

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 21 de noviembre de 2017 [\(1\)](#)

Asunto C-542/16

Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag,

Jan-Herik Strobel,

Mona Strobel,

Margareta Nilsson,

Per Nilsson,

Kent Danås,

Dödsboet efter Tommy Jönsson,

Stefan Pramryd,

Stefan Ingemansson,

Lars Persson,

Magnus Persson,

Anne-Charlotte Wickström,

Peter Nilsson,

Ingela Landau,

Thomas Landau,

Britt-Inger Ruth Romare,

Gertrud Andersson,

Eva Andersson,

Rolf Andersson,

Lisa Bergström,

Bo Sörensson,

Christina Sörensson,

Kaj Wirenkook,

Lena Bergquist Johansson,

Agneta Danås,

Hans Eriksson,

Christina Forsberg,

Christina Danielsson,

Per-Olof Danielsson,

Ann-Christin Jönsson,

Åke Jönsson,

Stefan Lindgren,

Daniel Röme,

Ulla Nilsson,

**Dödsboet efter Leif Göran Erik Nilsson
contra
Dödsboet efter Ingvar Mattsson,
Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen
(Tribunal Supremo, Suecia)]

«Directiva 2002/92/CE — Mediación en seguros y en reaseguros —
Directiva 2004/39/CE — Asesoramiento en materia de inversión —
Actividad de un intermediario de seguros sin intención de concluir
realmente un contrato de seguro — Delimitación entre las actividades
de mediación en seguros y de asesoramiento en materia de
inversiones — Mediación y asesoramiento en seguros de vida de
capital — Seguros de vida en unidades de cuenta (“**unit linked**”)»

1. El Högsta domstolen (Tribunal Supremo, Suecia) agrupa en este reenvío prejudicial las dudas que le suscita la aplicación de las disposiciones de la Unión Europea en dos litigios que ha de fallar, de perfiles heterogéneos. Aunque ambos versan sobre la mediación en seguros, en uno (2) solo se discute acerca de la responsabilidad civil exigible cuando el director de una empresa mediadora de seguros se apropia, indebidamente, de las cantidades que le entregaron sus clientes.
2. El otro litigio (3) presenta mayor complejidad. En él se dirimen cuestiones que afectan a la distinción entre la intermediación en materia de seguros y en el ámbito de los productos financieros.
3. El incesante desarrollo de los mercados financieros ha provocado la multiplicación de instrumentos de inversión, que han alcanzado a los tradicionales seguros de vida. Las compañías aseguradoras ofrecen fórmulas muy diversas (seguros de ahorro,

seguros de vida-ahorro, seguros de vida de capital o en unidades de cuenta, entre otras denominaciones) (4) que pretenden canalizar los ahorros de los clientes combinando el clásico elemento asegurador con la rentabilidad, más o menos garantizada, de los productos financieros. Las primas pagadas por el tomador del seguro son, en esas fórmulas, invertidas por la compañía aseguradora en instrumentos financieros, asumiendo el tomador el riesgo de la evolución de esta inversión, que puede, obviamente, volverse en su contra.

4. Al responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con este segundo litigio, el Tribunal de Justicia deberá decidir si los intermediarios que comercializan seguros de esas características están sometidos a la normativa aplicable a la mediación de seguros o si el componente financiero y el mayor riesgo, incluso la volatilidad, de este tipo de productos hace que tal actividad haya de considerarse, más bien, intermediación en materia de inversiones.

5. El régimen jurídico de ambas categorías de intermediación varía y está regulado por diferentes directivas, que han sido objeto de una modificación reciente, aplicable solo a partir de 2018. No obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia en este asunto podrá ser útil para interpretar las normas que afectan, tanto ahora como a partir de 2018, a los productos de inversión basados en seguros.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

6. La mediación en seguros está regulada por la Directiva 2002/92/CE, (5) modificada y refundida por la Directiva (UE) 2016/97. (6)

7. El asesoramiento en materia de inversiones es una actividad sometida a la Directiva 2004/39/CE, (7) derogada por la Directiva 2014/65/UE. (8)

1. Directiva 2002/92

8. Los considerandos octavo, noveno, décimo cuarto y décimo séptimo afirman:

«(8) La coordinación de las normativas nacionales sobre los requisitos profesionales y el registro de las personas que acceden a la actividad de mediación de seguros y ejercen dicha actividad pueden

contribuir por tanto a la realización del mercado único de los servicios financieros y a una mayor protección del consumidor en este ámbito.

(9) Pueden distribuir los productos de seguros diversas personas o instituciones: agentes, corredores, operadores de bancaseguro, etc. La igualdad de trato entre los operadores y la protección del cliente requieren que todas estas personas o instituciones se contemplen en la presente Directiva.

[...]

(14) Los intermediarios de seguros y reaseguros deben ser registrados en la autoridad competente del Estado miembro en el que residan o en el que tengan su domicilio social, siempre y cuando cumplan requisitos profesionales estrictos en relación con su competencia, honorabilidad, seguro de responsabilidad profesional y capacidad financiera.

[...]

(17) La cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes es fundamental para proteger a los consumidores y garantizar la solidez del sector de los seguros y reaseguros en el mercado único.»

9. El artículo 1, apartado 1, relativo al ámbito de aplicación, prevé:

«La presente Directiva establece normas sobre el acceso y ejercicio de las actividades de mediación de seguros y reaseguros por parte de personas físicas y jurídicas establecidas en un Estado miembro o que desean establecerse en él.»

10. Según el artículo 2, punto 3:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[...]

3) mediación de seguros: toda actividad de presentación, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro o de celebración de estos contratos, o bien la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro.

No tendrán la consideración de mediación de seguros dichas actividades cuando las lleve a cabo una empresa de seguros o un

empleado de una empresa de seguros que actúe bajo la responsabilidad de esa empresa.

Tampoco se considerarán como mediación de seguros las actividades de información prestadas con carácter accesorio en el contexto de otra actividad profesional, siempre que dicha actividad no tenga como objetivo ayudar al cliente a celebrar o a ejecutar un contrato de seguro, ni la gestión de siniestros de una empresa de seguros a título profesional o actividades de peritaje y liquidación de siniestros».

11. De conformidad con el artículo 4, apartados 3 y 4:

«3. Los intermediarios de seguros y reaseguros deberán disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional que cubra todo el territorio de la Comunidad o de cualquier otra garantía comparable para las responsabilidades que pudieran surgir por negligencia profesional, de al menos 1 000 000 de euros por siniestro y, en suma, 1 500 000 euros para todos los siniestros correspondientes a un determinado año, a menos que tal seguro o garantía comparable ya esté cubierto por la empresa de seguros o reaseguros u otra empresa en cuyo nombre actúe el intermediario de seguros o de reaseguros, o por la cual el intermediario de seguros o de reaseguros esté facultado para actuar, o la empresa en cuestión asuma plena responsabilidad por los actos del intermediario.

4. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para proteger a los clientes frente a la incapacidad del intermediario de seguros para transferir la prima a la empresa de seguros o para transferir la cantidad de la indemnización o el reembolso de la prima al asegurado.»

12. De acuerdo con el artículo 12, apartados 2 y 3:

«2. Cuando el intermediario de seguros informe a su cliente de que facilita asesoramiento basado en un análisis objetivo, deberá facilitar ese asesoramiento sobre la base del análisis de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado de modo que pueda formular una recomendación, ateniéndose a criterios profesionales, respecto al contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente.

