SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 21 de diciembre de 2011 *

En el asunto C-271/09,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 16 de julio de 2009,

Comisión Europea, representada por las Sras. E. Montaguti y K. Herrmann, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República de Polonia, representada por los Sres. M. Dowgielewicz, M. Szpunar, M. Jarosz y P. Kucharski, en calidad de agentes,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: polaco.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász, T. von Danwitz y D. Šváby (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. N. Jääskinen;
Secretario: Sr. K. Malaček, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 16 de diciembre de 2010;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de abril de 2011;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su demanda, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al mantener en vigor los artículos 143, 136, apartado 3, y 136a, apartado 2, de la Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Ley sobre organización y funcionamiento de los fondos de pensiones), de 28 de agosto de 1997, en su versión modificada (Dz. U de 2004, nº 159, posición 1667; en lo sucesivo, «Ley sobre fondos de pensiones»), mediante los que se

restringen las inversiones en el extranjero de los fondos de pensiones abiertos polacos (en lo sucesivo, «FPA»).

Marco jurídico

Normativa de la Unión

Directiva 88/361/CEE

2 La introducción del anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado [artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam] (DO L 178, p. 5), titulado «Nomenclatura de los movimientos de capitales contemplados en el artículo 1 de la Directiva », dispone:

«[...]

Los movimientos de capitales enumerados en la presente nomenclatura abarcan:

[...]

— Las operaciones efectuadas por cualquier persona física o jurídica [definidas por las disposiciones normativas nacionales], incluidas las operaciones relativas a los haberes o compromisos de los Estados miembros y de las demás administraciones y organismos públicos, sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3 del artículo 68 del Tratado,

[...]»

Directiva 2003/41/CE

3 El artículo 18, apartados 5 y 6, de la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO L 235, p. 10) dispone:

«5. De conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 a 4, los Estados miembros podrán, respecto de las instituciones domiciliadas en su territorio, fijar normas más detalladas, incluidas las normas cuantitativas, siempre que se justifiquen según el principio de prudencia, y resulte de aplicación al conjunto de planes de pensiones integrados en estas instituciones.

En particular, los Estados miembros podrán aplicar disposiciones en materia de inversión similares a las de la Directiva 2002/83/CE.

No obstante, los Estados miembros no impedirán a las instituciones que:

[…]

b) inviertan hasta el 30 % de sus activos que cubran provisiones técnicas en activos expresados en divisas distintas de aquéllas en que estén expresados los pasivos;

[…]

6. El apartado 5 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a exigir a las instituciones domiciliadas en su territorio que apliquen normas más rigurosas de inversión también con carácter individual, siempre que así se justifique por razones de prudencia, en particular por la institución.»

Normativa nacional

4 Sin perjuicio de las adaptaciones relativas a las disposiciones transitorias aplicables a aquellos nacidos antes del 1 de enero de 1949 y entre el 1 de enero de 1949 y el 31 de diciembre de 1968, el régimen de pensiones de jubilación, que entró en vigor en Polonia el 1 de enero 1999 en virtud de la Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych (Ley sobre el régimen de la seguridad social), de 13 de octubre de 1998, en su versión modificada (Dz. U de 2007, nº 11, posición 74), se sustenta en tres pilares:

— El primer pilar, obligatorio, basado en el principio de reparto. El Zakład Ubezpieczeń Społecznych (organismo de seguridad social; en lo sucesivo, «ZUS»), entidad pública que dispone de los recursos financieros del Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (Fondo de seguro social), gestiona y abona las pensiones.

— El segundo pilar, también obligatorio, basado en el principio de capitalización. Está constituido por los FPA, que actualmente son catorce.

— El tercer pilar, facultativo, está constituido por mecanismos de ahorro voluntario complementario. Está regulado por la Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych (Ley relativa a las cuentas de jubilación individuales), de 20 de abril de 2004 (Dz. U nº 116, posición 1205).

5 Según el artículo 3, apartado 1, número 2, de la Ley sobre el régimen de la seguridad social, de 13 de octubre de 1998, en su versión modificada, los FPA se definen de conformidad con las disposiciones de la Ley sobre fondos de pensiones.

6 A tenor del artículo 2 de la Ley sobre fondos de pensiones, un FPA está destinado a acumular e invertir los recursos financieros con vistas a devolverlos a sus partícipes una vez que éstos hayan alcanzado la edad de jubilación.

7 Con arreglo al artículo 3 de esta Ley, un FPA es una persona jurídica constituida bajo la forma de una fundación y dotada de activos distintos de la sociedad que lo ha constituido, que lo gestiona y que lo representa con carácter exclusivo en sus relaciones con terceros, la Powszechne Towarzystwa Emerytalne (en lo sucesivo, «PTE»). En virtud del artículo 27 de la citada Ley, esta sociedad gestora ejerce su actividad exclusivamente bajo la forma de una sociedad anónima, y con arreglo al artículo 29 de dicha Ley, a título oneroso. Una PTE sólo puede gestionar un único FPA.

