

Instituto de Ciencias del Seguro

**La cobertura pública en el
Seguro de Crédito a la
Exportación en España:
cuestiones jurídico-públicas**

María Amparo Salvador Armendáriz



FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2008, FUNDACIÓN MAPFRE
Carretera de Pozuelo 52
28220 Majadahonda. Madrid

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro
publicaciones.ics@mapfre.com

ISBN: 978-84-9844-136-6
Depósito Legal: SE-712-2009

*A Jose,
A Paloma y Jose*

PRESENTACIÓN

Desde 1992 FUNDACIÓN MAPFRE realiza anualmente una convocatoria de becas destinadas a promover estudios monográficos en materia de Riesgo y Seguro, incluyendo áreas temáticas relacionadas específicamente con el seguro iberoamericano.

Su objetivo es facilitar apoyo económico para la realización de trabajos de investigación en las áreas antes mencionadas y están dirigidas a titulados universitarios y profesionales del mundo del seguro, de cualquier nacionalidad, que deseen desarrollar programas de investigación.

Para la realización de este trabajo, FUNDACIÓN MAPFRE concedió a su autora, una Beca de Investigación Riesgo y Seguro.

María Amparo Salvador Armendáriz es licenciada en Derecho y en Ciencias Económicas por la Universidad de Navarra y Doctora en Derecho por esa Universidad. Es autora, además de otros artículos, del libro *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública en 2000.

Actualmente es profesora adjunta en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
NOTA PRELIMINAR	3
I. PRESUPUESTOS GENERALES	5
1. Presupuestos generales	5
1.1 Delimitación del objeto de estudio	5
1.2 Papel político y económico del seguro de crédito a la exportación	7
1.3 Propuesta de delimitación conceptual de la actividad pública de aseguramiento de determinados riesgos en el seguro de crédito a la exportación	9
1.4 Justificación y método	14
II. EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO APLICABLE AL SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN	17
1. La actividad de aseguramiento del crédito a la exportación en el mercado único del seguro	17
1.1 El Derecho Comunitario de los seguros: punto de partida	17
1.2 El seguro de crédito a la exportación ante el fenómeno de la armonización de los seguros distintos del seguro de vida ..	24
1.3 Consecuencias del mercado único para las empresas dedicadas al seguro de crédito a la exportación. En especial, la exclusión de las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado	30
2. Algunas consideraciones sobre la aplicación del Derecho Comunitario al caso del empresario público en el mercado del seguro de crédito a la exportación	36
2.1 Planteamiento	36
2.2 El empresario público en el Derecho Comunitario	37
▪ En el Tratado de la Comunidad Europea	37
▪ En el Derecho Comunitario derivado	42
▪ En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	47

2.3 El empresario público de seguros de crédito a la exportación ante el Derecho Comunitario de la competencia	49
3. En particular, la aplicación de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado a ciertos sistemas de cobertura de riesgos en el seguro de crédito a la exportación	51
3.1 Planteamiento	51
3.2 Una referencia general previa al Derecho Comunitario sobre ayudas de Estado	51
3.3 La Comunicación sobre aplicación de los artículos 87 y 88 en el seguro de crédito a la exportación	58
▪ Introducción	58
▪ Las razones de la Comisión para publicar la Comunicación	59
▪ Delimitación del concepto de “riesgos negociables” y delimitación del mercado	60
▪ Factores que pueden distorsionar la competencia	64
▪ Obligaciones de los Estados miembros	68
▪ Mecanismos de salvaguarda	71
4. La política comercial comunitaria y el seguro de crédito a la exportación	73
4.1 Planteamiento	73
4.2 De la política comercial comunitaria y, en particular, en materia de servicios. Una referencia a las cuestiones competenciales	73
4.3 El seguro de crédito a la exportación y el Derecho Comunitario sobre política comercial común	78
▪ Derecho Comunitario derivado de armonización de las disposiciones en materia de seguros de crédito a la exportación para evitar que sea falseada la competencia ...	79
▪ El Derecho Comunitario derivado en materia de Política Comercial Común como consecuencia de acuerdos o negociaciones internacionales	85
▪ En particular, la Directiva 98/29/CE	93
III. EL SISTEMA ESPAÑOL DE COBERTURA PÚBLICA EN LOS SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN	99
1. El sistema español de seguro de crédito a la exportación ante la entrada de España en la Comunidad Económica Europea	99
1.1 Un recorrido desde su origen histórico hasta la Ley 10/1970 .	99
1.2 La Ley 10/1970 y sus posteriores modificaciones	103

1.3 La Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 y la “despublicación” de la actividad del seguro de crédito a la exportación	107
▪ Descripción	107
▪ Algunos interrogantes jurídicos surgidos tras la liberalización	112
2. El vigente sistema español de cobertura por cuenta del Estado de ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación: descripción y análisis	123
2.1 Determinación de los riesgos de cobertura estatal	124
▪ Aclaración terminológica	124
▪ El ámbito de la cobertura por cuenta del Estado	125
2.2 Régimen jurídico de la cobertura pública de ciertos riesgos ...	130
▪ Del régimen jurídico-público aplicable a la potestad Administrativa para determinar qué riesgos gozan de cobertura estatal	130
▪ Del régimen jurídico aplicable a los contratos acordados entre CESCE y particulares	134
▪ De su control judicial	137
2.3 Sistema institucional de prestación de seguro de crédito a la exportación con apoyo oficial	138
▪ Descripción	138
▪ De las relaciones entre CESCE y el CCS, entre el Estado y el CCS y entre el CESCE y el Estado para la gestión de la cobertura estatal de los riesgos políticos y extraordinarios ..	141
▪ El sistema institucional de prestación de la cobertura estatal de los riesgos políticos y extraordinarios español a la luz de las normas comunitarias de la competencia	145
JURISPRUDENCIA COMUNITARIA CITADA	153
BIBLIOGRAFÍA	157
Colección “Cuadernos de la Fundación” Instituto de Ciencias del Seguro	179

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
BCE	Banco Central Europeo
CEE	Comunidad Económica Europea
CESCE	Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
COFACE	Compagnie Française de Credit a l'Exportation
CUNEF	Centro Universitario de Estudios Financieros
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECA	Export Credit Agencie
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas, Sociedad Anónima
GATT	General Agreement of Tariffs and Trade
ICO	Instituto de Crédito Oficial
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IMCC	International Management of Communications and Corporation
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
ITC	Industria, Turismo y Comercio
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LDIEC	Ley 88/1988, de 26 de noviembre, de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito
LMRSF	Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores

LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
OCDE	Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económico
OMC	Organización Mundial del Comercio
PASF	Plan de Acción de Servicios Financieros
RAP	Revista de Administración Pública
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RES	Revista Española de Seguros
RGD	Revista General de Derecho
SIEG	Servicio de Interés Económico General
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TRLOSSP	Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
UE	Unión Europea

NOTA PRELIMINAR

El trabajo que ahora se presenta pretende analizar el régimen jurídico-público que, en España, ordena la cobertura por cuenta del Estado de determinados riesgos en el seguro de crédito a la exportación, en particular, a la luz del contexto jurídico comunitario e internacional.

El origen –ya lejano- de este trabajo se encuentra en un proyecto de investigación que la FUNDACIÓN MAPFRE impulsó al concederme una de sus becas correspondiente a la convocatoria “Riesgo y Seguro”. El título del trabajo presentado entonces fue “La cobertura del riesgo político en los seguros de crédito a la exportación: diagnóstico y propuesta de liberalización¹”. En el tiempo transcurrido y al observar ahora la evolución que ha seguido el mercado asegurador, se ha puesto de manifiesto que aquella incipiente preocupación no hacía sino adelantarse a lo que iba a venir después. En la actualidad son ya varias las empresas aseguradoras –nacionales y también comunitarias instaladas en España²- que intentan ocupar un espacio en el mercado del aseguramiento del crédito, y en particular del crédito a la exportación.

La referencia que se hace al contexto comunitario no es una mera cuestión metodológica; constituye en realidad el punto de partida de los profundos cambios de los que ha sido y es testigo el sistema de seguro de crédito a la exportación en los últimos años, tanto en España como en el conjunto de los países de la Unión Europea.

El interés por profundizar en los aspectos jurídico-públicos que inciden en esta cuestión obedece a varios motivos. Al tratarse de una actividad que se financia –en todo o en parte- con fondos públicos, procede una reflexión acerca de la naturaleza de la misma para dilucidar si estamos ante un servicio de interés general, ante una manifestación de la iniciativa pública económica o se trata meramente de una modalidad de fomento económico. Por otra parte, hasta el momento, sigue siendo una empresa pública estatal quien lleva a cabo dicha actividad, lo que supone la necesidad de estudiar el régimen de Derecho Público aplicable, en particular desde la perspectiva de las implicaciones jurídico-públicas del principio de paridad de trato. Por último, la existencia de un Derecho Comunitario aplicable al seguro de crédito a la exportación en el contexto del proceso de armonización del mercado único para los seguros, así como de una regulación comunitaria específica dictada en aplicación de los arts. 87 y ss. del TRCE a las actividades empresariales de los poderes públicos, en particular en materia de seguro de crédito a la exportación, son

¹ El objeto de estudio así propuesto venía a coincidir con una de las áreas temáticas contenidas en las bases de la citada convocatoria que trataba sobre *la cobertura del riesgo político en los seguros a la exportación en el mercado privado (seguro y reaseguro)*, y, por lo que cabe deducir, con una cuestión problemática en el conjunto del ramo de los seguros de crédito, especialmente de los seguros de crédito a la exportación.

² Entre otras, y además de CESCE, Mapfre Caución y Crédito, COFACE, Euler-Hermes, Atradius o Crédito y Caución, en mayor o menor medida.

razón suficiente para ahondar en las consecuencias que este Derecho Comunitario derivado tiene sobre el objeto de este estudio. Esta perspectiva comunitaria así como el subsiguiente proceso de liberalización y privatización generado, induce a analizar hasta qué punto dicho proceso puede incidir en el sistema español de cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación gestionado a través de una empresa pública con carácter exclusivo.

En la actualidad, los intereses en juego quedan planteados en los siguientes términos: del conjunto de empresas aseguradoras dedicadas a los ramos de crédito y caución en España y, en particular, al seguro de crédito a la exportación, sólo una –CESCE, S.A.– gestiona, por cuenta del Estado determinados riesgos asociados a la exportación. Las otras empresas aseguradoras del ramo, que compiten con CESCE en el resto de su actividad, se encuentran con una situación que pudiera suponer una suerte de desventaja, toda vez que cada día es más frecuente la oferta de servicios de seguros integrados a la empresa, en un mercado financiero que tiende a la homogeneización. ¿Ventaja, privilegio injustificado o prestación de un servicio de interés general? En estos términos queda planteado el conflicto entre las empresas privadas que operan en el sector por una parte y la Administración que provee los fondos por otra. Este es el problema al que –al margen de las consideraciones de tipo económico- intentaré aproximarme desde el derecho, particularmente desde su vertiente pública económica.

Quiero aprovechar estas líneas para manifestar mi agradecimiento a la FUNDACIÓN MAPFRE, por la confianza y apoyo financiero prestado a este proyecto, en especial en la persona de D. José Luís Catalinas. Asimismo, a D. Carlos Carballal, cuya larga trayectoria profesional, ligada al seguro de crédito, le ha permitido ser testigo de primera fila de las transformaciones del sector. Su generosidad al transmitirme su experiencia y conocimiento me facilitó, en los inicios de esta investigación, acercarme a la realidad del negocio del seguro de crédito, en particular, de crédito a la exportación. Y finalmente, quiero extender mi agradecimiento a D. Luís Santamaría que, en la fase final de este proyecto, ha mostrado su interés y dedicado tiempo a leer y releer estas páginas. Gracias, pues, por sus sugerencias y por compartir conmigo su profunda y ponderada visión de este sector del seguro.