3. Antes de la celebración de un contrato determinado, el intermediario de seguros deberá como mínimo, en particular basándose en informaciones facilitadas por el cliente, especificar las exigencias y

las necesidades de dicho cliente además de los motivos que justifican cualquier tipo de asesoramiento que haya podido dar al cliente sobre un determinado producto de seguros. Dichas precisiones se modularán en función de la complejidad del contrato de seguro propuesto.»

2. Reglamento (UE) n.º 1286/2014 (9)

13. Según reza en el artículo 1, su objetivo es fijar «normas uniformes sobre el formato y el contenido del documento de datos fundamentales que deben elaborar los productores de productos de inversión minorista empaquetados y de productos de inversión basados en seguros [...], así como sobre el suministro del documento de datos fundamentales a los inversores minoristas con el fin de que estos puedan comprender y comparar las características fundamentales y los riesgos de dichos productos».

14. El artículo 4, punto 2, de este Reglamento define «producto de inversión basado en seguros» como «producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado».

3. Directiva 2016/97

15. A tenor del considerando quincuagésimo sexto:

«A menudo, se ofrecen a los clientes productos de inversión basados en seguros como posibles alternativas o sustitutos de los productos de inversión sujetos a la Directiva [2014/65]. En aras de una protección coherente del inversor y a fin de evitar el riesgo de arbitraje regulador, resulta importante que los productos de inversión basados en seguros estén sujetos, además de a las normas de conducta definidas para todos los productos de seguro, a normas específicas que contemplen el elemento de inversión incorporado en dichos productos; dichas normas específicas deben incluir el suministro de información apropiada, la obligación de que el asesoramiento sea adecuado y las restricciones en materia de remuneración.»

16. El artículo 2, apartado 1, puntos 1 y 17, contiene las definiciones siguientes:

«1) “distribución de seguros”: toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de

información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio de un contrato de seguro, cuando el cliente pueda celebrar un contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios;

[...]

- 17) «producto de inversión basado en seguros»: un producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate expuesto total o parcialmente, y directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado, [...]».

4. Directiva MiFID I

17. El artículo 1, apartado 1, recoge:

«La presente Directiva se aplicará a las empresas de inversión y a los mercados regulados.»

18. El artículo 2, apartado 1, prevé:

«La presente Directiva no se aplicará:

- a) a las empresas de seguros definidas en el artículo 1 de la Directiva 73/239/CEE y en el artículo 1 de la Directiva 2002/83/CE, ni a las empresas que ejerzan las actividades de reaseguro y de retrocesión contempladas en la Directiva 64/225/CEE;

[...]

- c) a las personas que presten un servicio de inversión, cuando dicho servicio se preste de manera accesoria en el marco de una actividad profesional, y siempre que esta última esté regulada por disposiciones legales o reglamentarias o por un código deontológico profesional que no excluyan la prestación de dicho servicio;

[...]

- j) a las personas que prestan asesoramiento en materia de inversiones en el ejercicio de otra actividad profesional no regulada por la presente Directiva, siempre que la prestación de dicho asesoramiento no esté específicamente remunerada;

[...]».

19. En el artículo 4, apartado 1, figuran estas definiciones:

«1) Empresa de inversión: toda persona jurídica cuya profesión o actividad habituales consisten en prestar uno o más servicios de inversión o en realizar una o más actividades de inversión con carácter profesional a terceros.

[...]

2) Servicios y actividades de inversión: cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo I.

[...]

4) Asesoramiento en materia de inversión: la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.»

5. *Directiva MiFID II*

20. El considerando octogésimo séptimo afirma:

«Las inversiones que implican contratos de seguro a menudo se ofrecen a los clientes como alternativas o sustitutos posibles de los instrumentos financieros sujetos a la presente Directiva. Para proporcionar una protección coherente a los clientes minoristas y garantizar la igualdad de condiciones entre productos similares, es importante que los productos de inversión basados en seguros estén sometidos a los requisitos adecuados. Mientras que los requisitos de protección del inversor en virtud de la presente Directiva deben aplicarse igualmente a las inversiones que asumen la forma de contratos de seguros, las estructuras de mercado y las características de producto distintas hacen que resulte más adecuado definir los requisitos detallados en la revisión en curso de la Directiva [2002/92] en vez de hacerlo en la presente Directiva. Por lo tanto, el derecho futuro de la Unión que regule las actividades de los intermediarios de seguros y las empresas de seguros debe garantizar debidamente un enfoque normativo coherente en relación con la distribución de productos financieros distintos que satisfacen necesidades similares de los inversores y plantean problemas comparables de protección del inversor. La Autoridad Europea de

Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), creada por el Reglamento (UE) n.º 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo (AESPJ), y la AEVM deben trabajar conjuntamente para lograr la mayor coherencia posible en las normas de conducta empresarial para dichos productos de inversión. Tales nuevos requisitos para productos de inversión basados en seguros deben establecerse en la Directiva [2002/92].»

21. El artículo 91 de la Directiva MiFID II contiene las modificaciones a la Directiva 2002/92. El artículo 2, punto 3, segundo párrafo, de esta última Directiva se sustituye por el texto siguiente:

«Con la excepción del capítulo III *bis* de la presente Directiva, dichas actividades no tendrán la consideración de mediación de seguros o de distribución de seguros cuando las lleve a cabo una empresa de seguros o un empleado de una empresa de seguros que actúe bajo la responsabilidad de esa empresa.»

22. Al artículo 2 de la Directiva 2002/92, se le añade un punto 13 que define el concepto de «producto de inversión basado en seguros» como «un producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate expuesto total o parcialmente, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado», salvo ciertas excepciones.

23. Además, la Directiva MiFID II insertó en la Directiva 2002/92 un capítulo III *bis*, relativo a «Requisitos adicionales de protección del cliente en relación con los productos de inversión basados en seguros». A tenor del artículo 13 *bis* de este capítulo, titulado «Ámbito de aplicación»:

«Sin perjuicio de la excepción del artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, el presente capítulo establece requisitos adicionales sobre las actividades de mediación de seguros y a las ventas directas realizadas por empresas de seguros cuando se realizan en relación con la venta de productos de inversión basados en seguros. Dichas actividades se denominarán actividades de distribución de seguros.»

B. Derecho sueco

24. La Lagen (2005:405) om försäkringsförmedling [Ley (2005:405) sobre Mediación de Seguros] incorporó al derecho sueco la Directiva 2002/92.

25. Conforme al párrafo segundo del artículo 1 del capítulo 1, de dicha Ley la mediación de seguros es una actividad profesional que consiste en: (1) presentar o proponer contratos de seguro o realizar trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro; (2) celebrar contratos de seguro por cuenta de terceros; o (3) asistir en la gestión y ejecución de contratos de seguros. (10)

26. Según el artículo 1 del capítulo 2 (al margen de ciertas excepciones ahora no relevantes), la actividad de mediación de seguros solo podrá ejercitarse con la autorización de la Finansinspektionen (Autoridad de Supervisión de los Mercados Financieros, Suecia).

27. Uno de los requisitos para obtener dicha autorización es que exista un seguro de responsabilidad civil profesional para cubrir la obligación de indemnizar que puede exigirse del mediador de seguros en caso de incumplimiento de sus obligaciones (artículos 5, número 4, y 6, número 2, del capítulo 2 de la Ley 2005:405).

28. En el capítulo 5 se recogen normas sobre cómo realizar la actividad de mediación de seguros. En concreto (artículo 4), se indica que el mediador de seguros ha de desarrollar su actividad respetando las buenas prácticas en materia de mediación de seguros y prestando la debida atención a los intereses de los clientes. También se precisa que el mediador de seguros tiene que adaptar su asesoramiento a los objetivos y a las necesidades del cliente y le ha de recomendar soluciones adecuadas. El mediador debe disuadir al cliente (cuando sea una persona física y actúe principalmente con objetivos ajenos a su actividad económica) de adoptar medidas que no puedan considerarse apropiadas, habida cuenta de las necesidades de esa persona, de su situación económica y de otras circunstancias.