8 Los FPA, que los contribuyentes pueden elegir libremente, se alimentan mediante la transmisión, por el ZUS, de una tercera parte de las cotizaciones para la contingencia de jubilación abonadas por cuenta de los contribuyentes en el marco del primer pilar del régimen de pensiones de jubilación.

9 En virtud del artículo 180 de la Ley sobre fondos de pensiones, el Tesoro Público garantiza la cobertura de los déficits de los FPA, en el supuesto de que, de conformidad con el artículo 175, apartado 1, de esta Ley, el rendimiento del fondo durante un período de 36 meses sea inferior al rendimiento mínimo exigido, a saber, un rendimiento del 50 % inferior al rendimiento medio ponderado de todos los FPA durante dicho período o de cuatro puntos porcentuales de dicha media, en función del valor más bajo, cuando ni el FPA afectado ni el Fondo de garantía, al cual contribuyen los FPA con arreglo al capítulo 19 de dicha Ley, dispongan de recursos a tal efecto.

10 Los artículos 134 a 137 de la Ley sobre fondos de pensiones definen el modo de financiación de la actividad de los FPA. En virtud de estas disposiciones, éstos se remuneran cobrando un porcentaje de las cotizaciones abonadas, antes de su conversión en participaciones y hasta un máximo del 3,5 % de éstas, así como facturando gastos en concepto de gestión del fondo por la PTE, cuyo importe se determina en función del valor de los activos y no puede rebasar los límites fijados en el artículo 136a, apartado 2, de esta Ley.

11 A efectos de la determinación del valor de los activos que sirven de base para determinar el importe de dichos gastos, el artículo 136, apartado 3, de dicha Ley establece:

«En la determinación del valor de los activos netos gestionados por el fondo, mencionada en los apartados 2 y 2a, no se tendrá en cuenta el valor de las inversiones previstas en el artículo 141, apartado 1, número 8, ni el de las inversiones en participaciones emitidas por organismos de inversión colectiva que tengan su domicilio en el extranjero, en el sentido del artículo 143, apartado 1.»

12 El artículo 136a de esta misma Ley dispone:

«1. Los costes vinculados a la conservación de los activos y a la ejecución y la liquidación de las operaciones de adquisición o de enajenación de activos del fondo, que correspondan a las comisiones adeudadas a las cámaras de compensación a cuya intermediación el fondo está obligado a recurrir en virtud de disposiciones particulares y que forman parte de la remuneración de la entidad depositaria, se cobrarán con cargo a los activos del fondo en función de la tabla de comisiones y de gastos actualmente en vigor de la cámara de compensación de que se trate.

2. Los costes mencionados en el apartado 1 que equivalgan a las comisiones adeudadas a las cámaras de compensación extranjeras se cobrarán con cargo a los activos del fondo en una cuantía máxima de los importes correspondientes adeudados a las cámaras de compensación nacionales mencionadas en el apartado 1.»

13 Los artículos 139 a 156 de la Ley sobre fondos de pensiones versan sobre las actividades de inversión de los FPA.

14 El artículo 139 de esta Ley establece que los FPA deberán invertir sus activos de conformidad con las disposiciones de la citada Ley con el objetivo de optimizar tanto la seguridad como la rentabilidad de estas inversiones.

15 El artículo 141, apartado 1, de la referida Ley está redactado en los términos siguientes:

«1. Los activos del fondo sólo podrán ser invertidos […] en las categorías de instrumentos siguientes:

1) obligaciones, bonos y otros valores emitidos por el Tesoro Público o por el Banco Nacional de Polonia, así como en préstamos y créditos a estas entidades;

2) obligaciones y otros títulos de deuda pública basados en prestaciones en especie, garantizados por el Tesoro Público o el Banco Nacional de Polonia o entidades vinculadas a estos organismos, así como los depósitos, créditos y préstamos garantizados por estos organismos o por las entidades vinculadas a los mismos;

3) depósitos bancarios y títulos emitidos por bancos en divisa polaca;

3a) depósitos bancarios y títulos emitidos por bancos en la divisa de un Estado miembro de la [Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)] o de otro Estado con el que la República de Polonia haya celebrado un convenio de promoción y de protección recíproca de las inversiones, siempre que estas divisas sólo puedan ser adquiridas con el objetivo de abonar los créditos corrientes del fondo;

4) acciones de sociedades cotizadas en un mercado bursátil regulado, así como derechos de suscripción preferente, opciones sobre acciones y obligaciones convertibles en acciones de sociedades cotizadas en un mercado bursátil regulado;

5) acciones de sociedades cotizadas en un mercado no oficial o desmaterializadas, de conformidad con las disposiciones de la Ley de 29 de julio de 2005, relativa a la comercialización de instrumentos financieros, acciones de sociedades no negociables en un mercado regulado, así como derechos de suscripción preferentes, opciones sobre acciones y obligaciones convertibles en acciones de sociedades cotizadas en un mercado no oficial o desmaterializadas, pero no cotizados en el mercado regulado;

6) participaciones de fondos de inversión nacionales;

7) certificados de inversión emitidos por fondos de inversión cerrados;

