesis. Mi argumentación, al respecto, comenzará por rechazar la supuesta conexión necesaria de la regla del 5 % con la limitación a la actividad externa de las compañías aseguradoras; ulteriormente, trataré de explicar por qué aquella regla contraviene las normas de ambas Directivas sobre la libertad de elección de activos no vinculados.

i) El supuesto fundamento de la regla del 5 % en la prohibición de que las empresas aseguradoras se dediquen a actividades externas

9 — El hecho de que la ley permita a las autoridades nacionales autorizar, en algún caso, este tipo de inversiones no desvirtúa el carácter de prohibición que la norma contiene. Una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirma que, cuando una norma nacional de carácter prohibitivo resulta contraria al derecho comunitario, el mero hecho de que las autoridades nacionales puedan conceder autorizaciones discrecionales en sentido contrario a la regla general, no es suficiente para evitar la declaración de su incompatibilidad con el derecho comunitario.

26. Los Gobiernos sueco y noruego afirman que «el objetivo y la función» de la regla del

5 % deben relacionarse con la prohibición de que las empresas aseguradoras ejerzan cualquier otra actividad ajena al sector de los seguros. Esta prohibición se encuentra no sólo en su legislación nacional, sino también en la normativa comunitaria.¹⁰

27. Un medio legítimo, a su juicio, para hacer respetar esta prohibición es impedir que aquellas empresas posean participaciones accionariales significativas en sociedades ajenas al sector de los seguros. Un nivel de participación accionarial superior al 5 % de los derechos de voto de estas últimas empresas permitiría a las aseguradoras ejercer una «influencia dominante» sobre las empresas así participadas. A juicio de los Gobiernos sueco y noruego, en tal caso, las empresas aseguradoras podrían fácilmente burlar la prohibición de dedicarse a actividades externas.

28. El Gobierno sueco subraya que el límite del 5 % del capital con derecho a voto ha sido considerado como apropiado para definir cuándo una participación accionarial con derecho a voto permite ejercer una «influencia notable» sobre la gestión de una sociedad. A estos efectos, trae a colación las opiniones de algunos Estados miembros, vertidas en el seno de los trabajos preparatorios de la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).¹¹

La Directiva, finalmente, no llegó a incorporar cifra alguna a este respecto.

29. No comparto semejante razonamiento, por varias razones. Antes de exponerlas, debo confesar que la explicación del Gobierno sueco me parece invocada *a posteriori* para justificar una restricción cuyos verdaderos motivos son otros. En concreto, tal como ha demostrado la parte demandante en el litigio principal, el designio originario de la regla del 5 %, en 1948, no fue que las aseguradoras respetaran la prohibición de dedicarse a actividades externas, sino, simplemente, limitar su influencia en la vida económica del país, como alternativa a la nacionalización del sector de seguros, propiciada por determinadas fuerzas políticas en aquella época.

30. Por lo demás, acertadamente alega la empresa demandante que si el verdadero designio de la regla del 5 % fuera impedir que las aseguradoras ejerzan actividades externas, no se entiende por qué aquella regla sólo afecta a la participación en las sociedades anónimas y no en otras modalidades de sociedades mercantiles o de personas jurídicas.

31. Incluso si se admitiera, dialécticamente, que el designio de la regla del 5 % es el que

10 — Véase el punto 21 *supra*.

11 — DO L 375, p. 3; EE 06/03, p 38.

ahora expone el Gobierno sueco, considero que la prohibición de que las empresas aseguradoras ejerzan actividades externas no exige, en absoluto, la restricción de sus participaciones accionariales en otras empresas hasta ese límite. No hay una relación directa y necesaria entre la adquisición de una participación accionarial del 5 % y el ejercicio de actividades empresariales propias de la empresa en la que se poseen tales acciones.

32. En efecto, no alcanzo a comprender por qué una participación accionarial minoritaria, pero superior al 5 % de las acciones con derecho a voto, equivaldría, para los titulares de dicha participación, a «dedicarse al ejercicio» de la actividad propia de la empresa participada. Con esa misma lógica, podría afirmarse que un propietario individual del 6 % de las acciones con derecho a voto de varias sociedades anónimas se dedica, simultáneamente, al ejercicio de la actividad propia de todas ellas.

33. Tal conclusión no es admisible en derecho. La titularidad de un paquete accionarial con derecho a voto constituye una parte del patrimonio de una persona física o jurídica, pero no supone ni implica para ella, de modo necesario, el ejercicio de la actividad mercantil a la que se dedique, en cada caso, la sociedad por acciones. En otras palabras, la posesión de unas acciones por parte de un accionista no tiene por qué confundirse, jurídicamente, con la actividad de la sociedad en cuyo capital aquél participa.