29. Con arreglo al artículo 7 del capítulo 5, un mediador de seguros que incumpla, voluntariamente o por negligencia, las obligaciones que le incumben según el artículo 4 deberá indemnizar el daño patrimonial que por este motivo cause, entre otros, al cliente.

II. Litigios ante los órganos nacionales

30. En los dos litigios de los que está conociendo el tribunal de reenvío, los afectados reclaman una indemnización a la compañía Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag (en lo sucesivo, «Länsförsäkringar»), con la que determinados intermediarios de

seguros en Suecia tenían suscritas pólizas de responsabilidad civil profesional.

1. Asunto T 2761-15, Länsförsäkringar/Sucesión de Ingvar Mattsson

31. El Sr. Ingvar Mattsson, en el marco de un seguro de vida de capital, invirtió 500 000 coronas suecas en un certificado de inversión, que era un instrumento financiero estructurado. Llevó a cabo esta operación en enero de 2010, tras el asesoramiento de un empleado de la sociedad European Wealth Management Group AB (en lo sucesivo, «EWMG»), que era una empresa de mediación de seguros registrada.

32. El Sr. Mattsson perdió toda la cantidad invertida y presentó una reclamación contra EWMG, sociedad que posteriormente fue declarada en concurso. EWMG había suscrito con Länsförsäkringar el seguro de responsabilidad civil profesional exigido por la Ley 2005:405, que cubría su actividad e incluía la obligación de indemnizar prevista en el artículo 7 del capítulo 5 de aquella Ley.

33. El Sr. Mattsson demandó a Länsförsäkringar solicitándole el pago de 500 000 coronas suecas, más intereses. Esgrimió que EWMG había incumplido, voluntariamente o por negligencia, (11) las obligaciones que le incumbían con arreglo al artículo 4 del capítulo 5 de la Ley 2005:405, por lo que la aseguradora estaba obligada al pago de una indemnización, ya que se trataba de una contingencia cubierta por el seguro de responsabilidad civil profesional suscrito entre EWMG y Länsförsäkringar.

34. Länsförsäkringar admitió que la mediación en un seguro de vida de capital se encuentra en el ámbito de aplicación de la Ley 2005:405 y, por tanto, cubierta por el seguro de responsabilidad civil profesional. No obstante, adujo, con carácter principal, que el asesoramiento de EWMG no tuvo por objeto un seguro de vida de capital, sino la inversión en el instrumento financiero englobado en dicho seguro. No habría habido, pues, una mediación de seguros, sino un asesoramiento en materia de inversión en instrumentos financieros, que entra en el ámbito de aplicación de otras normas. (12)

35. Para Länsförsäkringar, el daño fue causado por el asesoramiento financiero y no por la mediación en un seguro de vida de capital. Con carácter subsidiario, alegó que EWMG no se había conducido negligentemente.

36. El tribunal de primera instancia estimó la demanda. A su juicio, el asesoramiento objeto del litigio estaba sujeto tanto a la Ley 2005:405 como a la Ley del mercado de valores. No obstante, también constató, refiriéndose, entre otras, a ciertas declaraciones de la Comisión Europea, que no se había pretendido que dichas normativas se aplicaran de modo cruzado. Habida cuenta del interés en la protección de los consumidores y de que la Autoridad de Supervisión de los Mercados Financieros no parecía haber pedido a EWMG ninguna autorización especial para el ejercicio de actividades financieras, el tribunal de primera instancia consideró que el Sr. Mattsson podía confiar en que era aplicable el seguro de responsabilidad civil profesional.

37. Länsförsäkringar recurrió ante el tribunal de apelación, que confirmó la sentencia de instancia. Contra este fallo ha acudido en casación al Högsta domstolen (Tribunal Supremo). Insiste en que el asesoramiento proporcionado por EWMG no constituyó una mediación de seguros y que, por lo tanto, no está comprendido en el seguro de responsabilidad civil profesional. Sin embargo, reconoce ahora que EWMG actuó de manera negligente.

38. El Sr. Mattsson ha fallecido y sus sucesores se oponen a que se revoque la sentencia del tribunal de apelación.

2. *Asunto T 25-16, Jan-Erik Strobel y otros/Länsförsäkringar*

39. La empresa de mediación de seguros Connecta Fond och Försäkring AB (en lo sucesivo, «Connecta»), que operó principalmente en los años 2004-2010, había suscrito con Länsförsäkringar el seguro de responsabilidad civil profesional exigido por la Ley 2005:405, que cubría su actividad e incluía la obligación de indemnizar prevista en el artículo 7 del capítulo 5 de aquella.

40. Un determinado número de personas entregó, durante varios años, sumas de dinero a Connecta con el fin de que las invirtiera en el denominado «Producto de obligaciones de empresa Connecta», que debería colocarse en un seguro de vida de capital. En contraprestación, esas personas recibieron ciertos documentos elaborados por Connecta y su empleado, más adelante director ejecutivo, el Sr. Per Rytterborg. Connecta también había desarrollado durante el período 2004-2010 una verdadera actividad de mediación de seguros.

41. Posteriormente se puso de manifiesto que el Sr. Rytterborg se había apropiado, indebidamente, de las cantidades entregadas por los clientes. Fue denunciado y a Connecta se le retiró la autorización de la

que disponía. El Sr. Rytterborg falleció en noviembre de 2010. Su sucesión y Connecta fueron declarados en concurso de acreedores en diciembre de 2010.

42. Un grupo de aquellas personas presentó una demanda contra Länsförsäkringar, reclamándole una indemnización en virtud del seguro de responsabilidad civil profesional de Connecta, por el importe de las cantidades que habían dado a esta última sociedad para que, según explicaban, las invirtiera en seguros de vida de capital.

43. Los reclamantes sostenían que había habido una mediación de seguros y que Connecta había incurrido en responsabilidad, con arreglo al artículo 7 del capítulo 5 de la Ley 2005:405, por la actuación del Sr. Rytterborg. La aseguradora de Connecta debía, pues, afrontar el pago de la correspondiente indemnización.

44. Länsförsäkringar arguyó, entre otros motivos, que los daños no habían tenido lugar en relación con la actividad asegurada, porque se había tratado de productos ficticios. El proceder del Sr. Rytterborg no constituiría, pues, una mediación de seguros y, por lo tanto, no caía en el ámbito de aplicación de la Ley 2005:405 ni, en consecuencia, en el seguro de responsabilidad civil profesional.

45. Para el tribunal de primera instancia, los daños estaban cubiertos por el seguro de responsabilidad civil profesional, por lo que estimó la demanda, en lo esencial. Constató que los demandantes habían tenido la intención de suscribir seguros de vida de capital y que, debido a la forma en la que había actuado el Sr. Rytterborg frente a ellos, podían legítimamente pensar que se trataba de una mediación en verdaderos contratos de seguro. Desde el punto de vista de la protección de los consumidores, la idea fundada de los demandantes sobre el objetivo del Sr. Rytterborg aboga con fuerza por entender que hubo una mediación de seguros.

46. Teniendo en cuenta que el concepto de mediación de seguros comprende los actos preparatorios y que Connecta también había ejercido, verdaderamente, una actividad de mediación de seguros, el tribunal de primera instancia apreció que, tal como habían ocurrido los hechos, podían incluirse objetivamente en el concepto de mediación.