8) participaciones cedidas por fondos de inversión abiertos o por fondos de inversión abiertos especializados;

9) obligaciones y otros títulos de deuda pública emitidos por entidades territoriales, agrupaciones de entidades territoriales o por el Ayuntamiento de Varsovia, desmaterializados de conformidad con las disposiciones de la ley mencionada en el número 5;

10) instrumentos distintos de las obligaciones y otros títulos de deuda pública desmaterializados emitidos por entidades territoriales, agrupaciones de entidades territoriales o por el Ayuntamiento de Varsovia;

10a) obligaciones participativas previstas en la Ley de 29 de junio de 1995, relativa a las obligaciones (Dz. U. de 2001, nº 120, posición 1300; Dz. U. de 2002, nº 216, posición 1824, y Dz. U. de 2003, nº 217, posición 2124);

11) obligaciones desmaterializadas, de conformidad con las disposiciones de la Ley mencionada en el número 5, emitidas por entidades distintas de las entidades territoriales, agrupaciones de entidades territoriales o el Ayuntamiento de Varsovia, que estén garantizadas hasta el importe total de su valor nominal, incrementado, en su caso, en un interés;

12) instrumentos distintos de las obligaciones desmaterializadas y otros títulos de deuda pública, emitidos por entidades distintas de las entidades territoriales, agrupaciones de entidades territoriales o el Ayuntamiento de Varsovia, que estén garantizadas hasta el importe total de su valor nominal, incrementado, en su caso, en un interés;

13) obligaciones y otros títulos de deuda emitidos por sociedades públicas, distintos de los títulos mencionados en los números 11 y 12;

13a) obligaciones y otros títulos de deuda desmaterializados de conformidad con la ley mencionada en el número 5, distintos de los previstos en los números 9 y 11;

13b) cédulas hipotecarias;

13c) certificados de depósito, en el sentido de la Ley de 29 de julio de 2005, relativa a la comercialización de instrumentos financieros, negociables en un mercado regulado en Polonia.

[...]»

16 El artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones define las categorías de instrumentos extranjeros en que los FPA pueden invertir sus activos. Está redactado en los siguientes términos:

«1. En virtud de una autorización general concedida mediante orden del ministro encargado de las instituciones financieras y con los requisitos enunciados en dicha autorización, los activos de un [FPA] podrán ser invertidos en el extranjero en valores emitidos por sociedades cotizadas en los principales mercados bursátiles de los Estados miembros de la OCDE o de otros Estados, mencionados en la autorización, así como en bonos del Tesoro y otros títulos emitidos por los bancos centrales de dichos Estados y en participaciones emitidas por organismos de inversión colectiva que tengan su domicilio en dichos Estados, si tales organismos ofrecen sus participaciones al público con carácter general y las recompran a solicitud del inversor.

2. El valor total de las inversiones efectuadas

1) por un [FPA] en instrumentos comprendidos en las categorías mencionadas en el apartado 1 no podrá superar el 5 % del valor de los activos del fondo.

[...]»

17 Esta última norma se complementa con el artículo 1 del Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju (Decreto del Ministro de Hacienda relativo a la autorización general de las inversiones de fondos de pensiones fuera de las fronteras nacionales), de 23 de diciembre de 2003, en su versión modificada (Dz. U nº 229, posición 2286; en lo sucesivo, «Decreto del Ministro de Hacienda»), que dispone, en particular, en su apartado 3, que las inversiones en activos extranjeros deberán venir acompañadas de una evaluación de la calidad de la inversión, realizada por una agencia de calificación especializada, reconocida en un mercado de capitales internacional, que valore el riesgo de la inversión vinculado a los valores mobiliarios de que se trate y a la aptitud del emisor de dichos valores para hacer frente, a su vencimiento, a los compromisos contraídos.

Procedimiento administrativo previo

18 El 23 de octubre de 2007, la Comisión remitió a la República de Polonia un escrito de requerimiento relativo a un incumplimiento del artículo 56 CE. En dicho escrito, la Comisión afirmaba que las disposiciones del artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones, en relación con los artículos 141, 136, apartado 3, y 136a, apartado 2, de dicha Ley, restringían las inversiones en el extranjero de los FPA y, de este modo, vulneraban la libertad fundamental de circulación de capitales consagrada en el artículo 56 CE.

19 Mediante escrito de 20 de diciembre de 2007, la República de Polonia respondió a las imputaciones formuladas por la Comisión alegando la inaplicabilidad del artículo 56 CE a los FPA.

20 El 23 de septiembre de 2008, la Comisión remitió a dicho Estado miembro un dictamen motivado, en el cual rechazaba las alegaciones de las autoridades polacas relativas a la inaplicabilidad del artículo 56 CE a la actividad de inversión de los FPA y mantenía el motivo basado en el incumplimiento del artículo 56 CE derivado de la restricción a las inversiones impuesta por el artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones en relación con los artículos 141, 136, apartado 3, y 136a, apartado 2, de dicha Ley.