Este trabajo no hubiera sido posible sin un entorno de trabajo y reflexión adecuado como es el que me ofrece el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra, al que tanto he de agradecer en la persona de su director, D. Francisco de Borja López-Jurado Escribano.

De nuevo quiero reiterar mi agradecimiento y admiración por mi maestro Don José Luis Martínez López-Muñiz, por su apoyo y enseñanzas, por su consejo, que tiene para mí un enorme valor. Su espíritu crítico –siempre expuesto con delicadeza- es capaz de vislumbrar más allá de los problemas concretos que plantea una cuestión como pudiera ser la que ahora se presenta, y conectar con las categorías generales del Derecho.

I

PRESUPUESTOS GENERALES

1. PRESUPUESTOS GENERALES

1.1 Delimitación del objeto de estudio

En el modelo de economía globalizada hoy dominante, la actividad exportadora constituye uno de los elementos básicos del desarrollo de un país y su buena marcha favorece el crecimiento de la riqueza nacional. El buen funcionamiento de esa actividad exportadora demanda de los poderes públicos un conjunto de actuaciones que pasan por su regulación y por el impulso de sus exportaciones.

En la actualidad el marco jurídico-político en el que se desenvuelve la acción de los Estados en relación con el comercio exterior queda lejos de las viejas disquisiciones y pugnas entre proteccionistas y librecambistas que inundaron la política comercial del siglo XIX³, así como el fuerte proteccionismo arancelario de buena parte del siglo XX. Nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea en 1986 y con él, la asunción de su modelo económico de corte liberal, fueron preludeo de los cambios que posteriormente han tenido lugar en el comercio internacional. Cambios que cristalizaron de modo significativo en la creación de la Organización Mundial del Comercio en 1994. Aunque la búsqueda mediante acuerdos internacionales de un marco global para el comercio internacional había arrancado en 1944 con los Acuerdos de Bretton Woods, éste no se institucionalizó en un organismo internacional hasta los Acuerdos de Marrakech. Con todo, el modelo económico liberal para el comercio mundial que dibujan estos acuerdos, queda aún lejos de ser una completa realidad, a pesar de su aceptación formal y de los indudables avances de los últimos años. Prueba de ello son las complejas reuniones de la Ronda de Doha y las enfrentadas posiciones entre los distintos bloques de países⁴.

³ Vid. J. TORNOS MAS en su capítulo "Comercio Exterior", en la obra dirigida por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, ed. La Ley, Madrid, 1991, págs 701-703. También MANZANEDO MATEOS, J.A. en *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, ed. IEAL, Madrid, 1968, págs. 92 - 97.

⁴ Entre éstos, la Unión Europea, los Estados Unidos o los países integrados en el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) que mantienen posiciones difícilmente conciliables en asuntos como: aranceles sobre determinados productos –caso del acero norteamericano, entre otros-, ayudas agrícolas –la PAC-, liberalización de algunas patentes

Con todo, las consideraciones acerca del comercio mundial no son el objeto de este trabajo, cuya pretensión es más concreta; se centra en uno de los posibles instrumentos de carácter jurídico y económico vinculados a dicho comercio controlados por los Estados para influir en el tráfico comercial internacional. Son varios los mecanismos con los que tradicionalmente los poderes públicos han favorecido el desarrollo de su comercio internacional. Entre éstos se incluye la propia regulación de la actividad exportadora, la facilitación de créditos a la exportación en condiciones ventajosas, el apoyo logístico (por ejemplo a través de la realización de ferias o de la existencia de agregados comerciales adscritos a las embajadas), la existencia de seguros de crédito a la exportación, e incluso el otorgamiento de subvenciones directas a la producción de ciertos bienes destinados a la exportación. Desde el punto de vista de las importaciones, el principal instrumento –aunque no el único- de la política comercial ha sido y es el arancel⁵.

Entre nosotros, TORNOS MAS ordena de modo claro y sistemático el conjunto de instrumentos jurídico-administrativos que configuran la política comercial exterior⁶ y pone al día el magnífico estudio de MANZANEDO MATEO⁷ tras las reformas que se introdujeron en este campo del Derecho a resultas de la incorporación de España a la CEE . El tiempo transcurrido no ha restado valor al estudio de TORNOS, aunque sea necesario hacer algunas adaptaciones en la medida en que, desde su publicación, el Derecho Comunitario ha profundizado sus mecanismos de armonización en esta materia y que en 1994 se acordó a nivel internacional -y España ratificó- el conjunto de acuerdos antes citados, que dieron lugar al establecimiento de la Organización Mundial del Comercio, con lo que ello implica.

Pues bien, del conjunto de instrumentos existentes para el fomento de la exportación, este estudio centra su atención en el seguro de crédito a la exportación, y en particular en la cobertura por cuenta del Estado de ciertos riesgos vinculados al comercio exterior. En concreto, se trata de profundizar sobre las implicaciones que tienen el Derecho Comunitario e internacional en el sistema español de seguro de crédito a la exportación, con especial atención a sus aspectos jurídico-públicos.

farmacéuticas, etc... que están frenando una verdadera y profunda globalización del comercio internacional.

⁵ En la actualidad el arancel en España está regulado en el Real Decreto 511/1977, por el que se aprueba el Texto Refundido de los Impuestos Integrados de la Renta de Aduanas, parcialmente modificado por el Real Decreto Legislativo 1299/1986, de 28 de junio, por el que se modifica el Texto refundido de los Impuestos Integrados de la Renta de Aduanas. Téngase en cuenta, además, el Reglamento de la CEE 2913/92, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

⁶ En "Comercio exterior", *op. cit.*

⁷ *El comercio exterior en el ordenamiento ... cit.*

1.2 Papel político y económico del seguro de crédito a la exportación

El apoyo público a la exportación de productos nacionales encuentra su razón de ser en motivos económicos y políticos. Los económicos son evidentes pues el aumento de la actividad exportadora tiene efectos positivos inmediatos en la riqueza nacional y manifiesta la competitividad de la economía. Los motivos políticos quedan quizá en un segundo plano pero no son despreciables. El apoyo a la actividad e implantación de las empresas exportadoras en determinadas zonas de influencia geográfica, colabora a potenciar el mayor peso político de un país en el escenario internacional. Así, en ocasiones, se favorecen las exportaciones con destino a ciertas zonas geográficas o a ciertos países con preferencia respecto de otros por razones estrictamente políticas – que pueden ser coyunturales o de origen histórico; en el caso de España, Iberoamérica o los países del arco mediterráneo, por ejemplo-. Una tercera variable que puede determinar el apoyo de las exportaciones mediante el aseguramiento público de ciertos riesgos asociados al comercio, beneficiando así a determinados países subdesarrollados, es la solidaridad internacional mediante la cooperación y la ayuda al desarrollo. Con todo, entiendo que esta variable –con ser estimable desde la perspectiva de la solidaridad- queda en la práctica subordinada a las anteriores.

El seguro de crédito a la exportación se configura como un instrumento económico que tiene un papel relevante en la actividad exportadora. Asegura y cubre el riesgo del exportador al quebranto económico que sufriría si sus exportaciones no pudiesen finalmente cobrarse por distintos motivos. En el caso de la exportación, la falta de pago puede venir motivada por razones comerciales –esto es, como resultado de la insolvencia sobrevenida o del incumplimiento del comprador-, por motivos políticos -crisis provocadas por el estallido de guerras, conflictos bélicos o de decisiones que inmovilizan fondos adoptadas por los Gobiernos de los países importadores- o por causas extraordinarias, ya sea de carácter natural –terremotos, inundaciones, erupciones volcánicas...- o resultado de la acción humana -accidentes nucleares o los ocasionados por sustancias químicas o por atentados terroristas-. La posibilidad que ofrece el seguro de crédito a la exportación al empresario exportador de acotar sus riesgos constituye, como puede deducirse, un importantísimo estímulo para su actividad.

Aunque en una economía de mercado son las empresas privadas las llamadas en primer término a satisfacer las necesidades de aseguramiento de los exportadores, por diversos motivos, desde el primer tercio del siglo XX han sido los Estados quienes han organizado mecanismos –creación de empresas públicas o de agencias estatales, otorgamiento de derechos exclusivos a ciertas empresas privadas o, incluso, actuando directamente- para facilitar algunas, si no todas, de las modalidades de seguro de crédito a la exportación. Han sido las llamadas ECAs, Exporting Credit Agencies⁸, en cada país, quienes

⁸ En la actualidad la mayoría de las ECAs existentes se agrupan en la Unión de Berna, fundada en 1934, y con sede en Londres. Se trata de una asociación de la que forman parte estas

se han ocupado de ofrecer este servicio como respuesta a la premisa según la cual el riesgo de crédito a la exportación era inasegurable⁹. Esta afirmación llevaba consigo que la actividad de aseguramiento del crédito a la exportación quedaba al margen del mercado, no tanto como consecuencia de una prohibición legal, como debido a su estructura de costes¹⁰. Ahora bien, si quizá durante un tiempo pudo sostenerse esta tesis, la realidad del mercado actual de los seguros permite matizarla, al menos en parte¹¹, y obliga a distinguir las diversas coberturas existentes en función del tipo de riesgo –comercial o político y extraordinario– en función del tiempo –corto o largo plazo– así como del destino geográfico al que va dirigida la exportación.

entidades –las hay de muy diversa naturaleza jurídica, pública y privada– y no los Estados que en muchos casos están detrás de dichas entidades. No se trata de un organismo internacional, ni sus acuerdos pasan de ser “pactos entre caballeros”, sin embargo, los criterios a los que llega en su seno constituyen una suerte de guía en la actuación aseguradora de sus miembros; promueve la actuación profesional y financieramente responsable en el sector de seguro y del crédito a la exportación en un contexto globalizado. Así puede leerse por ejemplo en los *Berne Union Guideline Principles*, de 1 de noviembre del 2006, a los que puede accederse desde la página web de la organización, (www.berneunion.org). Siguiendo el modelo propuesto por los profs. KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. en su trabajo *The emergence of global administrative law*, disponible en <http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/17>, y publicado en 2005, la Unión de Berna encaja dentro del modelo de “*transnational networks and coordination arrangements*”, dentro de la clasificación de “administraciones globales” que proponen, pág. 21.

⁹ FONTAINE pone de manifiesto las dificultades de aplicar las técnicas estadísticas clásicas del cálculo de riesgos, para el caso de seguro de crédito a la exportación, por ser éstos imprevisibles. La consecuencia de esta dificultad llevaría a algunos autores a afirmar su inasegurabilidad (pág. 84), y a negar el carácter de verdadero seguro al seguro de crédito a la exportación. No es ésta la interpretación de FONTAINE quien por el contrario argumenta, más allá de los requerimientos de la técnica actuarial, que el funcionamiento de la mayoría de las ECAs y sus políticas empresariales a la hora de determinar el montante de las primas sí implican la contratación de verdaderos seguros de crédito, *vid. Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruselas, 1966, (págs. 96-97).

¹⁰ Una aproximación al papel económico que juegan los aseguradores públicos puede apreciarse en el balance que presentan CAMINO BLASCO, D. y CARDONE RIPORELLA, C. en “El seguro de crédito a la exportación en los países de la OCDE (Evaluación de los resultados de los aseguradores públicos)”, *Cuadernos de la Fundación*, núm. 18, Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 1994.