47. Para el tribunal de apelación, en cambio, la actuación que se debate no suponía una mediación de seguros, por lo que revocó el fallo de instancia y desestimó la demanda. El que, al interpretar las normas, deba tomarse en consideración el interés en la protección de los

consumidores no significa que haya de otorgarse relevancia a la opinión subjetiva del consumidor sobre lo que es una mediación de seguros. Objetivamente —con independencia del parecer del consumidor— no hubo una mediación de seguros. Por tanto, la pretensión formulada no estaba amparada por el seguro de responsabilidad civil profesional.

48. Los perjudicados han recurrido en casación ante el Högsta domstolen (Tribunal Supremo). Mantienen que lo sucedido es una contingencia cubierta por el seguro de responsabilidad civil profesional. Alegan, entre otros motivos, que la actuación del Sr. Rytterborg fue una mediación de seguros, porque tenía una estrecha relación con la auténtica actividad, sometida a autorización, que desarrollaba Connecta.

III. Las cuestiones prejudiciales

49. A raíz de la controversia jurídica planteada en ambos litigios, el Högsta domstolen (Tribunal Supremo) solicita al Tribunal de Justicia que responda a las siguientes preguntas:

«T 25-16

- 1 a) ¿Incluye la [Directiva 2002/92] la actividad en la que el mediador de seguros no ha tenido ninguna intención de celebrar un verdadero contrato de seguro? ¿Tiene alguna relevancia que esta ausencia de voluntad ya existiera antes de iniciarse la actividad o solo apareciera después?
- 1 b) En la situación descrita en la cuestión 1 a), ¿tiene alguna relevancia que el mediador, además de la actividad ficticia, también haya desarrollado una verdadera actividad de mediación de seguros?
- 1 c) También en la situación descrita en la cuestión 1 a), ¿tiene alguna relevancia que la actividad haya tenido para el cliente la apariencia de un trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro? ¿Tiene alguna relevancia la opinión del cliente, ya sea fundada o infundada, sobre si ha habido una mediación de seguros?

T 2761-15

- 2 a) ¿Regula la [Directiva 2002/92] un asesoramiento, económico o de otro tipo, que se presta en relación con la mediación en un

seguro, pero mediante el cual no se pretende llegar a celebrar o mantener un contrato de seguro? A este respecto, ¿qué resulta de aplicación, en particular, por lo que se refiere a un asesoramiento sobre la colocación de capital en el marco de un seguro de vida de capital?

2 b) El asesoramiento a que se refiere la cuestión 2 a), cuando constituye, desde el punto de vista de su definición, un asesoramiento en materia de inversión con arreglo a la [Directiva 2004/39], ¿está también comprendido en el ámbito de aplicación de las disposiciones de esa Directiva o, en cambio, solamente en el de estas últimas? Si este asesoramiento también está incluido en la [Directiva 2004/39], ¿prevalece alguna normativa sobre la otra?»

50. Han depositado observaciones escritas cuatro grupos de recurrentes únicamente sobre las cuestiones relativas al asunto Strobel y otros/Länsförsäkringar, mientras que Länsförsäkringar, el Gobierno sueco, el Gobierno checo y la Comisión las han remitido sobre ambos asuntos.

51. La vista se celebró el 14 de septiembre de 2017 y en ella presentaron observaciones orales Länsförsäkringar, el Gobierno sueco, el Gobierno checo y la Comisión.

IV. Análisis de las cuestiones prejudiciales

52. Las preguntas formuladas por el tribunal de reenvío pueden ser reconducidas a dos problemas de interpretación del artículo 2, punto 3, de la Directiva 2002/92, bien diferenciados y de dispar dificultad. La primera puede responderse de forma escueta, mientras que la segunda requiere un análisis más exhaustivo, dada su complejidad.

A. Primera cuestión: aplicación de la Directiva 2002/92 a actividades de mediación en contratos de seguro llevadas a cabo con intención fraudulenta

53. Con las preguntas suscitadas en el asunto T 25/16, el tribunal remitente pretende saber si la actividad de mediación de seguros, definida en el artículo 2, punto 3, de la Directiva 2002/92, engloba las actividades de un intermediario que, al prestar sus servicios a ciertos clientes, abarcando actos preparatorios para la celebración de contratos de seguros con ellos, en realidad, tenía la intención de engañarlos y apropiarse ilícitamente de su dinero.

54. El tribunal de reenvío desea saber si, a este fin, son relevantes el momento de la aparición de la voluntad defraudadora del intermediario, la realización por este de actos de mediación lícita con otros clientes y la percepción del cliente sobre la actividad mediadora fraudulenta.

55. Länsförsäkringar defiende una interpretación subjetiva del concepto de mediación de seguros recogido en el artículo 2, punto 3, de la Directiva 2002/92: no habría mediación si el supuesto mediador no tuvo intención de concluir un verdadero contrato de seguro. A su juicio, actividades delictivas con apariencia de mediación de seguros no encajarían en esta noción y el resarcimiento de los daños sufridos por los clientes debería ventilarse empleando las normas de responsabilidad civil derivada de delitos, no las aplicables a las actividades de prestación de servicios de seguros.

56. En esa misma línea, Länsförsäkringar opina que es irrelevante el momento en el que aparezca la voluntad delictiva del intermediario, sea desde el inicio de sus relaciones con el cliente o posteriormente, durante las actividades preparatorias del contrato de seguro. Una vez surgida la voluntad defraudadora, desaparece la de celebrar el contrato de seguro y ya no se trataría de una actividad de mediación sometida a la Directiva 2002/92. Igualmente sería irrelevante que el defraudador llevara a cabo, a la vez, otras actividades correctas de mediación de seguros, porque es ilógico que estas convirtieran en lícitas las conductas defraudatorias.

57. Por el contrario, los cuatro grupos de recurrentes en ese litigio, el Gobierno checo y la Comisión propugnan una interpretación objetiva de aquel concepto. En la Directiva 2002/92 encajaría cualquier actividad preparatoria de la conclusión de contratos de seguros, con independencia del propósito subjetivo del intermediario.

58. Coincido con esta última tesis, pues creo que lo procedente es la interpretación objetiva del concepto de mediación de seguros. Esa apreciación no puede descansar sobre las intenciones o las percepciones de las personas físicas que actúen en su condición de empleados o de directivos de una empresa dedicada públicamente a la mediación de seguros. Atender a estos factores subjetivos generaría una imprevisibilidad en la aplicación de la norma, contraria a las exigencias del principio de seguridad jurídica.

59. De los criterios hermenéuticos aplicables para dilucidar los perfiles de la mediación de seguros, el primero es el literal. Se entiende por tal, a tenor del artículo 2, punto 3, de la Directiva 2002/92, «toda

actividad de presentación, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro [...]».

60. La definición pone su acento en la actividad, no en las intenciones subjetivas de quienes la practican. Basta que una empresa cuyo objeto propio es la mediación de seguros (y está autorizada para ello por la Administración) ofrezca sus servicios profesionales a los clientes para que se presuma que opera en esa cualidad, pudiendo los clientes confiar en que, efectivamente, desarrollará los trabajos previos a la firma de un contrato de seguro. Entre ellos se hallan, sin duda, las actividades preparatorias para la celebración de dicho contrato. (13)

61. Según describe el tribunal remitente, todo apunta a que Connecta se daba a conocer como lo que era, una empresa mediadora de seguros, que estaba registrada y operaba legalmente en Suecia desde 2004. Era esa empresa la que brindaba sus servicios de mediación a los clientes, de modo que deviene irrelevante que alguno o algunos de sus empleados (o incluso su director ejecutivo) (14) aprovecharan las actividades típicas de la mediación para diseñar y cometer un fraude en detrimento de los clientes, apropiándose de sus fondos.