21 El 24 de noviembre de 2008, en su respuesta al referido dictamen motivado, la República de Polonia invocó, además de la inaplicabilidad del artículo 56 CE a la actividad de inversión de los FPA, la necesidad de proteger el interés público garantizando la estabilidad financiera del sistema de seguridad social para justificar las restricciones impuestas a las inversiones de dichos fondos.

22 Habida cuenta de esta respuesta de la República de Polonia, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la admisibilidad

23 En su escrito de dúplica, la República de Polonia solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie de oficio sobre la admisibilidad del presente recurso.

24 En primer lugar, pone de manifiesto la existencia de un desacuerdo con la Comisión en cuanto atañe a la apreciación de los aspectos fácticos del asunto y de los elementos que se consideran constitutivos de la vulneración alegada del principio de libre circulación de capitales. Sostiene que al no determinar correcta y plenamente los principios y el régimen jurídico aplicables a los FPA ni la naturaleza de estos fondos, la Comisión, por una parte, no ha definido con precisión el objeto del litigio en el curso del procedimiento administrativo previo y, por otra, ha infringido el artículo 38, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En segundo lugar, la República de Polonia aduce que, en su escrito de réplica, la Comisión invocó las disposiciones del artículo 1, apartado 3, del Decreto del Ministro de Hacienda, lo que, según ella, equivale a formular una nueva imputación en una fase avanzada del procedimiento por incumplimiento incoado en su contra, que, a su juicio, debe declararse inadmisible.

25 Sobre este particular, debe recordarse que el Tribunal de Justicia puede examinar de oficio si se reúnen los requisitos del artículo 226 CE para interponer un recurso por incumplimiento (sentencias de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99, Rec. p. I-305, apartado 8; de 4 de mayo de 2006, Comisión/Reino Unido, C-98/04, Rec. p. I-4003, apartado 16, y de 14 de enero de 2010, Comisión/República Checa, C-343/08, Rec. p. I-275, apartado 25).

26 En este contexto, procede considerar, en primer lugar, que el desacuerdo entre la Comisión y la República de Polonia en lo que atañe a la apreciación de los elementos fácticos y jurídicos del supuesto incumplimiento no puede llevar a la conclusión de que el objeto del presente recurso no se ha definido de manera suficiente. Al contrario, el hecho de que tal desacuerdo haya perdurado más allá del plazo establecido por la Comisión en su dictamen motivado constituye la propia justificación de la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 226 CE.

27 Por otro lado, es preciso señalar que, tal como exigen el artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el artículo 38, apartado 1, letra c), del Reglamento de procedimiento, la Comisión indicó claramente en las pretensiones contenidas en el escrito de interposición del recurso que reprochaba a la República de Polonia la falta de conformidad con el artículo 56 CE de los artículos 143, 136,

apartado 3, y 136a, apartado 2, de Ley sobre fondos de pensiones, definiendo así con la precisión suficiente el objeto de litigio.

28 En segundo lugar, en lo que respecta a la invocación del artículo 1, apartado 3, del Decreto del Ministro de Hacienda, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que este Decreto constituye un texto de aplicación del artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones objeto del presente recurso. En consecuencia, el hecho de que en su escrito de réplica la Comisión haya detallado una imputación que había formulado de manera más general en el recurso no ha modificado el objeto del incumplimiento imputado ni, en consecuencia, ha tenido incidencia en el alcance del litigio (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2010, Comisión/Portugal, C-543/08, Rec. p. I-11241, apartados 20, 21 y 23, y la jurisprudencia citada).

29 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar la admisibilidad del presente recurso.

Sobre el incumplimiento imputado

Consideraciones preliminares

30 En la vista, la Comisión, requerida por el Tribunal de Justicia para que precisara el alcance del incumplimiento imputado, indicó que limitaba éste a la restricción a los movimientos de capitales entre los Estados miembros.

Sobre la aplicabilidad del artículo 56 CE

— Alegaciones de las partes

31 La Comisión sostiene que el artículo 56 CE resulta aplicable a las actividades de inversión de los FPA a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la nomenclatura anexa a la Directiva 88/361.

32 Señala igualmente que en el marco de la organización de su sistema de seguridad social, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, lo que según ella implica, en el caso de autos, que los FPA puedan gozar de la libre circulación de capitales al elegir el modo de invertir sus activos. A este respecto, aduce que el artículo 137 CE, apartado 4, no puede invocarse válidamente dado que se refiere únicamente a las nuevas disposiciones adoptadas en virtud de dicho artículo y no exime en modo alguno a los Estados miembros de su obligación de respetar las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE.

33 Según la Comisión, la actividad controvertida no puede excluirse del ámbito de aplicación del artículo 56 CE basándose en que los FPA deben asimilarse a entidades de Derecho público que realizan las funciones del Estado y, en consecuencia, no ejercen una actividad económica. Sostiene que, habida cuenta de sus características, debe considerarse que los FPA funcionan con arreglo al principio de capitalización y se basan en principios sin relación alguna con el sistema de reparto que impera en el marco del primer pilar gestionado por el ZUS. En consecuencia, considera que los FPA deben calificarse como empresas que ejercen una actividad económica.