¹¹ En los últimos años, dos estudios señalan las principales dificultades del mercado de seguros de crédito a la exportación y describen a sus actores y sus mecanismos de funcionamiento. Uno de ellos es el estudio publicado por el Instituto SOM (Systems, Organisation and Management) de la Universidad de Groningen, de los profesores ALSEM, K.F., ANFUJEW, J., HUIZINGH, K.R.E., KONING, R.H., STERKE, E. y WOLTIL, M., bajo el título de *Inasegurability of export credit risks*, publicado en SOM Research Report 03F07 (puede obtenerse en <http://ideas.repec.org/p/dgr/rugsom/03f07.html>), de 2003. Por su parte la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea encargó un informe en noviembre de 2004, que lleva por título *The report on Market trends of private reinsurance in the field of export credit insurance*, (no consta el autor o autores ni la fecha en la que se entregó este informe, aunque se puede deducir que tuvo que ser antes del otoño de 2005, dado que para esa fecha la Comisión tenía ya preparada la Comunicación publicada el 22 de diciembre de 2005, donde se recogen las sugerencias del citado informe), accesible a través de la web de la Comisión Europea.

En definitiva, la existencia de seguro de crédito a la exportación en tipo y calidad suficiente ha sido y es un importante factor de impulso de las exportaciones y por tanto de la economía de un país. Los Estados ofertan, en ocasiones en condiciones muy favorables, este servicio directamente o, la mayoría de las veces, a través de las ECAs¹², en algunos casos sobre la base del conocimiento que les aporta su presencia diplomática¹³.

La cobertura por cuenta del Estado de ciertos riesgos vinculados a la exportación convive hoy con un dinámico sector privado de seguros y reaseguros de crédito a la exportación, tanto a nivel nacional como internacional, que exige replantear el papel económico y social que en este punto se reservaban los Estados.

Si unimos a esta circunstancia las exigencias que se derivan de un marco jurídico-económico inspirado en “los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (art. 4.1 TRCE, in fine) y en el reconocimiento de unas libertades económicas básicas, se hace necesario analizar las consecuencias que este modelo tiene respecto del régimen jurídico y del papel que en la actualidad se ha reservado el poder público para asegurar ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación.

1.3 Propuesta de delimitación conceptual de la actividad pública de aseguramiento de determinados riesgos en el seguro de crédito a la exportación

Jurídicamente, el seguro de crédito a la exportación es una modalidad dentro del contrato de seguro de crédito que tiende a proteger al acreedor frente a la

¹² En el informe realizado a solicitud de la Comisión, ya citado, se incluyen datos de la estructura de mercado así como acerca de las ECAs presentes en los países miembros de la Unión Europea, distinguiendo entre los quince primeros y los diez países de reciente incorporación. Al tratar la estructura del mercado el informe señala la presencia en prácticamente todos los países de la UE de tres grandes grupos aseguradores: Atradius – nombre comercial que corresponde a la antigua Gerling NCM-, Euler-Hermes –perteneciente al grupo Allianz-Dresdner Bank- y COFACE -empresa aseguradora especializada en el seguro de crédito a la exportación y adscrita al sector público francés-. La oferta de servicios de seguros que dan estas tres empresas (the “big three”) más la que ofrecen las ECAs en cada país miembro (la presencia de unas y otras se presenta en porcentaje variable para cada país) se completa con las posibilidades que se abren en el mercado financiero de Londres (págs. 15-16).

¹³ Prueba de ello es por ejemplo el dato que aporta la *Guía Riesgo País 2004*, que elabora COFACE y en la que da cuenta de “el papel de las misiones económicas”, adscritas a las embajadas y que constituyen una “red unificada”, que apoya los esfuerzos comerciales de las empresas francesas. Estas misiones diplomáticas informan, aconsejan, orientan, aseguran la promoción y defienden los intereses comerciales de las empresas francesas (pág. 11). Esta publicación la edita en España Ediciones Deusto, Barcelona, 2004.

insolvencia del deudor¹⁴. Mantiene diferencias importantes respecto del contrato de seguro de crédito –que cubre las pérdidas debidas a la insolvencia definitiva del deudor¹⁵- al incluir entre las causas que motivan la falta de pago otras distintas de la insolvencia definitiva. Tiene como finalidad específica “la cobertura de los riesgos a los que se haya sometido el comercio exterior”, distinguiéndose en la norma aplicable entre los riesgos comerciales y los riesgos políticos y extraordinarios (art. 1 de la Ley 10/1970, de 4 de julio¹⁶).

Dejando al margen las distinciones de naturaleza jurídico-privada entre el seguro de crédito y el seguro de crédito a la exportación, que quedan en manos de los mercantilistas¹⁷, el sistema de aseguramiento que se puso en marcha en 1970 para gestionar el seguro de crédito a la exportación, opera –expuesto aquí de modo esquemático; el resto del trabajo permite conocerlo a fondo- del siguiente modo. En la actualidad la contratación de seguro de crédito a la exportación se configura como una actividad libre, aunque sometida a la obtención de una previa autorización que deberán solicitar las empresas que quieran operar en esta modalidad de seguro –que se conoce como ramo de “crédito”-. En el mercado asegurador español de crédito participan un número determinado de empresas entre las que concurre una de capital público estatal.

El Estado asegura por su cuenta ciertos riesgos vinculados a la exportación. La gestión de este servicio –contratación de las pólizas, determinación y cobro de las primas, pago de las indemnizaciones y gestión del siniestro incluido el

¹⁴ S. MORRAL SOLDEVILLA justifica la necesidad de un tratamiento específico del seguro de crédito, poniendo de manifiesto la escasa atención que éste ha tenido en la doctrina mercantilista (pág. 26). Y si escasa es la atención al seguro de crédito, con mayor motivo la modalidad del seguro de crédito a la exportación, que queda expresamente excluida en este estudio, *vid. El seguro de crédito*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 31.

¹⁵ *Vid. MORRAL SOLDEVILLA, S. cit. pág. 91.*

¹⁶ Por lo que se refiere al seguro de crédito a la exportación, hay que citar la monografía del profesor R. JIMÉNEZ DE PARGA, *El seguro de crédito a la exportación*, ed. Tecnos, Madrid, 1965, que constituye, aún hoy, referencia indispensable. Poco tiempo después DEL CAÑO ESCUDERO, F., publicó el *Seguro de crédito a la exportación*, Madrid, 1969. Este autor dedicó también varios capítulos a esta modalidad de seguro en su *Derecho español de seguros*, en sus distintas ediciones. Las citas que haré a esta obra se refieren a su tercera edición, publicada en Madrid, en 1983, salvo referencia en contrario, págs. 294 y ss. del vol. II. En 2003, VAQUERO LÓPEZ publicó una monografía titulada *El seguro de crédito a la exportación (Derecho español y comunitario)*, EDESA, Madrid, cuyo objeto de estudio coincide con el de este trabajo; no así su perspectiva. El trabajo de VAQUERO LÓPEZ profundiza sobre las implicaciones que la regulación del seguro de crédito a la exportación tiene en los aspectos de derecho mercantil internacional, en tanto que el que ahora se presenta se hace desde el derecho público, atendiendo a la posición en la que se encuentran los poderes públicos que regulan y gestionan en particular la cobertura pública de ciertos riesgos asociados a la exportación. En la doctrina extranjera destaca al trabajo de BASTIN, J., (trad. PÉREZ DE AGREDA, E., y GAMBRA GUTIÉRREZ, I.), *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, ed. Mapfre, Madrid, 1980.

¹⁷ *Vid. VAQUERO LÓPEZ, M.C., El seguro de crédito a la exportación*, cit. págs. 38 y ss. y VARGAS VASSEROT, C., “El seguro de crédito a la exportación y su reciente desarrollo normativo en el marco de la Unión Europea”, *RES*, núm. 107, 2001, pág. 422.

recobro- está legalmente encomendada a la mencionada empresa pública – CESCE, Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación- con carácter exclusivo, servicio por el que dicha compañía recibe un canon. El Estado no actúa directamente ante CESCE sino que lo hace a través de la intermediación de una persona de derecho público –el CCS, Consorcio de Compensación de Seguros-, organismo público especializado en el aseguramiento de los daños catastróficos, que por Ley tiene encomendada la función de intermediación en la gestión económica de la cobertura pública del seguro de crédito a la exportación.

La modalidad de seguro de crédito a la exportación con cobertura pública y el sistema institucional que lo gestiona es el objeto concreto de estudio de este trabajo. A través de este mecanismo, el Estado español oferta a las empresas exportadoras un servicio consistente en asegurar sus riesgos asociados a determinadas operaciones de exportación o de inversión en el exterior. El apoyo que este servicio presta a la exportación consiste primeramente en la propia existencia del seguro –pues no siempre el mercado privado de los seguros está en condiciones de ofertarlo-. Además, el apoyo prestado puede ir más allá, en la medida en que la prima cobrada por este seguro no cubra el coste asociado al mismo.

En su origen –en la primera mitad del s. XX- este servicio consistente en ofrecer la contratación de seguros a los exportadores nació con un fuerte carácter subsidiario, ante la argumentada inasegurabilidad de los créditos vinculados a la exportación¹⁸. Hoy, esta premisa es objeto de un cierto replanteamiento¹⁹. De un lado, como se ha señalado, la evolución del mercado de seguros y reaseguros muestra un gran dinamismo y capacidad de adaptación a las necesidades de la economía y de las empresas, siendo su

¹⁸ Esto es, tal y como la describe FONTAINE cuando explica que “*l’assurance crédit à l’exportation est étrangère aux domaine des assurances (...) car les risques qui la caractérisent sont imprévisibles au point d’échapper à l’emprise de la statistique; leur réalisation provoque souvent de graves accumulations de sinestres, qu’aucune compagnie d’assurances ne pourrait couvrir*” en *Essai sur la nature juridique ...*cit. págs. 86.

¹⁹ En el más reciente estudio de ALSEM, K.F., ANFUFJEW, J., HUIZINGH, K.R.E., KONING, R.H., STERKE, E. y WOLTI, M., se repasan los requisitos que hacen que un riesgo determinado sea idealmente asegurable. Toman como punto de referencia el modelo propuesto por SCHMIT, J. T., en “A new view of the requisites of inasurability”, *Journal of Risk and Insurances*, númk. 53, 1986, págs. 320-329. Pues bien, siguiendo el modelo de SCHMIT, que incluye hasta siete parámetros, llegan a la conclusión de que en el caso del aseguramiento de los riesgos vinculados a la exportación no se dan varios de estos parámetros, *vid. Inasegurability of export credit risks...cit. págs. 32-33*. Esta circunstancia les lleva a reflexionar sobre cuál es el papel en el que, en las actuales circunstancias del mercado financiero, están llamados a protagonizar los Gobiernos. Así, entienden que, para determinados riesgos, la intervención estatal (bajo la modalidad de reaseguro) está justificada: en concreto, en el caso de los riesgos políticos, los catastróficos, los “legal risks”, los vinculados al ciclo económico así como los riesgos vinculados a las crisis del sistema financiero (pág. 38).

oferta cada vez más completa²⁰. De otra parte, estudios recientes señalan los efectos perversos o riesgos morales²¹ que puede implicar la existencia de sistemas de seguros y reaseguros públicos para el crédito a la exportación, en la medida en que puedan llegar a expulsar del mercado a los aseguradores privados, quienes ante la presencia de un operador público eludirán la cobertura de ciertos riesgos que ya están cubiertos por el sistema público. Además se señala la ineficacia que supone la existencia de aseguramiento público al dificultar el exacto conocimiento de los costes asociados a ciertas operaciones comerciales en el exterior²². En otros ámbitos, sin embargo, se reafirma la dificultad de calcular ciertos riesgos –es el caso de los vinculados al fenómeno del terrorismo, en especial desde el atentado contra las Torres Gemelas, en Nueva York- y se retoma el argumento de la inasegurabilidad²³. En la actual situación de incertidumbre y crisis financiera, las respuestas de los expertos económicos a la cuestión relativa a la asegurabilidad o no de los riesgos vinculados a la exportación no ofrecen luz suficiente, ni mucho menos soluciones evidentes.