62. La interpretación sistemática de la Directiva 2002/92 aboca a este mismo resultado. Su artículo 4, apartado 4 («los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para proteger a los clientes frente a la incapacidad del intermediario de seguros para transferir la prima a la empresa de seguros»), incluye en la mediación de seguros los supuestos en los que los intermediarios no transfieren las primas a las empresas aseguradoras, que es lo que ocurre en casos de fraude como el de Connecta.

63. La interpretación teleológica de la Directiva 2002/92 también justifica una concepción objetiva de la actividad de mediación de seguros. El objetivo de la armonización llevada a cabo por esta Directiva es favorecer la protección de los consumidores de seguros, según consta explícitamente en sus considerandos séptimo, octavo y décimo séptimo. (15) Una interpretación subjetiva de la noción de mediación de seguros, que la hiciera depender de la voluntad del intermediario, conllevaría una reducción de las garantías que la Directiva 2002/92 establece en favor de los consumidores de seguros.

64. Como ha argumentado la Comisión en sus observaciones, si la actividad de mediación dependiera de la voluntad del intermediario, se produciría la paradoja de que este podría invocar su intención

defraudadora, precisamente para salir del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/92 y no afrontar las responsabilidades que le impone.

65. Basta, pues, que las actuaciones de la empresa mediadora se expongan a los clientes, en términos objetivos, con la apariencia de preparatorias para la celebración de un contrato de seguro. Es irrelevante, repito, la intención del empleado (o directivo) de dicha empresa que haya intervenido en esas actividades, tanto si aspiraba realmente a obrar conforme a sus obligaciones como si aprovechó la ocasión para defraudar al cliente. Es igualmente irrelevante que sus intenciones ocultas estén presentes desde el momento inicial de su relación con el cliente o sobrevengan en el transcurso de las actividades preparatorias del ulterior contrato.

66. La responsabilidad de la empresa mediadora se extiende a los perjuicios causados por sus empleados o directivos, cuando aparecen ante terceros como dependientes de aquella y hay una conexión entre el hecho ilícito que realizan y la actividad típica de la compañía. Creo que ambos factores concurren en este asunto, pues la apropiación de fondos atribuida al directivo que se extralimitó en sus funciones tuvo lugar en conexión con la tarea mediadora de quien se mostraba ante los clientes como representante de la propia empresa, a la que, bajo esa condición, se entregaban aquellos fondos.

67. La interpretación del concepto de mediación de seguros que propongo también convierte en irrelevante la percepción del cliente, a efectos de calificar los trabajos preparatorios de un contrato de seguro como mediación o no. Así lo reconoce incluso Länsförsäkringar, arguyendo que, en caso contrario, un fraude complejo y bien montado podría percibirlo el consumidor como una verdadera mediación, mientras que un fraude menor y menos sofisticado no sería percibido como tal, por saltar a la vista la intención defraudadora. Este argumento me parece lógico, pero es poco coherente, a mi juicio, con que esa misma compañía considere decisiva la intención del intermediario para determinar la existencia o no de mediación de seguros.

68. Por consiguiente, el artículo 2, punto 3, de la Directiva 2002/92 engloba las actividades de un intermediario que desarrolla para diversos clientes actividades preparatorias con vistas a la celebración de contratos de seguro, proceda aquel con intención defraudadora o no y sea cual sea la percepción que los clientes tengan de sus gestiones. Las responsabilidades en las que puedan incurrir las empresas mediadoras en el ejercicio de estas actividades, cuando cometen una falta

profesional, han de ser cubiertas por sus seguros de responsabilidad civil.

B. Segunda cuestión: la mediación en los seguros de vida de capital: ¿mediación de seguros o intermediación financiera?

69. En el litigio T 2761-15, el Sr. Mattsson suscribió un seguro de vida de capital, que combina un contrato de seguro de vida con la inversión en un instrumento financiero estructurado, tras recibir el asesoramiento de la empresa EWMG.

70. A la luz de estos hechos (y de los subsiguientes, que culminaron en la pérdida de la cantidad invertida), el órgano judicial remitente solicita al Tribunal de Justicia que determine si el asesoramiento de EWMG debe entenderse como una mediación de seguros encuadrada en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/92 o si, por el contrario, debe calificarse de asesoramiento en materia de inversiones sometido a la Directiva MiFID I. Alude también el tribunal *a quo* a la posibilidad de aplicar ambas Directivas conjuntamente.

71. Antes de proponer la respuesta a esta compleja cuestión, creo necesario realizar una consideración preliminar y analizar las características y la normativa aplicable a los seguros de vida de capital.

1. Consideración preliminar

72. Corresponde al tribunal de reenvío calificar el asesoramiento prestado en este asunto y dilucidar cuál era, precisamente, la naturaleza de la relación contractual entre EWMG y el Sr. Mattsson. Esta podría versar bien sobre un seguro de vida vinculado a un producto de inversión o bien sobre un mero instrumento financiero, desligado del seguro. En este último supuesto, EWMG no habría desplegado una actividad de mediación de seguros, sino un asesoramiento en materia de inversiones (para lo que, según se desprende de los autos, no disponía de la preceptiva autorización de la Autoridad de Supervisión de los Mercados Financieros).

73. Para el Gobierno sueco y Länsförsäkringar, el Sr. Mattsson adquirió un producto financiero complejo bajo la cobertura de un seguro de vida, por lo que proponen la aplicación de la Directiva MiFID I. Para la Comisión y el Gobierno checo, por el contrario, se trata de un contrato de seguro de vida con un componente de inversión, regido por la Directiva 2002/92.

74. Varios elementos aportados por el tribunal de reenvío parecen indicar que lo contratado por el Sr. Mattsson, con la mediación de EWMG, era un seguro de vida con depósito, esto es, una variante de los contratos de seguro en unidades de cuenta o vinculados a fondos de inversión, conocidos como «**unit-linked**», frecuentes en muchos Estados miembros.

75. Si esto es así, nos encontraríamos con una figura contractual subsumible en el ámbito del seguro (y, por consiguiente, susceptible de encuadrarse en la mediación de seguros). A ella se ha referido el Tribunal de Justicia, declarando que «los contratos denominados “**unit-linked**”, “en unidades de cuenta” o “vinculados con fondos de inversión”, [...] forma[n] parte de uno de los ramos del seguro de vida, tal como se desprende expresamente del anexo I, punto III, de la Directiva “del seguro de vida”, interpretado en relación con el artículo 2, punto 1, letra a), de esta Directiva». (16) El contrato examinado en aquella sentencia tenía rasgos que lo acercan al que ahora está en discusión. (17)

76. Partiré, pues, de esta premisa, bajo la reserva de que, como he avanzado, solo el tribunal *a quo* está en condiciones de pronunciarse con plenitud de conocimiento sobre la naturaleza del contrato objeto de litigio.

77. He de hacer, ahora, una precisión adicional, por si pudiera ser útil al tribunal de reenvío. La empresa EMWG y el empleado que asesoró al Sr. Mattsson eran mediadores de seguros, con licencia de las autoridades suecas para ocuparse solo de actividades aseguradoras, no de intermediación financiera. Si lo que aconsejaron que firmara al Sr. Mattsson fue, en realidad, con la apariencia de un seguro de vida de capital, un mero instrumento financiero estructurado (esto es, si hubiesen actuado como intermediarios financieros genuinos), habrían incumplido, en perjuicio del cliente, la legislación que circunscribe su cometido al ramo de seguros. De esta falta grave en el ejercicio profesional derivaría la posibilidad de que los clientes perjudicados le exigieran el resarcimiento de los perjuicios causados. Al no poder afrontarlos (en este caso, por la quiebra de EMWG), su seguro obligatorio de responsabilidad civil profesional (18) los debería, en principio, asumir.