34 Por otro lado, la Comisión excluye que el artículo 295 CE sustraiga la normativa polaca controvertida a la aplicación del artículo 56 CE debido a que el verdadero

propietario de los recursos resultantes de las cotizaciones es el Estado. En efecto, según esta institución, la totalidad de dichas cotizaciones provienen de las aportaciones del trabajador asalariado y dan derecho a éste al pago del capital acumulado cuando cumple los requisitos establecidos en la legislación.

35 La República de Polonia, basándose en el artículo 137 CE, apartado 4, en el carácter no económico de la actividad controvertida y en el artículo 295 CE, sostiene que la normativa relativa a los FPA no entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y que, en consecuencia, el artículo 56 CE no resulta aplicable a la actividad controvertida.

36 Para empezar, en lo que atañe al artículo 137 CE, apartado 4, la República de Polonia sostiene que ella posee la competencia exclusiva para definir los principios de funcionamiento del sistema polaco obligatorio de seguridad social, incluso en lo que respecta a la política de inversiones en el extranjero de los FPA y a los gastos relativos a tales inversiones, que pretenden garantizar el equilibrio financiero de su sistema de planes de pensiones.

37 A continuación, en lo que respecta a la falta de carácter económico de la actividad de los FPA, dicho Estado miembro aduce que las libertades consagradas por el Tratado, en particular, en el artículo 56 CE, no se aplican a ámbitos que, como en el caso de la seguridad social, se inscriben, por su naturaleza, en las prerrogativas del Estado y no tienen directamente una dimensión comercial. Pues bien, a su juicio, el estatuto de entidades de Derecho público sin ánimo de lucro de los FPA y su participación en el régimen obligatorio de pensiones de base deben llevar a reconocer a éstos un carácter exclusivamente social.

38 Por último, en cuanto al artículo 295 CE, la República de Polonia considera que dicho artículo permite a un Estado miembro elegir libremente las modalidades para el ejercicio de las prerrogativas relativas a la propiedad de los recursos públicos de

que dispone para cumplir las tareas que le incumben. Pues bien, según dicho Estado miembro, las cantidades en cuestión constituyen recursos de carácter público, extremo que ha sido confirmado por los órganos jurisdiccionales polacos.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

39 Dado que ha quedado acreditado que las operaciones de inversión que pueden realizar a los FPA son «movimientos de capitales» en el sentido del artículo 56 CE, procede examinar las alegaciones de la República de Polonia que pretenden demostrar que, no obstante, dichas inversiones no entran dentro del ámbito de aplicación de esta disposición.

40 En primer lugar, en lo que atañe a la alegación según la cual el artículo 56 CE no resulta aplicable a las actividades de inversión de los activos de los FPA debido a que éstas carecen de carácter económico, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado anteriormente que los fondos de pensiones profesionales que funcionan según el principio de capitalización ejercen una actividad económica a pesar de su finalidad social y del carácter obligatorio de la afiliación al segundo pilar del sistema de jubilación al que pertenecen (véase la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751, apartados 81 a 87). Con arreglo a los artículos 2, 3, 27 y 29 de la Ley sobre fondos de pensiones, el régimen controvertido se basa en el principio de capitalización y los activos de los FPA son gestionados e invertidos por los PTE que actúan a título oneroso bajo la forma de una sociedad anónima. Los elementos alegados por la República de Polonia relativos a la supervisión prudencial que ejercen las autoridades públicas sobre los FPA y los PTE así como a la garantía estatal de la cobertura de los eventuales déficits de los FPA, no ponen en entredicho el carácter económico de las actividades controvertidas.

41 En lo que respecta al carácter público o privado de los recursos destinados a los FPA y gestionados por los PTE, incluso si se admite, como sostiene la República de Polonia, el carácter público de dichos recursos a pesar de que provienen de las cotizaciones para la contingencia de jubilación retenidas a los empresarios de los trabajadores beneficiarios, este hecho no basta en modo alguno para excluir la aplicabilidad del artículo 56 CE a las operaciones relativas a dichos recursos, según se desprende del anexo I de la Directiva 88/361, a cuyo tenor el concepto de «movimientos de capital» engloba, en particular, «las operaciones relativas a los haberes o compromisos de los Estados miembros y de las demás administraciones y organismos públicos».

42 En consecuencia, ni la supuesta falta de carácter económico de las actividades de inversión de los FPA ni el carácter supuestamente público de los fondos que los alimentan obstan a la aplicación del artículo 56 CE.

43 En segundo lugar, en lo que respecta a la alegación de la República de Polonia según la cual, en el caso de autos, la aplicación del artículo 56 CE queda excluida sobre la base del artículo 137 CE, apartado 4, que prohíbe afectar a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social ni al equilibrio financiero de éste, procede señalar que la prohibición así establecida se impone a «las disposiciones adoptadas […] en virtud de [este último] artículo» (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/República Checa, antes citada, apartados 66 y 67). Pues bien, éste no es el caso del artículo 56 CE.