A pesar de que en los últimos años hemos asistido –como consecuencia de la armonización operada por las normas comunitarias y de ciertos compromisos internacionales- a una reducción del ámbito de actuación de los sistemas de cobertura pública en los seguros de crédito a la exportación, ésta subsiste en los países miembros de la Unión Europea, en la modalidad de cobertura de ciertos riesgos; en particular, de los políticos, los extraordinarios, los comerciales por plazos superiores a 24 meses y, desde diciembre de 2005, los riesgos de todo tipo de las pequeñas y medianas empresas.

²⁰ Vid. ALSEM, K.F., ANFUJEW, J., HUIZINGH, K.R.E., KONING, R.H., STERKE, E. y WOLTIL, M., apuntan algunas soluciones para paliar las dificultades de asegurabilidad de los riesgos en el seguro de crédito a la exportación. Entre otras mencionan la posibilidad de titulización (*securitization*) de los riesgos, cit. págs. 38-39

²¹ La expresión habitualmente utilizada en la literatura económica es “moral hazard”. MILGROM y ROBERTS, definen moral hazard como “...*the form of postcontractual opportunism that arises when actions required or desired under the contracts are not freely observable*”, en *Economics, Organization and Management*, ed. Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, USA, 1992, pág. 601. En el Informe realizado por GOEBBELS, R, a petición del Parlamento Europeo y que lleva por título *Informe sobre el sistema monetario internacional –cómo conseguir que funcione mejor y evitar las crisis en el futuro (2000/2017 (INI))*, de 13 de septiembre de 2001, se recoge la definición del P. KRUGMAN que entiende por *moral hazard* “toda situación en la que una persona toma una decisión relativa a la magnitud del riesgo incurrido, mientras otra soporta su coste si las cosas van mal”, ep. 1.7

²² ALSEM, K.F., ANFUJEW, J., HUIZINGH, K.R.E., KONING, R.H., STERKE, E. y WOLTIL, M., lo explican del siguiente modo, “*if a private insurance company knows that a government is easily accepting reinsurance applications, it will probably increase its own riskness*”, en *Inasegurability of export credit risks*, pág. 108.

²³ Este es, por ejemplo, el argumento, principal del informe sobre *Terrorism insurance. Measuring and predicting losses from unconventional weapons is difficult, but some industry exposures exists*, elaborado por la United States Government of Accountability Office, en septiembre de 2006, pág. 12, (en: <http://www.gao.gov/cgi-bin/getrpt?GAO-06-1081>).

Una vez descrita de modo sucinto la estructura del mercado de seguros de crédito a la exportación y visto cómo funciona el sistema de cobertura pública en este tipo de seguros, puede adelantarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, esta modalidad de actividad administrativa se configura como el resultado de una iniciativa pública económica (art. 128.2 CE), mediante la cual el Poder público ofrece al mercado un servicio de carácter económico, en principio, en competencia con el sector privado. En este contexto el principio de paridad de trato entre empresas públicas y privadas desplegará todas sus posibilidades.

Por otra parte, en la medida en que las primas cobradas por dicho servicio no alcancen el coste del mismo (no cumplan, por tanto el llamado principio de suficiencia de las primas) podrán encubrir una ayuda pública que adopta la forma de contrato privado de seguro de crédito a la exportación (una fórmula similar al llamado crédito oficial)²⁴. Sus beneficiarios serán las empresas exportadoras y su cuantía la diferencia entre la prima cobrada y el precio que habría que fijar para cumplir con las exigencias del principio de suficiencia de las primas²⁵.

El resultado es una actividad mixta en la que, a la iniciativa pública concurrencial, se superpone una acción de ayuda pública²⁶. El otorgamiento de dichas ayudas es encomendado, por Ley, a esa empresa pública, actividad que gestiona por cuenta del Estado con exclusividad²⁷.

²⁴ FONTAINE se pregunta si la cobertura pública en los seguros de crédito a la exportación puede ser considerada o no como una ayuda en el sentido comunitario. Afirma que en determinadas ocasiones "*l'assurance crédit d'Etat a parfois perdu de vue toute considération d'équilibre financier, en réclament des primes négligeables pour couvrir, pratiquement a fonds perdus, les risques de crédit attachés à certaines exportations(...)* Lorsque la garantie fonctionne dans de conditions de quasi-gratuité, les caractéristiques de l'aide sont réunies" cit. *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, cit. pág. 137.

²⁵ FONTAINE, señala que será difícil, sino imposible, determinar la prima haciendo uso de las técnicas clásicas de la estadística del seguro. Sin embargo, los especialistas del seguro han buscado otras técnicas de rentabilidad que permiten aproximar las primas con eficacia. Un argumento *de facto*, que le permite afirmar la asegurabilidad del seguro del crédito a la exportación. cit. *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, pág. 97.

²⁶ En este sentido coincido con GUATIA, A., *Derecho Administrativo especial*, vol. III, 2ª ed., ed. Librería General, Zaragoza, 1967, pags. 163 y 164. Por su parte, JIMÉNEZ DE PARGA, también califica como medida de fomento al seguro de crédito a la exportación desde su nacimiento en 1928, *vid. El seguro de crédito a la exportación*, ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 53, y también pág. 116. Por su parte MANZANEDO MATEOS da cuenta del sistema de seguro de crédito a la exportación en el capítulo dedicado al fomento de la exportación (págs. 291), a pesar de calificarlo, en ese mismo capítulo como "servicio público" (en pág. 30), *vid. El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, ed. INAP, Madrid, 1968. También HERNANDO DELGADO incluye la mención al seguro de crédito a la exportación entre las medidas de fomento, *vid. La exportación. Manual de su regulación jurídico-administrativa*, ed. IEAL, Madrid, 1973, págs. 231-235.

²⁷ En este sentido discrepo con C. VAQUERO LÓPEZ cuando califica al seguro de crédito a la exportación como un "servicio público", *vid. El seguro de crédito a la exportación...* cit. págs. 471.

La finalidad de esta modalidad de actividad es múltiple. De un lado y con carácter principal se busca el fomento y promoción de la actividad económica y por tanto la mejora de los ratios que miden el crecimiento económico y, de otro, el mantenimiento de la influencia política de España en otros países o zonas geográficas a través de la presencia comercial. Aunque de orden subordinado, la cooperación al desarrollo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo se configura como una tercera derivada. De tal modo que concurren fines económicos junto con otros de carácter estrictamente político.

Dicho lo cual, es importante distinguir entre los fines que persigue la acción administrativa y los instrumentos que se ponen en funcionamiento para conseguir satisfacer esos fines determinando, en su caso, el régimen jurídico y el marco de principios a los que se somete cada modalidad de intervención administrativa²⁸. Sin perjuicio de que más adelante habrá ocasión de justificar la construcción conceptual que aquí se propone a la luz del análisis de su régimen jurídico, sirva esta breve reflexión acerca de las categorías jurídicas como punto de partida.

1.4 Justificación y método

El primer objetivo de este trabajo es de carácter académico y consiste en profundizar en la línea de investigación que en su día inicié con la publicación de mi *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, así como en la aplicación del método allí explorado para el sector bancario y que ahora se vería completada al extenderla a una modalidad del sector asegurador. Lógicamente el conocimiento de la estructura de mercado de cada sector económico, de su regulación así como de la posición que en él pueda tener el poder público en tanto que empresario, obliga a adaptar las conclusiones de la investigación al caso concreto. El interés académico se refuerza si tenemos en cuenta la escasez de trabajos sobre esta cuestión.

Desde que a final de la década de los sesenta JIMÉNEZ DE PARGA y DE CAÑO ESCUDERO publicaran sus trabajos²⁹ ha sido poco el interés por el seguro de crédito a la exportación. En los últimos años el tema ha sido abordado por VAQUERO LÓPEZ³⁰ y por VARGAS VASSEROT³¹. No obstante hay que señalar que

²⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ acertó en señalar los problemas que surgen de la confusión entre los componentes estructural y teleológico en el ámbito de la acción de fomento administrativo, que él propone pasar a llamar "actividad dispensadora de ayudas y recompensas", *vid.* "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de la acción de la Administración pública", en *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, ed. Civitas, Madrid, 1989, pág. 756.

²⁹ El de JIMÉNEZ DE PARGA, editado en 1965 y el de DEL CAÑO ESCUDERO, en 1969, ambos con el título *Seguro de crédito a la exportación*, ya citados

³⁰ *Vid.* *El Seguro de crédito a la exportación...*, cit.

³¹ *Vid.* "El seguro de crédito a la exportación y su reciente desarrollo normativo en el marco de la Unión Europea", en *RES*, núm. 107, 2001, págs. 421-443.

en la doctrina española el estudio del seguro de crédito a exportación se ha acometido, casi con carácter exclusivo, desde el Derecho Mercantil³² y ello, paradójicamente, a pesar del carácter sustancialmente jurídico-público del tratamiento legislativo que históricamente ha ordenado esta cuestión.

Por otra parte, el interés de la investigación desborda la curiosidad meramente académica en la medida en que conecta con una preocupación sentida en el sector privado asegurador ante una situación de exclusividad otorgada a una empresa pública competidora, cuya justificación bien merece una relectura a la luz del último Derecho Comunitario y de la evolución de un mercado muy dinámico. Desde la perspectiva y también desde los intereses de las empresas exportadoras resulta útil conocer el alcance del servicio de aseguramiento que puede ofrecer el poder público para sus operaciones comerciales en el exterior.

En tercer lugar este análisis puede tener interés para la Administración, cuyo campo de actuación mediante la contratación de pólizas de seguro de crédito a la exportación se ve afectado, reducido, por las exigencias derivadas de los compromisos adquiridos tanto en los Acuerdos de Marraquech como por la vía del Derecho Comunitario. El alcance de esta afectación justifica, a mi juicio, este trabajo, pues en última instancia se trata de conocer el marco en el que puede desenvolverse determinada modalidad de la actuación de los poderes públicos, en concreto la cobertura pública en los seguros de crédito a la exportación.

Por lo que se refiere al método que se va a seguir, el estudio comienza con un recorrido por el Derecho Comunitario e internacional que incide en la regulación del sistema de cobertura del riesgo político y extraordinario en el seguro de crédito a la exportación. Por lo que se refiere al Derecho Comunitario cabe distinguir tres coordenadas: la armonización comunitaria del sector asegurador, el marco derivado de las normas y la política comunitaria de competencia y, finalmente, las exigencias de la política comercial común y, en su caso, de los acuerdos internacionales. A ellas se une la mención al Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, que forma parte de los acuerdos OMC.

La realidad en que se desenvuelve en España el sistema de cobertura pública de ciertos riesgos en los seguros de crédito a la exportación y el modo en que ha quedado delimitada por el Derecho Comunitario e internacional ocupa la segunda parte del trabajo. Se pretende acercar al lector al sistema jurídico e institucional en el que se presta este servicio en España, con una referencia sucinta a su origen histórico y a su evolución. Con ello se trata, en definitiva, de saber si existen o no disfunciones entre el actual modelo y sus condicionantes internacionales, comunitarios y constitucionales y de proponer soluciones más acordes al mencionado marco jurídico-público.

³² Sin duda, el estudio más específico es el VAQUERO LÓPEZ, con particular incidencia en las cuestiones de Derecho internacional privado, *El seguro de crédito a la exportación...* cit.

II

EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO APLICABLE AL SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN

1. LA ACTIVIDAD DE ASEGURAMIENTO DEL CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN EN EL MERCADO ÚNICO DEL SEGURO

1.1 El Derecho Comunitario de los seguros: punto de partida

Como ha recordado Tapia Hermida, el Derecho Comunitario de seguros forma parte del Derecho Comunitario de los mercados financieros³³, ambos insertados en el Derecho económico de la Unión Europea³⁴.

En general, el Derecho Comunitario de los mercados financieros –inclúyanse aquí las normas comunitarias en materia de coordinación bancaria, de mercado de valores y de seguros- viene implicando el ejercicio por parte de las Instituciones Comunitarias de una competencia de armonización que tiende a hacer posible la realización efectiva de las libertades económicas básicas que juegan en estos sectores: la libre circulación de capitales, la libertad de prestación de servicios y el derecho de establecimiento, reconocidos en el TRCE.