2. La evolución del régimen jurídico de los contratos de seguros de vida en unidades de cuenta («**unit linked**») en el derecho de la Unión

78. Estos contratos son una modalidad de seguros de vida que se ha generalizado al socaire de la globalización financiera. Difieren de los seguros de vida *tradicionales* en cuanto a la asunción del riesgo, lo que los convierte en mucho más «peligrosos» para los consumidores. (19)

79. En los seguros de vida *tradicionales*, el asegurador recibe las primas y las invierte por su cuenta y riesgo, ofreciendo al tomador una rentabilidad mínima, calculada de forma técnica. En los seguros de vida en unidades de cuenta, por el contrario, la prima pagada es invertida por el asegurador en valores o fondos elegidos por el propio tomador del seguro, que asume el riesgo de su evolución (la rentabilidad es fluctuante, pues dependerá del valor de los activos objeto de la inversión en el momento del cobro de la prestación).

80. Es imprescindible que este tipo de seguros alberguen un producto híbrido de seguro de vida más inversión, porque si solo englobaran una inversión financiera no serían un verdadero contrato de seguro. (20)

81. La proliferación de estos seguros de vida en unidades de cuenta puede deberse, entre otros factores, a que con ellos se consigue un trato fiscal más favorable para las inversiones (así parece ocurrir en Suecia, según las informaciones del Gobierno sueco). A lo que se añade la intervención, cada vez mayor, de los bancos en las actividades de seguros y la búsqueda por las compañías aseguradoras de mejores oportunidades de inversión para los capitales que captan.

82. En los seguros de vida vinculados a la inversión, la tarea de los intermediarios de seguros es muy relevante para los clientes minoristas carentes de conocimientos financieros especializados, que pueden no ser conscientes de los riesgos ni de los costes que asumen al contratarlos. Tanto por las consecuencias negativas de la cancelación como por el mayor coste de los productos, un asesoramiento inadecuado puede comportar que dichos clientes paguen más en comisiones y se vean atrapados en productos que conlleven una penalización cuando quieran desprenderse de ellos. (21)

83. Como estos riesgos para los consumidores no se han percibido con toda su amplitud hasta el estallido de la crisis financiera de 2008, la Directiva 2002/92 carecía de normas específicas sobre la mediación en la venta de complejos productos de seguro de vida con componentes de inversión. Los seguros de vida de capital se comercializaban al amparo de las disposiciones generales aplicables a la mediación para la venta de todos los productos de seguro, pese a representar un riesgo más

elevado para los tomadores no profesionales. Tampoco se incluyeron disposiciones singulares sobre ellos en la Directiva MiFID I.

84. Por el contrario, la Directiva MiFID II, cuyo plazo de incorporación a los derechos internos acabó el 3 de julio de 2017 y que desplegará efectos a partir del 3 de enero de 2018, se ocupó de modo específico de los contratos de seguro ligados a la inversión. En concreto, remitió su regulación a la modificación de la Directiva 2002/92 entonces en curso.

85. El artículo 91 de la Directiva MiFID II se limitó a modificar la Directiva 2002/92 para incorporar como punto 13 de su artículo 2 el concepto de «producto de inversión basado en seguros», (22) y a añadir un nuevo capítulo III *bis* para establecer requisitos adicionales de protección del cliente, a los que han de atenerse tanto las actividades de mediación como las de venta directa (realizadas por empresas aseguradoras) de aquellos productos. (23)

86. Tras la MiFID II, el Reglamento n.º 1286/2014 (24) define «producto de inversión basado en seguros» como «producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado». Los contratos de seguro de vida de capital encajan en este concepto y el artículo 2 prevé la aplicación de este Reglamento a las personas que los produzcan, los vendan o que asesoren sobre ellos, entre quienes se hallan los mediadores de seguros.

87. El último paso en la regulación de los contratos de seguro de capital lo ha dado la Directiva 2016/97, que refunde y deroga la Directiva 2002/92. Su considerando quincuagésimo sexto (25) retoma el encargo contenido en la Directiva MiFID II y subraya que los productos de inversión basados en seguros (26) han de estar sujetos, además de a las normas de conducta definidas para todos los productos de seguro, a «normas específicas relativas al suministro de información apropiada, a la obligación de asesoramiento adecuado y a restricciones en materia de remuneración».

88. La Directiva 2016/97 fija los requisitos adicionales que deben cumplir los intermediarios de seguros y las empresas aseguradoras en relación con los productos de inversión basados en seguros. Se refieren, en particular, a la prevención de los conflictos de intereses y a su gestión (artículos 27 y 28); a la información a los clientes (artículo 29); y al «análisis de idoneidad y adecuación e información a los clientes» (artículo 30).

89. Este complejo *iter* legislativo revela que el legislador ha querido someter la comercialización, a través de intermediarios, de los contratos de seguro de capital a las normas aplicables a la distribución de los seguros y a la actividad aseguradora.

90. Tal opción legislativa ha ido acompañada del establecimiento de estándares de protección de los consumidores equiparables, pero no idénticos, a los que la Directiva MiFID II reclama a las empresas que comercializan instrumentos financieros. Lo que es lógico, ya que, en realidad, son contratos híbridos que combinan un seguro de vida con un producto financiero.

91. La alternativa rechazada por el legislador de la Unión fue, pues, someter estas transacciones a las mismas condiciones exigibles a las empresas que realizan intermediación financiera bajo el régimen de la Directiva MiFID II.

92. Este argumento descarta también la posibilidad de someter, acumulativamente, la mediación en seguros de vida de capital tanto al régimen de la Directiva 2016/97 como al de la Directiva MiFID II. Ningún precepto de estas Directivas contempla su aplicación simultánea a aquella actividad.

3. *Respuesta a la cuestión prejudicial*

93. Si los hechos del litigio principal hubieran ocurrido en 2018, deduzco que les sería aplicable la Directiva 2016/97 y sus reglas sobre la intermediación o la distribución de productos de inversión basados en seguros, categoría en la que cabe, siempre con las reservas antes expuestas, un contrato como el celebrado por el Sr. Mattsson. (27)

94. Sin embargo, aquel contrato se firmó en 2010, por lo que el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia que le aclare si una mediación orientada a la suscripción de un seguro de vida de capital encajaba, entonces, en la Directiva 2002/92, en la Directiva MiFID I o si le resultaban aplicables ambos regímenes jurídicos.

95. Partiré, como premisa (de nuevo, con el *caveat* ya reiterado) de que, por sus rasgos, el objeto del contrato era un seguro de vida de capital en unidades de cuenta («**unit-linked**») o una figura contractual muy semejante a aquel. Si así fuera, la mediación para celebrarlo está sujeta únicamente a la Directiva 2002/92, lo que inhibe la aplicación de la Directiva MiFID I.

96. Al igual que todas las partes, entiendo que no es posible la aplicación simultánea a un intermediario de seguros del régimen de la Directiva 2002/92 y del régimen de la Directiva MiFID I, porque están pensados para el control de actividades dispares y con diferente nivel de riesgo. (28)

97. La no inclusión en la Directiva MiFID II de los productos de inversión basados en seguros y su regulación en la Directiva 2016/97 confirma, a mi juicio, que la opción del legislador de la Unión —ahora explícita, antes implícita— ha sido someter a los intermediarios de seguros de capital exclusivamente al régimen jurídico de las Directivas sobre mediación de seguros. En este sentido, hay que rechazar la tesis del Gobierno sueco mantenida en la vista, según la que en un contrato de seguro de vida de capital habría, en realidad, dos asesoramientos distintos, regido uno (sobre el seguro) por la Directiva 2002/92 y el otro (sobre la inversión), por la Directiva MiFID I. Un seguro de vida de capital forma un todo inescindible y el régimen jurídico de la mediación en este tipo de contratos era únicamente el de la Directiva 2002/92.