34. La distinción entre ambas figuras es clara: una cosa es el patrimonio mobiliario de una determinada persona (física o jurídica, lo que ahora es irrelevante) y otra cosa, bien distinta, es el ejercicio de actividades mercantiles por parte de dicha persona. La posesión de acciones de una empresa que representen el 6 % de las que dan derecho a voto no convierte al accionista en empresario mercantil, esto es, en persona que se dedica al ejercicio de una determinada actividad empresarial.

35. Pudiera objetarse que esta postura resulta un tanto formalista y que, en la vida económica de las empresas, a veces, los titulares de acciones o participaciones relativamente minoritarias pueden influir de manera determinante en las decisiones de gestión de una sociedad. A mi juicio, ello no es suficiente para soslayar la diferencia existente entre participaciones accionariales, de un lado, y ejercicio de la actividad mercantil, de otro.

36. En efecto, el poder de *influir*, mediante las acciones con derecho a voto, en las decisiones de los órganos (juntas de accionistas, consejos de administración y similares) que trazan la política empresarial de una sociedad anónima no equivale a *ejercer* la actividad de ésta. No puede considerarse, pues, que el titular de las acciones, por el mero hecho de ejercer el voto correspondiente, se dedica al ejercicio de las actividades mercantiles propias de la sociedad anónima en la que participa.

37. Insisto en que se trata de realidades jurídicamente diferentes. Además, los accionistas titulares del 6 % de las acciones con derecho a voto en una sociedad normalmente no contribuyen sino en una proporción mínima a la toma de decisiones en los órganos de administración de la sociedad: no pueden, por ello, condicionar su conducta. Mucho menos podrá decirse que «ejercen» o «se dedican» a la actividad de dicha sociedad, cuya gestión ordinaria corresponde a órganos en los que aquéllos pueden, a veces, ni siquiera estar representados.

38. La limitación de actividades de las empresas aseguradoras a las propias de este sector está formulada en las Directivas con unos términos bien precisos, que se refieren a su «objeto social». Este debe limitarse a la actividad aseguradora (y a la directamente derivada de ella). Respetando tal regla, nada impide que las inversiones accionariales de una empresa de seguros en otras ajenas al sector superen el 5 % del capital de las empresas participadas o, incluso, cualquier otro porcentaje superior.

39. El problema que puede plantearse, a estos efectos, tiene un alcance más amplio, y no se limita a la mera participación accionarial: se trata de evitar una modificación subrepticia, pero sustancial, del objeto social mediante la creación, la adquisición o el control de sociedades instrumentales, sean o no filiales en sentido estricto, a través de las cuales la

empresa aseguradora, de hecho, «se dedique» a actividades ajenas al sector.¹²

40. Sería posible, en efecto, que a través de participaciones accionariales y otros instrumentos análogos, dirigidos a conseguir el control de la sociedad participada, una sociedad aseguradora pretendiese, de hecho, ampliar su ámbito de actividades empresariales.¹³ No se trataría, pues, de meras inversiones financieras, sino de participaciones de control que le asegurarían la efectiva gestión de las sociedades participadas.

41. Semejante conducta, sin embargo, va mucho más allá de la mera inversión financiera: la colocación en acciones del patrimonio libre, incluso cuando lleve aparejados derechos de voto, si no desvirtúa el objeto social de la aseguradora que así invierte sus fondos

12 — La prohibición de modificar el objeto social mediante la participación en otras empresas tiene, en algunos ordenamientos nacionales, carácter general: así, el artículo 2361 del Código Civil italiano prohíbe a las sociedades anónimas la toma de participaciones en otras empresas, incluso cuando esté prevista en los estatutos sociales, si, por su medida y por el objeto de la participación, resulta de ello sustancialmente modificado el objeto social fijado en los estatutos. Sobre el alcance de este precepto, en relación con los problemas derivados del control de una empresa sobre otra, véase Schiuma, L.: *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997. La doctrina italiana ha analizado con detenimiento los problemas que plantea la participación de las empresas aseguradoras en empresas ajenas al sector: por todos, véase Fanelli, G.: «Sulla legittimità dell'acquisto da parte di imprese di assicurazione della partecipazione in imprese con diverso oggetto sociale», *Gjur. Comm.*, 1987, I. pp. 817-826.