En el caso del seguro, la complejidad del sector y de la actividad aseguradora en sí misma ha dado como resultado un proceso normativo complejo y progresivo³⁵.

Complejo, por cuanto que las normas comunitarias armonizadoras de la actividad aseguradora no tienen carácter general. Por el contrario, se ha optado por regular la actividad de modo parcelado, esto es, por ramas del seguro. Así

³³ Prueba de ello es la Directiva 2002/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de conglomerados financieros (DOCE L 35, de 11 de febrero de 2003) transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector eléctrico.

³⁴ Vid. "El Derecho Comunitario de seguros", en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid, 2001, págs. 243-244.

³⁵ CAMACHO DE LOS RÍOS habla de un proceso "lento y escalonado", vid. *Armonización del derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 24.

se diferencian dos grandes bloques de normas. Por una parte las que armonizan y aproximan las legislaciones nacionales en el sector del seguro directo de vida y, por otra, las que realizan esta tarea en el campo del seguro directo distinto del de vida³⁶. Existen además particularidades para determinados tipos de seguros: el reaseguro³⁷, el de responsabilidad civil que resulta de la circulación de automóviles³⁸, el coaseguro³⁹ y el seguro de defensa jurídica⁴⁰.

Progresivo⁴¹, porque el logro de un verdadero mercado único ha exigido ir poco a poco en la implantación de las libertades de servicios y de establecimiento en el sector seguros, dadas las grandes diferencias de partida entre los regímenes jurídicos de los países miembros⁴².

En la actualidad, la acción normativa de las Instituciones Comunitarias en el sector financiero está presidida por una visión globalizadora del sector, que incluye tanto banca, como mercado de valores, servicios financieros y seguros. La armonización de los sectores bancario y asegurador ha resultado más intensa y puede decirse que alcanza grados importantes de integración de los

³⁶ BLANCO-MORALES LIMONES da cuenta de la diferencia de tratamiento entre el seguro de vida y el resto, justificada por la especialización del primero, *vid.* voz “Seguro (Derecho Comunitario)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 6131.

³⁷ Directiva 64/225/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1964, relativa a la supresión en materia de seguro y retrocesión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Recientemente, en materia de reaseguros se ha publicado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los reaseguros y por la que se modifican las Directivas del Consejo 73/239/CEE y 92/49/CEE y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE, de 16 de noviembre de 2005, (*DOUE* 323 L, de 9 de diciembre de 2005).

³⁸ La primera Directiva de armonización de este tipo de seguro fue la 72/166/CE, del Consejo, de 24 de abril de 1972. Con posterioridad, se publicó la segunda Directiva 84/5/CEE, del Consejo, de 30 de diciembre de 1984. La Directiva 2005/14/CE, del Parlamento y el Consejo, de 11 de mayo de 2005, (*DOUE* 149 L, de 11 de junio de 2005) ha sido la quinta y última –de momento– en esta lista no exhaustiva de normas sucesivas, que han ido poco a poco profundizado en el establecimiento de un verdadero mercado único en el seguro obligatorio de responsabilidad civil por conducción de vehículos automóviles.

³⁹ Directiva 78/473/CEE, del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario.

⁴⁰ Directiva 87/344/CEE, del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica.

⁴¹ BLANCO-MORALES LIMONES habla de “progresividad” y “funcionalidad”, al calificar la acción de las Instituciones Comunitarias para la instauración del mercado común del seguro, voz “Seguro (Derecho Comunitario)”, *cit.*, pág. 6130. En esta idea de progresividad incide también, CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho...*, *cit.*, págs. 24 y 25, y NUÑEZ LOZANO, M.C., *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs 25 a 28.

⁴² *Vid.* TAPIA HERMIDA, A.J., “El Derecho Comunitario de seguros”, en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I.) Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid, 2001, pág. 245.

mercados. Los problemas se concentran en el sector bursátil, en el que la integración de mercados resulta más compleja, al tiempo que imprescindible si la economía europea quiere contar en el mercado internacional como un verdadero competidor, principalmente, frente a los Estados Unidos. A este empeño responde la formulación del PASF (Plan de Acción de Servicios Financieros) que ha supuesto en los últimos años un instrumento muy útil para dar nuevo impulso a la armonización en este subsector⁴³.

Por otra parte, las dificultades intrínsecas que se derivan del tipo de actividad y del propio contrato de seguro en sus diversas modalidades, así como de la existencia de diferencias nacionales notables en su regulación, se vienen a unir a las características vinculadas a la naturaleza de los servicios financieros, un sector en el que la intervención administrativa –ya sea nacional o comunitaria– debe buscar necesariamente el justo equilibrio entre intereses en conflicto.

Este equilibrio hay que situarlo en el marco que dibuja el modelo económico tanto comunitario como constitucional, en el que la libertad de empresa –concretada entre otras en el reconocimiento de las libertades de circulación de bienes, servicios, personas y capitales, así como en la libertad de establecimiento– y la defensa de la competencia han quedado configuradas como elementos esenciales que los poderes públicos han de garantizar⁴⁴ y que determinan el escenario general en el que se desenvuelve la actividad aseguradora⁴⁵.

⁴³ Para impulsar este plan se creó, en julio de 2000, un Comité de sabios, de cuya reflexión surgió el conocido como “Informe *Lamfalussy*” sobre reglamentación de mercados europeos de valores mobiliarios, dado a conocer el 15 de febrero de 2001. Dicho documento propone, además de un calendario, un conjunto de medidas de muy diverso nivel, cuyo objetivo final es la mejora de la eficacia de un sistema de mercado de valores para permitir la optimización del desarrollo y de la competitividad de la economía europea. Sobre esta cuestión puede verse, PEÑAS MOYANO, M.J., “El plan de acción de servicios financieros (PASF) como instrumento de integración para la consecución del mercado financiero único”, *RDBB*, núm. 88, 2002, págs. 159-180. Así mismo puede seguirse la evolución del PASF en los sucesivos informes que sobre él ha ido publicando la propia Comisión. Con posterioridad, se ha abierto un proceso de Libro Verde sobre la Política Europea en materia de servicios financieros para el periodo 2005-2010, que actualiza las previsiones del PASF, que incorpora una novedosa metodología de evaluación de las medidas adoptadas. Sobre el particular puede verse, GARCÍA SANTOS, M^a N., “Análisis del impacto de la regulación financiera”, en *ICE-Evaluación de Políticas públicas*, Mayo-Junio, 2007, pp. 51-74.

⁴⁴ Así el art. 38 de la CE encomienda a los Poderes Públicos garantizar y proteger el ejercicio de “la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”. Sobre el papel de los poderes públicos como garantes del sistema de libre competencia, *vid.*, entre otros, ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, ed. Comares, Granada, 1999, págs. 215-216, FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 167 y MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, 1^a ed., La Ley, Madrid, 1988, págs. 98 y 99.

⁴⁵ En general, sobre el marco jurídico-constitucional del sector asegurador, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO, S., “La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación jurídico-

Además del derecho de defensa de la competencia como título de intervención aplicable al sector financiero en su conjunto⁴⁶, la realidad de las cosas impone en este sector la presencia de otro tipo de intereses cuya ponderación debe ser tomada en cuenta en la ordenación de la actividad que llevan a cabo los poderes públicos.

Así, destaca la necesidad de garantizar la confianza –el crédito– que el público deposita en las entidades financieras. La importancia de esta observación se aprecia al pensar qué ocurre cuando éste queda roto: pánico, crisis bancarias o bursátiles... y, llegado el caso, inestabilidad económica generalizada⁴⁷. El negocio financiero -banca, bolsa y seguros- descansa sobre algo tan frágil como la confianza que sus clientes depositan en estas instituciones cuando se hacen cargo de sus ahorros. Es precisamente la necesidad de garantizar que esta confianza no resulte burlada la que justifica la existencia de regímenes jurídicos específicos en el sector financiero. Este es el caso de la exigencia de honorabilidad y profesionalidad de los gestores y consejeros de estas entidades⁴⁸, del establecimiento de sistemas de garantía de depósitos⁴⁹ o de

administrativa”, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 59-84.

⁴⁶ Sobre la aplicación de las normas de competencia al sector financiero, pueden verse, BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del Derecho de la Competencia a la actividad aseguradora”, en *RES*, núm. 104, 2000, págs. 731–766, en relación con el sector asegurador. La aplicabilidad de las normas de competencia al sector bancario quedó clara a partir de la STJCE de 14 de julio de 1981, as. C-172/80, asunto Gerhard Züchner/Bayersche Verinsbank, en la que el Tribunal fue tajante al afirmar la aplicabilidad de las normas comunitarias al caso de los bancos. Entre nosotros MESTRE CASAS, M.P., ha publicado una monografía sobre el particular, *vid. Aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca*, ed. Eurolex, Madrid, 1997; también BOTANA AGRA, M., “Aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del art. 90.2 del Tratado CEE”, en AAVV, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 349-362 y CADENAS CORONADO, J., “Derecho Comunitario de la Competencia en el sector bancario”, *RDBB*, núm. 45, 1992, págs. 167-186. Entre la literatura comunitaria destaca en este punto el trabajo de ELHERMAN, C-D. “Le huile et la sel: le secteur bancaire et le droit européen de la compétence”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 3, 1993, págs. 457-475.

⁴⁷ Sobre la relación del fenómeno monetario y financiero con los acontecimientos económicos y políticos, *vid.* KINDLEBERGER, F., *Historia financiera europea*, ed. Crítica, Barcelona, 1988. La existencia de crisis económicas como consecuencia de crisis financieras o monetarias es una realidad histórica que va desde la crisis alemana posterior a la primera Guerra mundial y, según KEYNES, motivo de la llegada al poder del nacional-socialismo, pasando por el crack del 29 o la crisis argentina de los 80.

⁴⁸ Sobre la honorabilidad como requisito puede verse con carácter general, IRURZUN MONTORO, F., *Honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras y otras actividades*, ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007. Con anterioridad, MARTÍN-RETORTILLO, L., “Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades”, *RAP*, núm. 130, págs. 23-96. En el caso de la legislación de seguros, *vid.* arts. 14 y 15 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en sus arts. 67.2.f) y 70.1.i) también exige como requisito para

mecanismos como el existente en España para compensación de seguros⁵⁰. Es también, cómo no, la obligación de cumplir con ciertos coeficientes de solvencia o recursos propios en la banca⁵¹ o, en el sector de los seguros, las estrictas exigencias contables de provisionar ciertos riesgos⁵². El régimen de control de la idoneidad de los accionistas con participaciones significativas que hemos importado del derecho comunitario y extendido a la regulación de todos los subsistemas del sector financiero, de nuevo, se justifica en la necesidad de proteger la “salud” del sistema⁵³. En este sentido, bien podemos hablar de supervisión prudencial⁵⁴ al referirnos a la actividad de regulación, autorización, control, supervisión y, en su caso, sanción llevada a cabo por los poderes

obtener la autorización administrativa como empresa de servicios de inversión, que los miembros de su Consejo de Administración y sus directores generales y asimilados, tengan reconocida honorabilidad empresarial o profesional. Del mismo modo, el art. 43.4 de la Ley 26/1988, 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, prevé que será denegada la autorización para la creación de una entidad de crédito cuando sus administradores o directivos “no tengan la honorabilidad comercial y profesional requerida”. Sobre el requisito de honorabilidad en materia de bancos, *vid. mi Banca pública y mercado...*, cit. págs. 103-104.