98. Debo precisar que nada impide, como el Gobierno sueco indica en sus observaciones, que un intermediario pueda actuar con un «doble sombrero» y cumplir con las exigencias de la Directiva 2002/92, en cuanto mediador de seguros, y con los controles de la Directiva MiFID I. En este caso, su responsabilidad civil profesional estará doblemente asegurada y se activará en función de que intervenga en operaciones correspondientes a la mediación de seguros o al asesoramiento de inversiones, tal como se colige del artículo 8 de la Directiva 2006/49/CE. (29) No era este, sin embargo, el caso de autos.

99. Son varios los argumentos que, a mi entender, respaldan la solución que propongo. En primer lugar, el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2002/92 define bastante ampliamente la mediación de seguros al incluir «*toda actividad* (30) de presentación, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro o de celebración de estos contratos, o bien la *asistencia en la gestión y ejecución* (31) de dichos contratos, en particular en caso de siniestro». Tanto el asesoramiento previo a la celebración de un contrato de seguro de vida de capital, como la asistencia posterior al tomador, en relación con la evolución financiera de dicho contrato, tienen cabida en la actividad de mediación de seguros.

100. En segundo lugar, la Directiva 2016/97 confirma que la mediación relativa a los seguros de vida de capital estaba sometida a la Directiva 2002/92. La Directiva 2016/17, al refundir y completar esta última,

mantiene en su artículo 2, apartado 1, punto 1, la misma definición de mediación de seguros (aunque ahora la denomina *distribución de seguros*) y amplía los supuestos que comprende. Sin modificar la noción de mediación de seguros, introduce expresamente en su ámbito de aplicación los «productos de inversión basados en seguros» y enumera, en su capítulo VI, los requisitos adicionales que los intermediarios de seguros han de cumplir cuando asesoren acerca de estos productos, que engloban los contratos de seguro de vida de capital, según ya he explicado. La Directiva MiFID II no incorporó estos productos a su ámbito de aplicación, lo que implica que la Directiva MiFID I tampoco los englobaba.

101. En tercer lugar, el análisis de la Directiva MiFID I no permite deducir que el asesoramiento sobre un contrato de seguro de vida de capital esté cubierto por dicha norma, antes al contrario. A estos efectos, son relevantes las *exclusiones* previstas en su artículo 2, apartado 1, letras a), c) y j), que se refieren respectivamente a:

- Empresas de seguros definidas en el artículo 1 de la Directiva 73/239/CEE y en el artículo 1 de la Directiva 2002/83, y empresas que ejerzan las actividades de reaseguro y de retrocesión contempladas en la Directiva 64/225/CEE. Aunque no se alude expresamente a los intermediarios de seguros regidos por la Directiva 2002/92, la exclusión del sector asegurador del ámbito de aplicación de la MiFID I es evidente.
- Personas que presten un servicio de inversión de manera *accesorio* en el marco de una actividad profesional, siempre que esta última esté regulada por disposiciones legales o reglamentarias o por un código deontológico profesional que no excluyan la prestación de dicho servicio. Un mediador de seguros cabe en esta categoría si su actividad *principal* se concentra en el asesoramiento y la gestión de contratos de seguro, de modo que el asesoramiento financiero, cuando se proyecta sobre inversiones ligadas a seguros, deviene una acción meramente instrumental, esto es, *accesorio*. (32)
- Personas que brindan asesoramiento en materia de inversiones en el ejercicio de otra actividad profesional no regulada por la Directiva MiFID I, siempre que dicho asesoramiento no esté específicamente remunerado. Un intermediario de seguros que reciba remuneración exclusivamente del tomador del seguro de vida de capital o de la compañía aseguradora se ajustaría a este supuesto y quedaría excluido de la Directiva MiFID I.

102. En cuarto lugar, no se puede considerar aplicable la Directiva MiFID I a contratos de seguro de vida de capital solo porque el componente de inversión de estos contratos pudiera tener encaje en uno de los instrumentos financieros previstos en la sección C del anexo I de la Directiva MiFID I. Dicho encaje dependerá de cada tipo de contrato de seguro de vida de capital y del instrumento financiero elegido, que puede no ser encuadrable en aquella sección. (33)

103. En quinto y último lugar, la demanda de una mayor protección de los consumidores (tomadores/inversores) tampoco justifica el sometimiento de la mediación en seguros de vida de capital al régimen de la Directiva MiFID I, aun siendo cierto que esta Directiva impone más exigencias a las empresas de inversión y establece normas de protección de los inversores (artículos 19 a 24) más estrictas que las de la Directiva 2002/92.

104. Como ya he avanzado, el mayor riesgo económico asumido por los clientes de instrumentos financieros respalda una protección superior a la reclamada en el caso de los tomadores de seguros. No obstante, el artículo 12 de la Directiva 2002/92 también ofrece a estos últimos, cuando se trata seguros de vida de capital, un nivel de protección adecuado a sus específicos riesgos. (34) Sería desproporcionado forzar a los intermediarios de seguros al cumplimiento de *todas* las normas MiFID en esta materia. La Directiva 2016/97, si bien incrementa la protección de los tomadores de seguros de vida de capital y, simétricamente, las obligaciones de los intermediarios de seguros que los asesoren, no extiende a estos últimos *todas* las exigencias que la Directiva MiFID II impone a las sociedades autorizadas para asesorar en materia de inversiones.

105. En suma, mi parecer es que la mediación en un seguro de vida de capital, como el controvertido en este litigio, se regula por la Directiva 2002/92, no por la Directiva MiFID I.

V. Conclusión

106. A tenor de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones del Högsta domstolen (Tribunal Supremo, Suecia) de la manera siguiente:

- «1) El artículo 2, punto 3, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, engloba las actividades de un

intermediario que, contando con la pertinente autorización administrativa para actuar en esa condición, realiza para diversos clientes actividades preparatorias con vistas a la celebración de contratos de seguro, aunque su intención sea defraudadora y sea cual sea la percepción subjetiva que los clientes tengan de sus gestiones.

- 2) Si los contratos controvertidos en los litigios principales son susceptibles de calificarse como contratos de seguro de vida de capital, “**unit linked**” o relativos a productos de inversión basados en seguros, lo que corresponde dilucidar al tribunal de reenvío, el intermediario de seguros que asesora a quien los suscribe realiza una actividad regida por la Directiva 2002/92 y no un asesoramiento en materia de inversiones sujeto a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.»

1 Lengua original: español.

2 Según la numeración nacional, se trata del recurso de casación T 25-16.

3 Según la numeración nacional, se trata del recurso de casación T 2761-15.

4 Es usual en el mercado emplear la expresión inglesa «**unit linked**» para aquellos contratos en los que el tomador invierte en un seguro de vida designando los activos en los que se concretará su inversión, activos cuya titularidad asume la compañía aseguradora que los asigna a la póliza.

5 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros (DO 2003, L 9, p. 3).

6 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida) (DO 2016, L 26, p. 19).

7 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DO 2004, L 145, p. 1) («Directiva MiFID I», en lo sucesivo).