13 — La ley danesa sobre la actividad aseguradora considera que una sociedad aseguradora ejerce otra actividad si ejerce una influencia determinante sobre una sociedad comercial que se dedique a actividades ajenas a las de seguros o a actividades accesorias a éstas. En similares términos se expresa la ley finlandesa sobre las empresas aseguradoras, que impide a éstas poseer más del 50 % de las acciones de sociedades ajenas al sector de seguros. Por su parte, la ley italiana prohíbe a las sociedades aseguradoras tomar participaciones en empresas ajenas al sector de seguros cuando aquéllas le confieran el control de dichas empresas.

disponibles, no debe considerarse como una «actividad distinta de la de seguros», prohibida a este tipo de sociedades. En realidad, tal inversión financiera ni siquiera es «actividad empresarial» propiamente dicha:¹⁴ se trata, exclusivamente, de la colocación en valores mobiliarios de una parte del patrimonio de la sociedad.

participaciones accionariales, excede con mucho de lo permisible en materia de limitación del objeto social de las aseguradoras, tal como está contenida en las Directivas ya citadas.

ii) La interpretación de las normas comunitarias sobre la elección de activos libres

42. Sólo en el caso de que las participaciones accionariales de una sociedad aseguradora tratasen de soslayar la limitación del objeto social a través de la creación de sociedades instrumentales, sometidas a su control, mediante las que dedicarse al ejercicio de otras actividades, sólo entonces, digo, las autoridades nacionales de control podrían intervenir, en cada caso, para evitar lo que podría suponer una modificación sustancial del objeto social de la aseguradora.

43. Es claro, a mi juicio, que la regla del 5 % prevista en la legislación sueca, dado su carácter abstracto y rígido, desligado de las circunstancias de cada caso y aplicable a todo tipo de

44. La libertad de elección de los activos no vinculados, que garantizan los dos preceptos de las Directivas anteriormente transcritos, se ha configurado como una prohibición de que los Estados miembros establezcan «regla alguna» al respecto. A mi juicio, esta formulación negativa indica, con bastante claridad, que los Estados miembros carecen de facultades para intervenir en la materia, al ser ésta objeto de una regulación comunitaria precisa y exhaustiva: más concretamente, han de abstenerse de imponer limitaciones a la elección de dichos activos, tanto si se trata de limitaciones cualitativas como cuantitativas.

14 — A efectos tributarios, más particularmente, a efectos del impuesto sobre el valor añadido, dicha actividad ni siquiera se considera como «actividad económica». En efecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que la mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo (sentencia de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. I-3111, apartado 13). La mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1993, Sofitam, C-333/91, Rec. p. I-3513, apartado 12). En este mismo sentido, la sentencia de 6 de febrero de 1997, Harnas & Helm, C-80/95, Rec. p. I-745, apartados 14 a 18.

45. El primer argumento a favor de esta interpretación es el meramente literal, aun cuando no sea un criterio hermenéutico de gran valor en derecho comunitario: la dicción de la norma es taxativa y no deja resquicio a las intervenciones estatales limitadoras de la libertad de elección. La prohibición se expresa, literalmente, en términos que no admiten excep-

ciones, ni cuantitativas ni cualitativas. No se trata, por lo demás, de preservar sólo la libertad de elección de «categorías de activos», sino de prohibir que los Estados impongan cualquier regla que limite a las compañías aseguradoras la inversión de su patrimonio disponible en los activos que consideren apropiados.

46. En segundo lugar, y ello es más significativo, a esta misma solución conduce el sentido interno de la norma, dentro de ambas Directivas. La instauración de un marco de competencia armonizado entre las empresas aseguradoras, que favorezca al asegurado sin poner en peligro la solidez financiera de aquéllas, ha acotado con bastante precisión las reglas sobre el patrimonio de dichas empresas. Si las Directivas han regulado la constitución obligatoria de provisiones técnicas, que los Estados han de exigir, simultáneamente han querido dejar una parte del patrimonio empresarial abierta a las decisiones de inversión de cada empresa, esto es, a decisiones no reguladas ni regulables por las normas o las autoridades nacionales.

47. La distinción entre una parte del patrimonio de la empresa (los activos que constituyen las provisiones técnicas) sujeta a diversas restricciones, de un lado, y otra parte del patrimonio libre, exenta de cualquier tipo de restricciones, de otro lado, perdería sentido si

también esta última pudiera ser objeto de limitaciones como la regla del 5 %, más propias de un sistema de supervisión y control cual es el relativo a las provisiones técnicas de cada empresa.