⁴⁹ Así, bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito vienen obligadas a realizar aportaciones que dotan sus correspondientes Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito, según establece el art. 3 del Real Decreto-Ley 18/1983, de 24 de septiembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de ahorro y Cooperativas de crédito, según la redacción dada al mismo por la disp. ad. decimotercera de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que reforma la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁵⁰ A propósito de los sistemas de garantías de depósitos o de los mecanismos de garantía y solvencia en el ámbito de los seguros, resulta muy interesante el planteamiento del trabajo de DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Presupuestos jurídico-públicos de las instituciones paraconcursoales”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, págs. 63-98, pero especialmente, págs. 89 a 92. Del mismo autor *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 229-233.

⁵¹ En este caso, son la Leyes 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios, y obligaciones de información de los intermediarios financieros y 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades financieras, la principal referencia.

⁵² Respecto de la contabilidad en el sector de los seguros, con carácter general *vid.* art. 20 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP)

⁵³ *Vid.* arts. 56 y ss. de la Ley 26/1988, 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, art. 22 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y art. 69 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO en la introducción a la obra colectiva *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. por Mapfre, (págs. XI-XIII) subraya las implicaciones que tiene el uso del concepto de “supervisión”, con relación a la comentada Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados, Madrid, 1997.

públicos con objeto de garantizar el correcto funcionamiento de estos singulares mercados según criterios de gestión sana y prudente⁵⁵.

Otra variable también presente, si bien ésta tiene un carácter general, es la relativa a la protección de los consumidores-asegurados, que desde una perspectiva iusprivatista confluye en determinar los títulos de intervención que operan sobre la actividad del sistema financiero⁵⁶. Esta coordinada adquiere en el caso de los seguros una dimensión significativa⁵⁷.

Entre estas coordenadas se desenvuelve el derecho público –comunitario y nacional- de los seguros: de un lado, facilitar el correcto funcionamiento del mercado y de las libertades que le son consustanciales y, de otro, concretar una supervisión prudencial que garantice la confianza depositada en su buen funcionamiento y en la estabilidad del sistema financiero-asegurador, junto con la protección de los consumidores-asegurados⁵⁸.

La tensión y el difícil equilibrio entre estas coordenadas de intereses, en ocasiones contrapuestas, se aprecia en documentos como la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la *Libre prestación de servicios e interés*

⁵⁵ La expresión de “gestión sana y prudente” se ha incorporado a la regulación del sector financiero de la mano del Derecho Comunitario, y aparece mencionada en el art. 22.2, último párrafo, del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados; en el art. 69.11 la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y en el art. 62 de la Ley 26/1988, 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, sin duda, de perfiles difusos. Los principios de proporcionalidad y *pro libertate* habrán de ser los que colaboren en su determinación, ponderando adecuadamente las intensas potestades administrativas que la legislación sectorial confiere a los poderes públicos.

⁵⁶ En relación con la necesidad de conciliar la protección de los consumidores-asegurados y las libertades económicas y la competencia, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, M.C., “La libre prestación de servicios en el sector de los seguros directos dentro de la Comunidad Europea y su tratamiento por el legislador español”, *RES*, núm. 98, 1999, pág. 289.

⁵⁷ En este sentido hay que entender la incorporación en el Derecho español de las figuras del Comisionado para la Defensa del Cliente de los servicios financieros, adscrito al supervisor (en el caso del sector de los seguros, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) y del Defensor del Cliente –o, en su caso, departamento de atención al cliente- en las empresas del sector, que han introducido los arts. 22 y ss. de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Sobre esta cuestión me he referido ya en “Una aproximación a la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, págs. 118 a 120.

⁵⁸ NÚÑEZ LOZANO no duda en señalar esta última como el origen de la intervención especialmente intensa del derecho público en este sector de la actividad económica, *vid.*, *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 22-23. También CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 25.

*general en el sector de seguros*⁵⁹. La aplicación de las Directivas en materia de liberalización y armonización en el sector de los seguros por parte de los países miembros ha dado lugar a divergencias entre los Estados miembros a la hora de interpretar la amplitud de la liberalización operada por la Directivas, por una parte, y el papel reservado a la noción de interés general como argumento para la imposición de obligaciones o condiciones para ejercer las libertades de prestación y de establecimiento. De hecho, son ya varios los asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse acerca de la interpretación del alcance del concepto de interés general en la actividad aseguradora⁶⁰. En otros casos el equilibrio se busca entre la liberalización del mercado de seguros y los sistemas de seguridad social⁶¹, en el ámbito de los seguros de enfermedad y asistencia médica⁶². También en el ámbito de los fondos de pensiones se han planteado interesantes cuestiones de delimitación

⁵⁹ Documento de la Comisión (1999) 5046, que tiene fecha de 2 de febrero de 2000, y forma parte de las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión en el marco del Plan de Acción para los Servicios Financieros (PASF).

⁶⁰ Entre otros, cabe destacar la STJCE de 18 de mayo de 2000, as. C-206/98, Comisión/Bélgica. En este caso, con ocasión de un recurso de incumplimiento presentado por la Comisión contra Bélgica, por supuesto incumplimiento de la Directiva 92/49/CEE, el Tribunal (ap. 45) niega que pueda argumentarse una excepción a la aplicación de la mencionada Directiva por entender que en el caso de autos se trataba de un servicio de interés general. Se trataba de un seguro obligatorio de accidentes laborales practicado en concurrencia por empresas públicas y privadas, para el que la legislación belga excluía el acceso a empresas extranjeras, aduciendo su pertenencia al régimen de seguridad social. En la STJCE de 5 de marzo de 2002, as. 386/00, Axa Royale S.A., nuevamente se confrontan los límites de la armonización en materia de seguros y la presencia de legislaciones nacionales restrictivas de la libertad de prestación de servicios en virtud de la defensa de ciertos intereses generales como pueda ser la información a los consumidores. De nuevo en esta ocasión el Tribunal rechaza la compatibilidad con la Directiva 92/49/CEE de una legislación nacional (belga, en este caso) por la que se establecía la obligación de las empresas de seguros de informar al tomador del seguro de que la resolución de su contrato de seguro de vida, con vistas a la suscripción de uno nuevo, será en general perjudicial para él (ap. 29). Entiende el Tribunal que esta obligación es “poco apropiada para ilustrar al tomador del seguro en cuanto a la elección que debe efectuar” porque sólo se refiere a los aspectos potencialmente negativos y no a las posibles ventajas de un cambio de póliza. Argumentos similares utiliza el Tribunal en la STJCE de 11 de mayo de 2000, as. C-296/98, Comisión/Francia, que declara incompatible con las Directivas de armonización de seguros la subsistencia de un artículo del Código de Seguros francés que obligaba a las empresas de seguros que comercializaban por primera vez un producto a comunicarlo con carácter sistemático al Ministerio correspondiente (ap. 35), por entender que es contrario a la libre comercialización de productos de seguros (ap. 29).

⁶¹ Así, en el asunto *García y otros*, (STJCE de 26 de marzo de 1995, as. C-238/94), el Tribunal entiende que un seguro de enfermedad y de maternidad de los trabajadores por cuenta propia de los trabajadores no agrícolas forma parte del régimen de la Seguridad Social, y por tanto al margen de la Directiva 92/49/CEE (aps. 3 y 4). En el asunto *AOK, Bundesverband y otros/Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. y otros*, el Tribunal de Justicia de nuevo excluye la aplicación de las normas de competencia por entender que la Federación alemana de cajas de enfermedad no es empresa y forma parte del sistema alemán de seguridad social (STJCE de 16 de mayo de 2004, a.a. C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01)

⁶² En el caso de la STJCE de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, B.S.M. Smits, esposa de Geraets, el Tribunal ha recordado que las actividades médicas, tanto hospitalarias como

entre el ámbito de la liberalización y el de las empresas que prestan servicios de interés general⁶³.

La cuestión, como se ve, está lejos de quedar cerrada y, en definitiva, afecta a la extensión de las potestades de intervención de los poderes públicos de los Estados miembros sobre la actividad aseguradora⁶⁴.

1.2 El seguro de crédito a la exportación ante el fenómeno de la armonización de los seguros distintos del seguro de vida

Tras esta reflexión, somera y de carácter general sobre el Derecho Comunitario de los seguros, estamos en condiciones de exponer los datos relativos al Derecho Comunitario que, en materia de seguros, ordena la realidad empresarial del seguro de crédito a la exportación⁶⁵.

Concretamente, el seguro de crédito a la exportación, como modalidad que es del seguro de crédito, viene contemplado en el ámbito de las Directivas del Consejo y del Parlamento relativas a la armonización de la actividad del *seguro directo distinto del seguro de vida*⁶⁶.

extrahospitalarias, están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 50 del Tratado, relativo a la libre prestación de servicios, (ap. 53), aunque puedan estar incluidos en el régimen de la seguridad social (ap. 54), de modo que supondría un obstáculo a la libre prestación de servicios una legislación nacional que disuadiese a los prestatarios de la seguridad social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros (ap. 69). Ello sin que pueda argumentarse la necesidad de tal limitación *por constituir una razón imperiosa de interés general* (ap. 72).

⁶³ En este sentido, *vid.* las sentencias STJCE de 21 de septiembre de 1999, as. C-67/97, Albany Internacional BV, STJCE de 21 de septiembre de 1999, ass. C-115/97, C-116/97 y 117/97, Brentjens, STJCE de 12 de septiembre de 2000, ass. C-180/98, C-181/98, C-182/98, C-183/98 y C-184/98, Pavel Pavlov y otros y STJCE de 21 de septiembre de 2000, as- C-222/98, A. Hendrik van der Wonde.

⁶⁴ VAQUERO LÓPEZ, señala precisamente el *interés nacional* como la razón que habría justificado la intervención del Estado como garante de los riesgos derivados del comercio exterior, aunque matiza que esta explicación sólo sería aplicable en la actualidad al ámbito de los riesgos no negociables. Más adelante volveré sobre ello, *vid. El seguro de crédito a la exportación (Derecho español y comunitario)*, ed. EDERSA, Madrid, 2003, págs. 83-84.

⁶⁵ Las referencias que aquí se exponen dan por supuesto otras de carácter general relativas al proceso de armonización comunitaria del mercado de seguro. Para ello me remito a CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daño...*, cit. , que ofrece una visión sistemática de este proceso, así como de su transposición a nuestro ordenamiento interno. También TAPIA HERMIDA, A.J., "El derecho comunitario de seguros", en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, ed. Colex, Madrid 2001, págs. 243-278.

⁶⁶ En el epígrafe anterior, al mencionar la complejidad de la actividad aseguradora, ya señalaba el tratamiento "por ramos" por el que ha optado el Derecho Comunitario de armonización, a la hora de regular las libertades económicas básicas en el sector de los seguros.

La primera de ellas fue la Directiva 73/239/CEE, del Consejo de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso de la actividad de seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio. Precisamente, en virtud de lo dispuesto por su art. 2.2,d) quedaban excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva *las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con el apoyo del Estado “en tanto no se produzca la coordinación ulterior”*, coordinación que quedaba diferida por la norma por un periodo de cuatro años a partir de su publicación. Al margen de otras modificaciones parciales de la Directiva 73/239/CEE (concretamente las Directivas 76/580/CEE del Consejo de 19 de junio de 1976 y la 84/641/CEE, del Consejo de 10 de diciembre de 1984) que no afectaron al seguro de crédito a la exportación, en 1987, la Directiva 87/343/CEE⁶⁷ del Consejo de 22 de junio de ese año, modificó la primera Directiva 73/239/CEE⁶⁸, precisamente tocando algunos aspectos referidos al seguro de crédito y al seguro de caución.

La modificación más significativa por lo que se refiere al seguro de crédito a la exportación, se concreta en lo que es aparentemente un mero ajuste de redacción del mencionado art. 2.2,d). Habiendo transcurrido trece años sin haberse producido la “ulterior coordinación” a la que se refería la Directiva 73/239/CEE, en la Directiva de 1987, el Consejo opta finalmente por prescindir de la mención expresa a los plazos y excluye de su aplicación a las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con garantía del Estado “en tanto no se produzca la coordinación ulterior”. Sencillamente difiere *sine die* la posible armonización para este tipo de operaciones⁶⁹.