8 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92 y la Directiva 2011/61/UE (DO 2014, L 173, p. 349) («Directiva MiFID II», en lo sucesivo).

9 Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros (DO 2014, L 352, p. 1; corrección de errores en DO 2015, L 60, p. 70). Su entrada en vigor ha sido retrasada al 1 de enero de 2018 por el Reglamento (UE) 2016/2340 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, por el que se modifica el Reglamento n.º 1286/2014 (DO 2016, L 354, p. 35).

10 La Ley 2005:405 se corresponde con la Directiva 2002/92, en lo que se refiere al concepto de mediación de seguros.

[11](#) El Sr. Mattsson acusaba especialmente a EWMG, en relación con la firma del seguro de vida de capital, de no haberle informado del alto riesgo que suponía el certificado de inversión o de no haberle desaconsejado esta inversión, y de haberle proporcionado, en cambio, datos incorrectos.

[12](#) La lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden [Ley (2007:528) del Mercado de Valores] y de la lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter [Ley (2003:862) sobre Asesoramiento Financiero a los Consumidores].

[13](#) No es preceptivo que el contrato se concluya tras las actividades preparatorias, pues no toda mediación ha de culminar, forzosamente, en un contrato de seguros ulterior.

[14](#) Las partes en el litigio principal explican que Connecta, miembro de la asociación sueca de intermediarios de seguros, comercializaba su seguro de vida de capital con la publicidad en su página web y a través de reuniones informativas (organizadas por el Sr. Rytteborg y otros trabajadores de esa sociedad) con personas mayores, a quienes informaban de las ventajas de este seguro; muchos de los que lo contrataron eran ya clientes de Connecta.

[15](#) Véase la sentencia de 17 de octubre de 2013, EEAE y otros (C-555/11, EU:C:2013:668), apartados 27 y 30.

[16](#) Sentencia de 1 de marzo de 2012, González Alonso (C-166/11, EU:C:2012:119), apartado 29. La Directiva «del seguro de vida» a la que alude la sentencia es la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (DO 2002, L 345, p. 1).

17 En concreto, incluía «[...] un seguro de vida como contrapartida del pago mensual de unas primas destinadas a ser invertidas en renta fija, en renta variable y en productos financieros, cuyo riesgo financiero soporta el tomador del seguro [...]» (sentencia de 1 de marzo de 2012, González Alonso, C-166/11, EU:C:2012:119, apartado 28).

18 Recuerdo que el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2002/92 reclama que el seguro cubra la responsabilidad civil del mediador resultante de su negligencia profesional.

19 Puede parecer contra-intuitivo que en estos contratos sea precisamente el tomador del seguro quien asuma riesgos financieros, pero así es. Los productos de inversión basados en seguros pueden llegar a ser, en realidad, muy poco «seguros», si este calificativo se entiende en su sentido usual de cierto, indubitado o exento de riesgo.

20 La sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2015 (ES:TS:2015:254) anuló, por vicio del consentimiento, dos contratos de seguro de vida «**unit linked** multiestrategia» de la aseguradora C., comercializados como intermediario de seguros por oficinas del Banco S. En ese asunto, la totalidad de la prima pagada se invertía en una cesta de fondos gestionada por una empresa de inversión perteneciente al 100 % al grupo liderado por ese banco. El valor de los fondos se volatilizó a causa del llamado «caso Madoff» y los tomadores perdieron su inversión (el banco les ofreció una compensación en acciones preferentes). Banco S. ofertó un producto en el que el dinero del cliente se destinaba a unos fondos de inversión de una compañía del propio banco, que, por razones fiscales, había celebrado un acuerdo con la aseguradora C. para que la inversión se articulara a través de un seguro de vida «**unitlinked**».

21 La Comisión en 2012 cuantificó en un máximo de 1,1 billones de euros el perjuicio potencial para el consumidor, en el conjunto de la Unión, por la venta de productos inadecuados de seguro de vida vinculados a fondos de inversión. Véase el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto, que acompaña al

documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mediación en los seguros, SWD (2012) 192 final, de 3 de julio de 2012, p. 4.

[22](#) Véase su transcripción en el punto 22. Excluye expresamente de la definición de estos productos los seguros distintos del seguro de vida, los seguros de vida tradicionales sin componente financiero, los regímenes de pensiones profesionales y los productos de pensión individuales.

[23](#) Véase el punto 23 de estas conclusiones.

[24](#) Es habitualmente conocido como Reglamento PRIIPs (siglas inglesas correspondientes a *Packaged Retail and Insurance-based Investment Products*).

[25](#) Véase su transcripción en el punto 15. La Directiva 2016/97 habla de distribución de seguros, en lugar de mediación, porque incluye, además de la mediación, otras modalidades adicionales de distribución vinculadas con las nuevas tecnologías.

[26](#) El concepto de «producto de inversión basado en seguros» se define en su artículo 2, apartado 1, punto 17, retomando literalmente los términos introducidos por la Directiva MiFID II en la Directiva 2002/92, así como las exclusiones allí previstas.

[27](#) En el apartado 3.3 de sus observaciones escritas, Länsförsäkringar parece compartir también esta opinión. Acepta que, a la luz de la definición contenida en la Directiva 2016/97, las reglas propias de los productos de inversión basados en seguros habrían sido aplicables a este asunto, si aquella Directiva hubiera estado en vigor en vez de la Directiva 2002/92.

28 El control de las empresas de inversión que comercializan o asesoran en la comercialización de servicios financieros es más estricto, porque los instrumentos financieros con los que operan entrañan, para los consumidores, riesgos más elevados y más difíciles de comprender. Por el contrario, el control sobre las actividades de mediación de los intermediarios de seguros es menor, porque también lo es el riesgo de afectación del patrimonio de los clientes.

29 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (refundición) (DO 2006, L 177, p. 201). Su artículo 8, vigente en el momento de los hechos, establece que si una empresa de inversión está registrada asimismo como mediadora de seguros, habrá de cumplir el requisito del apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 2002/92 (seguro de responsabilidad civil profesional), y, además, habrá de tener: a) un capital inicial de 25 000 euros; b) un seguro de responsabilidad civil profesional que cubra todo el territorio de la Unión u otra garantía comparable para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional, con una cobertura mínima de 500 000 euros por reclamación de daños, y un total de 750 000 euros anuales para todas las reclamaciones; o c) una combinación tal de capital inicial y seguro de responsabilidad civil profesional que dé lugar a un nivel de cobertura equivalente al de las letras a) o b).

La Directiva 2006/49 ha sido derogada por la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49 (DO 2013, L 176, p. 338), pero el contenido del artículo 8 ha sido retomado por el artículo 31, apartado 2, de la nueva Directiva.

30 El subrayado es mío.

31 El subrayado es mío.

32 Si un mediador de seguros realiza como actividad *principal* asesoramiento en materia de inversiones, deberían intervenir las autoridades administrativas nacionales de control y exigirle la autorización requerida a las empresas de inversión a tenor de la Directiva MiFID I.

33 Que, en la enumeración de instrumentos financieros de la sección C del anexo I de la Directiva MiFID I, no aparezca la categoría de «productos de inversión basados en seguros» no significa que el producto financiero comercializado con el seguro de vida de capital no pueda subsumirse en alguna de las categorías de esa enumeración, como las de «valores negociables» o «participaciones de organismos de inversión colectiva».

34 El riesgo de estos seguros suele ser inferior al de los instrumentos financieros propios de la MiFID I, según las informaciones del sector. Véase Insurance Europe, *Complexity and comprehension for insurance-based investment products (IBIPs)*, Position Paper COB-PRI-17-002, de 13 de junio de 2017.