48. En tercer lugar, la aplicación de la regla del 5 % por parte de un Estado miembro a las aseguradoras sujetas a su control introduce una distorsión importante en el régimen de la competencia de este tipo de empresas. Las aseguradoras establecidas en Suecia pero sujetas al control de otro Estado miembro cuya legislación no contenga dicha regla podrán adquirir participaciones accionariales, tanto en empresas suecas como no suecas, superiores al 5 % de las acciones con derecho a voto. Podrán, pues, orientar sus decisiones de inversión en el sentido que crean más favorable, en función de las expectativas del mercado, y mejorar, por tanto, su situación financiera gracias a una política de inversiones acertada. Tal posibilidad está restringida para las empresas aseguradoras sujetas al control de las autoridades suecas, quienes se encuentran, por este hecho, en una situación desfavorable respecto a sus competidoras dentro del mismo sector.

49. Esta distorsión de la competencia no puede considerarse, además, inspirada en razones de protección de la solvencia financiera de las empresas aseguradoras, a través de una diversificación de los riesgos de la inversión. Como ha expuesto la sociedad demandante, la regla del 5 % no le impediría concentrar la inversión de todo su patrimonio disponible en una sola de las grandes compañías que cotizan en la Bolsa sueca, dada la relación entre la cuantía

del patrimonio libre de Skandia y el valor bursátil de una de dichas grandes compañías.

culo 67 del Tratado CEE ¹⁶ tal como fue modificada por la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado CEE, ¹⁷ y del Anexo I de esta última.

50. Todo ello es incompatible con una regulación comunitaria que pretende, precisamente, la armonización de las legislaciones nacionales en materia de seguros y, en concreto, de las reglas sobre los activos empresariales, tanto si se trata de los representativos de las provisiones técnicas, como del patrimonio no vinculado.

51. Por último, la regla del 5 % contraviene la normativa comunitaria en materia de libertad de circulación de capitales, garantizada por el artículo 73 B del Tratado CE, ¹⁵ pues, al limitar las participaciones de las sociedades aseguradoras en las sociedades de capital suecas o extranjeras, constituye una restricción a uno de los más característicos movimientos de capital, cual es la inversión en acciones.

52. La «participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos» figura, en efecto, entre los movimientos de capital que han de ser liberalizados, a tenor de la lista A del Anexo I de la Primera Directiva del Consejo, de 11 de mayo de 1960, para la aplicación del artí-

53. No cabe duda, pues, de que la participación en el capital de una empresa entra en el ámbito de los movimientos de capitales liberalizados, ni de que la regla sueca del 5 % limita esta libertad. ¿Podría, sin embargo, entenderse justificada por el artículo 73 D del Tratado CE según el cual los Estados miembros pueden adoptar «[...] las medidas necesarias para impedir las infracciones a su derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras»?

54. A mi juicio, la respuesta es negativa. Ya he destacado cómo la finalidad de la regla del 5 % no es la protección de la solvencia de las entidades aseguradoras, sino el mantenimiento de una influencia limitada de éstas en otros sectores de la economía. ¹⁸ Una finalidad tan amplia e indiscriminada (pues ni siquiera distingue entre los sectores económicos even-

15 — Tal como ha sido añadido por el punto 15) del artículo G del Tratado de la Unión Europea.

16 — DO 1960, 43, p. 921; EE 10/01, p. 6.

17 — DO L 178, p. 5.

18 — En el acto de la vista, el representante del Gobierno sueco sostuvo que la regla del 5 % no afectaba a la libre circulación de capitales, en la medida en que sólo se aplicaba a las compañías aseguradoras suecas, afirmación que, obviamente, no puedo compartir ya que dichas compañías son, también, sujetos activos de aquella libertad. En esa misma intervención reconoció que el objetivo de la regla citada era «evitar la concentración de una excesivo número de votos en las manos de un mismo propietario».

tualmente protegibles)¹⁹ no puede legitimar, en mi opinión, una restricción clara de la libre circulación de capitales, ajena a la supervisión prudencial de las entidades financieras.

55. Esta conclusión se impone, de modo especial, en un ámbito de la actividad empresarial abierto al juego de la competencia en el que las normas nacionales deben ajustarse a los criterios de coordinación establecidos por las directivas comunitarias para el sector correspondiente. Tales normas armonizadoras no sólo no prevén la posibilidad de imponer una regla como la del 5 % a la inversiones, con cargo a su patrimonio disponible, de las compañías aseguradoras en otras empresas nacionales o extranjeras, sino que excluyen toda intervención normativa nacional sobre la elección de activos que constituyen aquel patrimonio de tales compañías.