Por lo demás la Directiva 343/87/CEE incorporó un régimen de supervisión especial para las empresas de seguros dedicadas al ramo 14, es decir al de seguro de crédito, por el que están obligadas a constituir una reserva de estabilización “que servirá para compensar la pérdida técnica eventual o la tasa de siniestrabilidad superior a la media”⁷⁰.

La segunda fase importante en el proceso de armonización y liberalización⁷¹ en el sector del seguro –concretamente del seguro directo, distinto del seguro de vida- se corresponde con la llamada Segunda Directiva 88/357/CEE de

⁶⁷ Vid. KOVAR, R., “La legalité de la Directive 87/343/CEE du Conseil de Communautés européennes sur l’assurance-crédit”, *Bulletins des Assurances*, 1989, núm, 286, pág. 30 y ss.

⁶⁸ El título de la Directiva refleja en parte su contenido: *Directiva por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito y caución, la primera Directiva 73/239/CEE*.

⁶⁹ Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños...*, cit, pág. 56.

⁷⁰ Art. 1.3 de la Directiva 343/87/CEE por el que se incorpora un art. 15 *bis* a la Directiva 73/239/CEE, en el que se define la reserva de estabilización y se establece su régimen.

⁷¹ El art. 51.2 del TRCE menciona expresamente la necesidad de proceder a una liberalización de los servicios bancarios y de seguros que estén vinculados a los movimientos de capitales, en armonía con la liberalización de la circulación de capitales.

Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por las que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE⁷². El objetivo de esta Segunda Directiva era, como dice en sus considerandos previos, el de profundizar en el desarrollo e implantación del mercado interior del seguro⁷³, en el contexto del Acta Única.

Respecto de las novedades contenidas en esta segunda Directiva destaca, entre otras cuestiones, la incorporación del concepto de “grandes riesgos”⁷⁴ y la liberalización que respecto de éstos se opera, al quedar sometidos únicamente al control de las autoridades del Estado donde la compañía aseguradora tenga su sede (principio del país de origen)⁷⁵.

Concretamente, y por lo que se refiere al seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado, la Directiva del 88 no modifica su regulación y mantiene la consideración de las operaciones de seguro de crédito a la exportación con cobertura estatal, al margen del proceso de armonización en el sector. Por otra parte, y en la medida en que el seguro de crédito a la exportación forma parte del ramo 14 (de crédito), será clasificado como “gran riesgo” siempre que el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad⁷⁶. Una calificación que tiene conse-

⁷² Pilar BLANCO-MORALES LIMONES da cuenta de la situación creada, previa a la publicación de la Directiva 88/375/CEE, por la interpretación que el Tribunal de Justicia venía haciendo en relación con la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, *vid.* “La Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del seguro privado ante la libre prestación de servicios del TCEE. Un análisis a la luz de los principios de la jurisprudencia del TJCEE”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 304-305. Sobre esta jurisprudencia, *vid.* también ILLIESCAS, R., “La construcción del mercado comunitario de seguros: cuatro sentencias del TJCE (casos 220/83, 252/83 y 206/84)”, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 14, 1987, págs. 741 y ss.; BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La libre prestación de servicios en materia de seguro. Algunas reflexiones sobre la STJCE de 4 de diciembre de 1986”, *La Ley*, 30 de noviembre de 1987 y BIANCARELLI, “L’ évolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de prestations des services dans le secteur des assurances”, *Revue du Marché Commun*, núm. 303, 1987, págs. 35 y ss.

⁷³ Sobre el contenido, a grandes rasgos, de la Directiva 88/357/CEE, *vid.* CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños...*, cit., págs. 42-43.

⁷⁴ *Vid.* art. 5 de la Directiva 88/357/CEE por el que se incorpora una letra *d*) al art. 5 de la Directiva 73/239/CEE, en la que concretan qué riesgos son considerados como grandes riesgos a los efectos de la Directiva.

⁷⁵ *Vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., voz “Seguro (Derecho Comunitario)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 6133. También CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Acceso y ejercicio de la actividad aseguradora en la Unión Europea. La licencia única”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, pág. 339-340.

⁷⁶ *Vid.* CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños...*, cit., pág. 119.

cuencias importantes en cuanto al régimen jurídico-privado del contrato de seguro, como se verá más adelante (art.4 A de la Directiva 88/357/CEE). La consideración como gran riesgo tiene además consecuencias en lo relativo al régimen jurídico-público, puesto que determina el ámbito de la liberalización operada por esta segunda Directiva.

El tercer impulso a este proceso armonizador lo ha dado la Tercera Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, por la que se regula la llamada "licencia única"⁷⁷. El mundo del seguro ha seguido un proceso paralelo al que había tenido lugar en el sector bancario con la Directiva 89/646/CEE, del Consejo de 15 de diciembre de 1989⁷⁸. Ciertamente, se puede decir que éste sí ha resultado ser un avance importante en el proceso de consecución de un mercado único en el ámbito del seguro. Prueba de ello es la propia Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados de 1995⁷⁹, que incorpora la liberalización en nuestro derecho interno, como antes, en 1989, hiciera la Ley de Disciplina y Intervención en las Entidades de Crédito para el sector bancario.

Con todo, las adaptaciones al complejo Derecho Comunitario en estas materias son permanentes.

Así, y para el sector de los seguros, el proceso de adaptación normativa continuó con la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Reforma del Sistema Financiero, por la que, entre otros contenidos, se aprovechó la ocasión para

⁷⁷ Sobre las terceras Directivas y su posterior proceso de transposición a nuestro ordenamiento, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, M.C., "La libre prestación de servicios en el sector de los seguros directos dentro de la Comunidad Europea y su tratamiento por el legislador español", *RES*, núm. 98, 1999, págs. 287-303; DEL VALLE SCHAAN, M., "La incorporación de las terceras Directivas comunitarias", en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 139/140, agosto-septiembre, 1996, págs. 121-126; ALMANJO PABLOS, L. M., "Las claves jurídicas de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados", también en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 139/140, agosto-septiembre, 1996, págs. 7-23 y CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños...*, *cit.*, págs. 43-44.

⁷⁸ TAPIA HERMIDA pone también de manifiesto los puntos en común que comparten las regulaciones comunitarias de seguros, banca y valores, *vid.*, "El derecho comunitario de seguros", en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, ed. Colex, Madrid 2001, pág. 244. Sobre el proceso de incorporación de las normas comunitarias en materia de coordinación bancaria a nuestro ordenamiento, *vid.* las reflexiones de MARTÍN-RETORTILLO en el capítulo relativo al "Sistema bancario y crediticio", en la obra dirigida por él *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991, particularmente, págs. 178 y ss. También CLAROTTI, P. "Estructura de la supervisión bancaria en el mercado interior europeo", en *Papeles de Economía Española*, núm. 58, Madrid, 1994, págs. 14-25 y del mismo autor "Vers un marché commun des banques", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 1989, págs. 504-516.

⁷⁹ Cuya redacción actual está recogida en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, como consecuencia del mandato de refundición contenido en la disp. final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

incorporar las nuevas exigencias comunitarias en la regulación de los diversos sectores que conforman el sistema financiero⁸⁰, y siguió posteriormente con la Ley 34/2003, de 4 de noviembre de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados⁸¹. En 2005, la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero⁸² de nuevo transpuso para el sector asegurador el entonces último Derecho Comunitario. Entre 2006 y 2007, se han publicado: a) la Ley 12/2006, de 16 de mayo, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, b) la Ley 26/2006 de 7 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, c) la Ley 13/2007, de 2 de julio, por la que se modifica el TRLOSSP, en materia de supervisión de reaseguros y d) la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y el TRLOSSP, normas todas ellas que incorporan modificaciones y ajustes que en la mayoría de los casos son consecuencia del complejo proceso normativo que viene impulsado por el Derecho Comunitario.

Por lo que se refiere a la regulación específica del seguro de crédito a la exportación, objeto de este trabajo, la modificación más importante introducida por esta tercera Directiva y que, al menos indirectamente, ha podido incidir en

⁸⁰ En el último epígrafe del apartado II de la Exposición de motivos de dicha Ley se mencionan las Directivas comunitarias que se transponen: la 2000/26/CE, del Consejo y del Parlamento, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil de la circulación de vehículos automóviles; la 2000/64/CE, del Consejo y del Parlamento, de 7 de noviembre de 2000, que modifica las Directivas 85/611/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE y 93/22/CEE, en lo relativo al intercambio de información con terceros países; la Directiva 2000/46/CE, del Consejo y del Parlamento, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades y, finalmente, la Directiva 2000/28/CE, del Consejo y del Parlamento, de 20 de marzo de 2000, que modifica la 2000/12/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito. Esta Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero ha sido analizada con profundidad en la obra de SÁNCHEZ CALERO, F, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.) *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, ed. Thomson/Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003. Para una visión más descriptiva, *vid.* mi trabajo "Una aproximación a la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, págs. 99-132.

⁸¹ Ley que delegó en el Gobierno la potestad para refundir las normas vigentes en la materia y que dio lugar a la publicación, el 29 de octubre de 2004, de los Reales Decretos Legislativos 6, 7 y 8/2004, relativos a la Ordenación y Supervisión de los Seguros privados, Consorcio de Compensación de Seguros y sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, respectivamente.

⁸² En virtud de esta Ley se transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2002/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de servicios de inversión de un conglomerado financiero.

la regulación española de esta cuestión, es su art. 3, por el que se obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para que los monopolios relativos al acceso a la actividad de determinados ramos del seguro, otorgados a los organismos establecidos en su territorio y contemplados en el art. 4 de la Directiva 73/239/CEE, desapareciesen el 1 de julio de 1994, como muy tarde. Se vislumbra claramente la voluntad comunitaria de terminar con cualquier tipo de monopolio en el sector como consecuencia de la efectiva realización de los principios de un mercado único (libertad de establecimiento y libertad de servicios). Con esta medida quedaba virtualmente afectada la actividad monopolista que en muchos países comunitarios llevaban a cabo las empresas o agencias dedicadas a los seguros de crédito a la exportación.

El ramo del seguro de crédito, con carácter general, es mencionado expresamente en el art. 18 de la Directiva del 92, por el que se establece una nueva redacción al art. 15 *bis* de la Directiva 73/239/CEE, en su día incorporado por la Directiva 87/343/CEE. En él se regulaba la necesidad de que las empresas de seguros dedicadas a este ramo constituyan “una reserva de estabilización” que se hacía depender de la tasa de siniestrabilidad (que debía dotarse cuando esta tasa fuese superior a la media del ramo para cada ejercicio). Pues bien, en este punto la Directiva 92/49/CEE reproduce en su mayor parte el mandato de la Directiva 87/343/CEE, con un pequeño pero importante retoque, que sin embargo no afecta al contenido material del mandato. El cambio afecta a la competencia para determinar la obligación de las empresas aseguradoras del ramo de crédito de constituir, en su caso, reservas de estabilización. Así, desde la Directiva de 1992, son los Estados en cuyo territorio esté situado el domicilio social de las empresas de seguros los que determinarán el contenido concreto de dicha obligación, a diferencia de la previsión de 1987, que encomendaba esta misión a los Estados en cuyo territorio se cubría el riesgo. Esta modificación responde a un nuevo impulso de profundización en la plena liberalización de la actividad aseguradora y a la implantación de un sistema de autorización y supervisión única por el Estado miembro donde se sitúa la sede social de la empresa (principio del país de origen)⁸³. La modificación del art. 15 *bis* es un ejemplo de la filosofía que acompaña a las Directivas de tercera generación, que han optado por el sistema de licencia única como mecanismo para hacer efectivo el pleno ejercicio de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento, en el sector del seguro⁸⁴.