44 En tercer lugar, en cuanto a las alegaciones basadas en el artículo 295 CE, según el cual «el Tratado […] no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros», debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado (véase la sentencia de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, C-171/08, Rec. p. I-6817, apartado 64 y la jurisprudencia citada). En consecuencia, aunque las cantidades en posesión de los FPA e invertidas por los PTE deban calificarse como recursos públicos, el artículo 295 CE no libera

a la República de Polonia de la obligación de respetar las normar relativas a la libre circulación de capitales (véase, por analogía, la sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98, Rec. p. I-4731, apartado 48), ni tampoco puede justificar un obstáculo a dichas normas (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de julio de 2010, Comisión/Portugal, antes citada, apartado 64 y la jurisprudencia citada).

45 En consecuencia, procede concluir que las disposiciones controvertidas de la Ley sobre fondos de pensiones entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 56 CE.

Sobre las restricciones a la libre circulación de capitales y su justificación

— Alegaciones de las partes

46 La Comisión sostiene que las disposiciones controvertidas en el presente recurso constituyen restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros en el sentido del artículo 56 CE en la medida en que pueden disuadir y disuaden a los FPA de realizar inversiones fuera del territorio de la República de Polonia y destinadas a otros Estados miembros, afirmación que dicho Estado miembro no rebate y que se desprende del bajo nivel de inversiones de los FPA en el extranjero (1,1 %).

47 Sin poner en duda la necesidad de garantizar la seguridad de los fondos acumulados en las cuentas de jubilación de los FPA, considera que tales restricciones no pueden justificarse ni mediante el artículo 58 CE, apartado 1, letra b), ni mediante la exigencia imperiosa de interés general que supone el mantenimiento del equilibro financiero de los FPA y la protección de los intereses de los partícipes en éstos, debido a su carácter discriminatorio y, en todo caso, desproporcionado.

48 La Comisión niega igualmente que, en el caso de autos, el artículo 86 CE, apartado 2, permita derogar al principio de libre circulación de capitales. A este respecto, a la vez que admite la posibilidad de que este pueda justificar un obstáculo a la libre circulación de capitales, y de que los FPA puedan calificarse como servicios de interés económico general, dicha institución señala, en primer lugar, que el artículo 86 CE, apartado 2, exige que la gestión de dichos servicios se confíe a entidades que tengan la condición de empresas, condición que la República de Polonia no atribuye a los FPA. En segundo lugar, la Comisión considera que el Estado no confiere a los FPA la misión de prestar tales servicios. En tercer lugar y en todo caso, sostiene que la aplicación de las normas relativas a la libre circulación de capitales no obsta a la realización de las tareas que corresponden a los FPA y que las restricciones controvertidas no pueden considerarse necesarias y proporcionadas para garantizar la realización de esas tareas. En cuarto lugar, considera que dichas restricciones afectan el desarrollo de los intercambios en contra de los intereses de la Unión al limitar considerablemente la competencia, desaconsejando y disuadiendo a los FPA de actuar más eficazmente.

49 La República de Polonia sostiene que las restricciones controvertidas están justificadas, en primer lugar, en virtud del artículo 58 CE, apartado 1, letra b), así como, en segundo lugar, por una razón imperiosa de interés general que resulta, en esencia, de la necesidad de garantizar la estabilidad y la seguridad de los recursos transferidos a los FPA. En tercer lugar, con el fin de justificar las restricciones controvertidas, dicho Estado miembro invoca el artículo 86 CE, apartado 2.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

50 Para empezar, procede examinar si las disposiciones nacionales controvertidas restringen la libre circulación de capitales entre los Estados miembros, lo que prohíbe, en principio, el artículo 56 CE, apartado 1.

51 Consta que el artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones, por un lado, limita las inversiones de los FPA en el extranjero al 5 % del valor de los activos del FPA de que se trate, y, por otro lado, establece una lista de inversiones que pueden realizarse en el extranjero más reducida que la de las inversiones que pueden realizarse en el territorio polaco con arreglo al artículo 141, apartado 1, de dicha Ley. De este modo, dicho artículo 143 impone a los FPA limitaciones tanto cuantitativas como cualitativas respecto de las inversiones realizadas fuera del territorio nacional, particularmente en otros Estados miembros.

52 Tal disposición produce, asimismo, efectos restrictivos con respecto a las sociedades establecidas en otros Estados miembros, dado que supone un obstáculo para la captación de capitales en Polonia, en la medida en que se limita la adquisición, en particular, de acciones o de participaciones de organismos de inversión colectiva (véase, por analogía, la sentencia de 15 de julio de 2004, Weidert y Paulus, C-242/03, Rec. p. I-7379, apartado 14).