56. La supervisión prudencial de las entidades aseguradoras podrá, ciertamente, legitimar decisiones de las autoridades nacionales que,

en cada caso, y en virtud de las circunstancias presentes en una determinada inversión del patrimonio libre, prohíban aquellas inversiones que pongan en peligro el margen de solvencia de la empresa, supongan la asunción de riesgos excesivos o, incluso, revelen una desviación sustancial del objeto social de la propia aseguradora, a través de la creación, adquisición o control de empresas instrumentales ajenas al sector de seguros. Pero no legítima, insisto, una prohibición general, absoluta y *a priori*, como es la regla del 5 % objeto de este reenvío prejudicial.

La segunda cuestión prejudicial

57. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional de reenvío pregunta, en síntesis, si, en caso de que la norma nacional no sea compatible con los preceptos de las Directivas a que antes ha hecho referencia, éstos son de tal naturaleza que determinan la inaplicación de la norma nacional contraria.

58. Como es obvio, la pregunta presupone que, en el momento al que se refiere el litigio principal, se había agotado ya el plazo para incorporar las Directivas de seguros al derecho nacional sueco, extremo no discutido que tampoco requiere mayores precisiones.

19 — En su sentencia de 3 de febrero de 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie* (C-148/91, Rec. p. I-487), el Tribunal de Justicia declaró que las normas del Tratado relativas a la libre circulación de capitales no se oponen a que la legislación de un Estado miembro prohíba a una entidad de radiodifusión establecida en dicho Estado participar en el capital de una sociedad de radiodifusión establecida o que pretenda establecerse en otro Estado miembro, siempre que dichas actividades se orienten a la creación de una emisora de televisión comercial destinada especialmente a alcanzar el territorio del primer Estado miembro y que dichas prohibiciones sean necesarias para garantizar el carácter pluralista y no comercial del sistema audiovisual establecido por dicha legislación.

59. La respuesta a esta cuestión prejudicial debe ser, necesariamente, afirmativa, y así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia repetidas veces: la norma nacional incompatible con el derecho comunitario no puede ser aplicada y, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales nacionales deben descartar su aplicación al litigio de que estén conociendo. La aplicación uniforme del derecho comunitario no quedaría garantizada si los Estados miembros pretendieran la prevalencia de sus propias normas internas sobre las comunitarias, es decir, si pudieran anteponer a la aplicación de éstas la aplicación del derecho nacional, en caso de disconformidad de unas y de otras.

se impone a todos. A estos efectos, resulta irrelevante que la norma de la directiva sea más o menos clara: desde el momento en que el Tribunal de Justicia precisa su sentido, evidenciando la incompatibilidad de una norma nacional contraria, esta última no puede ser aplicada. La mayor o menor claridad de la norma comunitaria, a la que hace referencia el órgano de reenvío, pudiera ser relevante a otros efectos (como, por ejemplo, al invocar la responsabilidad patrimonial del Estado por no haber transpuesto fielmente la Directiva) pero no en lo que se refiere a la primacía del derecho comunitario sobre la norma nacional contraria.

60. Desde la ya clásica sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978,²⁰ hasta la reciente sentencia *Incoge* y otros, de 22 de octubre de 1998,²¹ aparece esta afirmación formulada en términos bastante categóricos: los jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el derecho comunitario y a tutelar los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación cualquier disposición de la Ley nacional eventualmente contraria al mismo, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

61. Tratándose, como aquí ocurre, de una norma contenida en una directiva, la interpretación que de ella haga el Tribunal de Justicia

62. Conforme a una reiterada jurisprudencia, de la que se hace eco el Tribunal de Justicia en la sentencia *Incoge* y otros, antes citada, «la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177 del Tratado, da el Tribunal de Justicia de una norma de derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencias de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, Rec. p. 1205, apartado 16, y de 2 de diciembre de 1997, *Fantask* y otros, C-188/95, Rec. p. I-6783, apartado 37).»²²

20 — Asunto 106/77, Rec. p. 629.

21 — Asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, Rec. p. I-6307.

22 — Apartado 23 de la sentencia *Incoge* y otros.

Conclusión

63. Propongo, en consecuencia, al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Regeringsrätt del siguiente modo:

- «1) El apartado 1 del artículo 18 de la Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, y el apartado 1 del artículo 21 de la Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio, se oponen a la aplicación de una disposición nacional que prohíbe, sin autorización administrativa, que las compañías aseguradoras posean una cantidad de participaciones o acciones de una sociedad por acciones, sueca o extranjera, mayor que aquella a la que correspondan, como máximo, el 5 % de los derechos de voto de la totalidad de las acciones.
- 2) El órgano jurisdiccional nacional competente para conocer de un recurso contra una decisión administrativa basada en aquella norma nacional debe garantizar la eficacia de las Directivas citadas dejando, en su caso, inaplicada tal norma.»