53 Asimismo, del artículo 136, apartado 3, de la Ley sobre fondos de pensiones, resulta que el valor de las inversiones realizadas por los FPA en participaciones emitidas por organismos de inversión colectiva que tengan su domicilio en el extranjero, en el sentido del artículo 143, apartado 1, de dicha Ley, no deben tenerse en cuenta en la determinación del valor de los activos netos gestionados por el fondo de que se trate, valor que sirve de base para la determinación de los gastos de gestión del fondo percibidos por los PTE en concepto de remuneración. Por consiguiente, una disposición como el artículo 136, apartado 3, de dicha Ley disuade de invertir los activos de los FPA en participaciones emitidas por organismos de inversión colectiva que tengan su domicilio en otros Estados miembros al no permitirles recibir una remuneración por

la gestión de tales activos. Además, combinado con el artículo 143 de esa misma Ley, el referido artículo 136, apartado 3, refuerza el obstáculo creado para la captación de capitales procedentes de Polonia por dichos organismos.

54 Por último, el artículo 136a, apartado 2, de la Ley sobre fondos de pensiones establece que los costes que equivalgan a las comisiones adeudadas a las cámaras de compensación extranjeras sólo podrán cubrirse dentro de los límites de los costes correspondientes adeudados a las cámaras de compensación nacionales. Este elemento también puede disuadir de invertir los activos de los FPA en otros Estados miembros, puesto que si los costes, como los controvertidos y los realizados en el extranjero, son superiores a los realizados en Polonia, éstos no podrán cubrirse totalmente, a diferencia de los costes similares generados por las cámaras de compensación nacionales.

55 A continuación, en lo que respecta a la justificación de las restricciones a la libre circulación de capitales controvertidas, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la libre circulación de capitales sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se halla justificada por alguna de las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de interés general, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06, apartado 35 y la jurisprudencia citada). Además, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 86 CE, apartado 2, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general […] quedarán sometidas a las normas de los Tratados […] en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada [y siempre que] el desarrollo de los intercambios no [se vea] afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad».

56 En primer lugar, en lo que atañe a la alegación según la cual las restricciones controvertidas están justificadas por el artículo 58 CE, apartado 1, letra b), en virtud del cual «lo dispuesto en el artículo 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a […] adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones

a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia [...] de supervisión prudencial de entidades financieras», basta señalar que, si bien es cierto que las disposiciones nacionales controvertidas establecen el contenido material de las normas prudenciales aplicables a los FPA, no tienen como finalidad impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales en materia de supervisión prudencial de entidades financieras. En consecuencia, las referidas disposiciones no se inscriben en la excepción prevista en dicho artículo.

57 En segundo lugar, en cuanto a la justificación alegada basada en razones imperiosas de interés general, procede reconocer que el interés de garantizar la estabilidad y la seguridad de los activos administrados por un fondo de pensiones, en particular, mediante la adopción de normas prudenciales, constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar las restricciones a la libre circulación de capitales.

58 Sin embargo, tales restricciones deben ser apropiadas para alcanzar el objetivo perseguido y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencia de 11 de octubre de 2007, ELISA, C-451/05, Rec. p. I-8251, apartado 82 y la jurisprudencia citada).

59 Para empezar, en lo que respecta a las restricciones resultantes del artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones, la Comisión sostiene que las exigencias de la normativa nacional controvertida son desproporcionadas a la luz del objetivo perseguido, puesto que la diversificación de las inversiones tanto desde el punto de vista geográfico como respecto del tipo de inversiones garantiza la seguridad de éstos. Por otro lado, afirma que la normativa polaca controvertida sólo permite realizar inversiones en el extranjero en Estados miembros de la Unión y de la OCDE o en Estados que hayan celebrado con la República de Polonia un convenio de promoción y de protección recíproca de las inversiones y que el riesgo resultante de la fluctuación de los tipos de cambio de las divisas extranjeras a corto plazo no justifica mediadas tan restrictivas. Por último, según la Comisión, si el Estado demandando hubiese de adoptar medidas severas, éstas deberían ser idénticas para las inversiones en los instrumentos financieros nacionales y extranjeros.

60 La República de Polonia rebate la alegación según la cual la diversificación geográfica de las inversiones sigue constituyendo un instrumento esencial de reducción de riesgos debido a la globalización de los mercados financieros. Insiste sobre los riesgos de fluctuación de los tipos de cambio derivados de las fluctuaciones considerables del tipo de cambio del zloty polaco y sobre la necesidad de adoptar una postura particularmente prudente durante el período inicial de funcionamiento del nuevo sistema de seguridad social polaco. Aduce igualmente que resulta más fácil para la Autoridad de Supervisión de los Mercados establecer restricciones cuantitativas que controlar una política de inversiones basada en la «regla del inversor prudente».

61 A este respecto, procede examinar si la República de Polonia logró demostrar que los límites cuantitativos y cuantitativos impuestos por el artículo 143 de la Ley sobre fondos de pensiones son adecuados para lograr el objetivo de garantizar la estabilidad y la seguridad de los activos administrados por un fondo de pensiones y no van más allá de lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

62 En lo que respecta al riesgo de fluctuación de los tipos de cambio, es cierto que las fluctuaciones considerables de los tipos de cambio de las divisas extranjeras pueden tener un impacto considerable sobre la rentabilidad de las inversiones realizadas en divisas extranjeras. No obstante, del artículo 18, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/41 resulta que los Estados miembros tienen la obligación de no impedir que los fondos de pensiones de empleo inviertan hasta el 30 % de sus activos en activos expresados en divisas extranjeras y que, con arreglo al apartado 6 de dicho artículo, los Estados miembros podrán exigir a las instituciones domiciliadas en su territorio que apliquen normas más rigurosas de inversión que las establecidas en el apartado 5 de dicho artículo, siempre que se haga con carácter individual.

63 Sostiene que, si bien dichas disposiciones no se aplican *ratione materiae* a las inversiones de los FPA, no es menos cierto que el legislador de la Unión estableció la regla del 30 % para situaciones similares.

64 En estas circunstancias, la República de Polonia debería haber invocado para justificar el límite cuantitativo de 5 %, que es muy inferior al 30 % que el legislador de la Unión consideró apropiado, elementos específicos que explicasen los motivos para imponer el límite cuantitativo establecido.

65 En la medida en que la República de Polonia invoca, a este respecto, las dificultades de los FPA para evaluar los riesgos vinculados a las inversiones en el extranjero, procede señalar que esta circunstancia no puede justificar las restricciones cuantitativas relativas a las inversiones en valores emitidos en los Estados miembros. En efecto, tal como sostiene la Comisión, las normativas de los Estados miembros en materia de publicidad de la información relativa a productos financieros y de protección de los inversores y consumidores, han sido armonizadas en gran medida a nivel de la Unión, lo que facilita la creación de un mercado común de capitales europeos.

66 Asimismo, tales medidas cuantitativas no se pueden justificar por constituir el método más fácil que pueden aplicar las autoridades de control nacionales, y ello ni siquiera en el marco de un régimen de seguridad social emergente.

67 Por los mismos motivos que los indicados en el apartado 65 de la presente sentencia, las restricciones cualitativas no pueden justificarse en lo que atañe a las inversiones en valores emitidos en los Estados miembros.

68 A continuación, en lo que respecta a las restricciones resultantes de los artículos 136, apartado 3, y 136a, apartado 2, de la Ley sobre fondos de pensiones, es preciso señalar que la República de Polonia no ha aportado ningún elemento que permita demostrar de manera suficiente en Derecho que el objetivo perseguido por dichas disposiciones no podría realizarse sin la existencias de éstas y que no podría lograrse mediante medidas menos restrictivas de la libertad de los FPA de invertir en otros Estados miembros.

69 En efecto, ni el hecho de no tomar en consideración el valor de las inversiones realizadas en participaciones emitidas por organismos de inversión colectiva que tengan su domicilio en el extranjero para la determinación de los activos netos del fondo que sirven de base a los gastos de gestión percibidos por los PTE, ni la limitación de la imputación de los costes operativos relativos a las cámaras de compensación extranjeras a la cuantía de los costes correspondientes relativos a las cámaras de compensación nacionales, pueden justificarse mediante la necesidad, alegada por la República de Polonia, de proteger los FPA del riego de soportar costes adicionales o excesivos, dado que, en todo caso, el inversor debe tomar en consideración tales costes al elegir sus inversiones independientemente del lugar donde se realicen.

70 En tercer lugar, en lo que atañe a las alegaciones basadas en el artículo 86 CE, apartado 2, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, corresponde al Estado miembro que invoca este artículo demostrar que concurren los requisitos para la aplicación de esta disposición (sentencia de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania, C-160/08, Rec. p. I-3713, apartado 126 y la jurisprudencia citada).

71 Pues bien, si bien es cierto que puede considerarse que los FPA desempeñan una misión de interés económico general (véase, por analogía, la sentencia Albany, antes citada, apartados 105 a 111), procede no obstante señalar que la República de Polonia no ha demostrado de manera suficiente en Derecho que concurran los requisitos para la aplicación de dicho artículo. En particular, no ha demostrado en qué medida la aplicación de las normas del Tratado, en concreto, la libre circulación de capitales entre los Estados miembros, impediría, de hecho o de Derecho, el logro de los objetivos perseguidos por los FPA.

72 De las anteriores consideraciones se desprende que debe desestimarse la alegación de la República de Polonia basada en el artículo 86 CE, apartado 2.

73 En consecuencia, procede declarar que la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE al mantener en vigor los artículos 143, 136, apartado 3, y 136a, apartado 2, de la Ley sobre fondos de pensiones, en la medida en que estas disposiciones restringen las inversiones de los FPA polacos en los demás Estados miembros.

Costas

74 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la Comisión ha solicitado la condena en costas de la República de Polonia y puesto que han sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

1) **La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE al mantener en vigor los artículos 143, 136, apartado 3, y 136a, apartado 2, de la Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Ley sobre organización y funcionamiento de los fondos de pensiones), de 28 de agosto de 1997, en su versión modificada, en la medida en que estas disposiciones restringen las inversiones de los fondos de pensiones abiertos polacos en los demás Estados miembros.**

2) **Condenar en costas a la República de Polonia.**

Firmas