⁸³ Vid. VAQUERO LÓPEZ, M.C., “La libre prestación de servicios en el sector de los seguros...”, cit., pág. 291-292.

⁸⁴ Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños...*, cit., págs. 42-43, también DEL VALLE SCHAAN, M., “La incorporación de las terceras Directivas comunitarias”, cit., pág. 125 y ALMANJO PABLOS, L. M., “Las claves jurídicas de la ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados”, cit., pág. 13. Sobre el desarrollo legislativo del sistema de licencia única comunitaria en nuestro ordenamiento interno, puede verse CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Acceso y ejercicio de la actividad aseguradora...”, cit., págs. 333-348; en la misma obra, también BLANCO-MORALES LIMONES y CARBONELL abordan desde otra perspectiva esta misma cuestión, *vid.* “Actividad en régimen de establecimiento y libre prestación de servicios”, págs. 291-332.

El proceso de armonización comunitaria no se ha detenido aquí, ni mucho menos. Ha continuado –y continúa- perfilando el marco jurídico del sector asegurador; en concreto, en relación con el seguro distinto del seguro de vida, la Directiva 95/26/CE modificó parcialmente la citada Directiva 92/49/CEE y la Directiva 2002/13/CE que de nuevo modifica la Directiva 73/239/CEE en lo que respecta al margen de solvencia de las empresas de seguros distintos de los seguros de vida. En definitiva, las referencias normativas que aquí han quedado expuestas muestran la complejidad y el acelerado ritmo con el que se publican normas ordenadoras de este sector y, en consecuencia, la dificultad que implica para cualquier estudioso de esta parte del ordenamiento mantenerse al día.

1.3 Consecuencias del mercado único para las empresas dedicadas al seguro de crédito a la exportación. En especial, la exclusión de las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado

De lo expuesto hasta aquí se concluye que la actividad de aseguramiento del crédito a la exportación ha seguido un proceso de liberalización e implantación del mercado único semejante al de otros ramos. Destacan dos particularidades: en primer lugar, su configuración como un gran riesgo con las consecuencias que de esta calificación se derivan y, en segundo lugar, la pervivencia de la exclusión, ya contenida en la primera Directiva, de 1973, de ciertas operaciones del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario de armonización en materia aseguradora.

Respecto de la primera de las cuestiones, la de la calificación como gran riesgo de los seguros de crédito en general, entre los que quedan incluidos los de crédito a la exportación ya se ha hablado antes⁸⁵. Esta consideración legal no sólo tiene consecuencias jurídico-privadas -determinación del régimen jurídico aplicable al contrato⁸⁶- sino que además determina ciertas especialidades en el régimen jurídico-público de supervisión de la actividad, al menos en su formulación comunitaria. Así en el art. 11.1, último párrafo de la Directiva 73/239/CEE, según la redacción dada al mismo por la Directiva 88/357/CEE (segunda Directiva), por el que se regulan las condiciones que habrá de tener el programa de actividades exigible para obtener la autorización para la instalación de una empresa de seguros, rebaja ciertas exigencias generales (relativas a la presentación de ciertas condiciones generales y de las tarifas)

⁸⁵ Vid. TIRADO SUÁREZ, F. J., “Seguro de crédito”, en SÁNCHEZ CALERO, F., (coord.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1072.

⁸⁶ Esta es la cuestión que aborda el trabajo de VAQUERO LÓPEZ, desde la perspectiva del Derecho internacional privado y la determinación de la Ley nacional aplicable, *vid. El seguro de crédito a la exportación...*, cit., en particular, págs, 353 y ss.

para el caso de los grandes riesgos⁸⁷, entre los que, como ya se ha repetido, se incluye, el seguro de crédito a la exportación.

Mayor calado tiene la segunda de las particularidades apuntadas. Las empresas dedicadas al ramo del seguro de crédito, y en especial las que se dedican a la modalidad de seguro de crédito a la exportación, han gozado de las ventajas que con carácter general supone para todos los operadores económicos comunitarios el reconocimiento y garantía de la libertad de prestación de servicio y de establecimiento, con la consiguiente eliminación progresiva de las trabas que suponían los distintos ordenamientos nacionales, la aproximación de las legislaciones y, sobre todo, el reconocimiento del sistema de “licencia única” y supervisión por el país de origen

Sin embargo y a pesar de la liberalización señalada, en el Derecho Comunitario subsiste, como ya se ha apuntado, un reducto de operaciones para las que aún no es aplicable el proceso de convergencia legal y de apertura que caracteriza al mercado único. Se trata de “las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador”⁸⁸ que la Directiva 73/239/CEE y posteriormente, la 343/87/CEE, han excluido de la aplicación del contenido de las Directivas de coordinación en el sector.

Esta exclusión fue motivo de un recurso de indemnización⁸⁹ presentado por la empresa belga *Les Assurances du Crédit* junto con la *Compagnie belge*

⁸⁷ El art. 12 del TRLOSSP de 1995 no recoge, sin embargo, esta distinción.

⁸⁸ Art. 2.2d) de la Directiva 73/239/CEE, según la redacción dada al mismo por el art. 1.1 de la Directiva 343/87/CEE.

⁸⁹ La vía del recurso de indemnización fue utilizada por el demandante como camino indirecto para ver reconocida la supuesta ilegalidad de una Directiva (la 73/239/CEE y su modificación por la 87/343/CEE), por entender que vulneraba el principio de paridad de trato del art. 86.1 (antiguo 90.1). Téngase presente que la legitimación de los particulares para interponer recursos directos de anulación, regulada por el art. 230 TRCE, exige afectación “directa e individual”, circunstancia que limita grandemente las posibilidades de hacer uso de esta vía procesal. La polémica doctrinal se ha suscitado con ocasión de una interesante sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en la que admitía un recurso de anulación contra un Reglamento comunitario presentado por una empresa, interpretando laxamente el requisito de la afectación *directa e individual* que exige el art. 230 del TRCE. De haberse confirmado esta línea de interpretación jurisprudencial, se hubiera abierto una puerta nueva en la defensa de los intereses de los ciudadanos y las empresas mediante el recurso de anulación contra Directivas y Reglamentos (*vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de mayo de 2002, as. T-177/01, Jégo-Quééré, ap. 51). La puerta, sin embargo, ha quedado cerrada por el TJCE que, al resolver el recurso de casación contra la citada Sentencia ha decidido anularla por entender que la interpretación que el Tribunal de Primera Instancia hace del art. 230 conduce a desvirtuar el requisito de la afectación individual (STJCE de 1 de abril de 2004, A. C-263/2P, Comisión/Jégo-Quééré et Cie. SA). Esta interpretación había sido adelantada por el Tribunal de Justicia en una Sentencia anterior de 25 de julio de 2002, as. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo. El asunto ha dado lugar a una interesante reflexión doctrinal. Entre otros puede verse: el artículo editorial que publicaba la *Gaceta Jurídica*, núm. 219, de mayo-junio, de 2002, págs. 3-9; CASSIA, P. “Continuité et rupture dans le contentieux de

d'assurances crédit, S.A. Este recurso fue desestimado por el Tribunal de Justicia, en la Sentencia de 18 de abril de 1991⁹⁰.

Merece la pena detenerse en esta Sentencia. En ella resultan muy interesantes, tanto el informe presentado para la vista, como las Conclusiones del Abogado General, Sr. Tesauro así como, evidentemente, la propia Sentencia cuyo argumento principal reconoce expresamente la situación objetivamente distinta de las operaciones de seguro de crédito a la exportación y las que la Sentencia llama, “operaciones públicas de seguro de crédito” en referencia a las que gozan de cobertura estatal (ap. 22).

El argumento principal de los recurrentes se basaba en la supuesta ilegalidad en la que habría incurrido la Directiva 73/239/CEE primero y posteriormente la 87/343/CEE, al excluir de su ámbito de aplicación las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado, por entender que esta medida era contraria al principio de igualdad de trato del art. 86.1. del TRCE⁹¹. Según los recurrentes aquellas empresas dedicadas al seguro de crédito a la exportación sin cobertura estatal, quedaban, como consecuencia de las mencionadas Directivas, obligadas a constituir una reserva de estabilización (art. 15 *bis* de la Directiva 73/239/CEE) a la que sin embargo no quedaban sometidas las empresas públicas dedicadas a hacer operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado.

En el informe para la vista que se publica en la Recopilación del Tribunal de Justicia, junto con la Sentencia, se contiene una interesante información acerca del contenido y antecedentes⁹² de la Directiva 343/87/CE. Los antecedentes mencionados ponían de manifiesto la existencia de dos problemas distintos: por una parte la necesidad de asegurar la plena competencia entre las empresas del sector público y del sector privado, especialmente en las operaciones intracomunitarias, y por otra la necesidad de una coordinación

recevabilité du recours d'annulation des particuliers. À propos d l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 de mai 2002 du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (Aff T-177/01), *Revue du Marché commun et de L'Union européenne*, núm. 461, septembre, 2002, págs. 547-559 y MEHDI, R., “La recevabilité des recours formés par personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale: l'aggiornamento n'aura pas eu lieu...”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 39, 2003, págs. 23-50.

⁹⁰ También, VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación*, cit., págs. 101 y ss.

⁹¹ Según el art. 86.1 del TRCE, “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas a las que concedan derechos especiales y exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”. Sobre las consecuencias que se derivan de este precepto, *vid. mi Banca pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, ed. INAP, Madrid, 2000, págs. 290 y ss. en las que se analizan las consecuencias de este principio de paridad de trato, tanto normativas como jurisprudenciales.

⁹² Se mencionan ahí los Dictámenes de 27 de febrero de 1980, elaborado por el Comité Económico y Social, y de 17 de octubre de 1980, del Parlamento, sobre la propuesta de Directiva de modificación de la 73/239/CEE.

ulterior en las operaciones de seguro de crédito a la exportación que se desarrollasen en el ámbito de las relaciones con Estados terceros en el marco de una política común de exportación, dentro de la Política comercial común, operaciones que llevan a cabo mayoritariamente las empresas públicas. El resultado es, como sabemos, una norma comunitaria que diferencia el trato en un caso y en otro: en el primero se opta por armonizar las legislaciones nacionales con un efecto liberalizador y en el segundo, se prefiere posponer la solución del problema a una ulterior coordinación, sin fijar fecha alguna. Esta distinción de regímenes es la que los recurrentes entienden como contraria al art. 86.1 del Tratado (antes 90.1).

El informe contiene una descripción del mercado del seguro de crédito a la exportación y de las empresas que operan en él⁹³. Destaca la variedad y complejidad de los sistemas nacionales y de las empresas dedicadas a la actividad reseñada. El informe señala que coexisten entes de Derecho público que disfrutaban de un monopolio *de facto* en el sector, junto con entidades de Derecho meramente privado que son objeto de una determinada competencia por parte de otras sociedades de Derecho privado⁹⁴. Unos y otros pueden intervenir ya en operaciones por cuenta del Estado ya por cuenta propia. Concluye el Informe señalando que la competencia en el sector del seguro de crédito a la exportación se limita a la cobertura de riesgos comerciales a corto plazo⁹⁵.

Al igual que en el informe, el Abogado General, Sr. Tesauro en sus conclusiones, hace un recorrido por el *iter* procedimental seguido para la aprobación de la Directiva 343/87/CEE. En él se pone de manifiesto que las Instituciones Comunitarias que participaron en el procedimiento tuvieron constancia del problema de competencia que el asunto planteaba. La Comisión incluso llegó a proponer “la aplicación de las reglas prudenciales indistintamente al sector público y al privado, con la única excepción del seguro de crédito a la exportación hacia terceros países, para el cual, atendiendo a la

⁹³ En páginas posteriores el Abogado General describe de modo más explícito la situación que desde el punto de vista de la competencia tenía Les Assurances du Crédit en los países en los que operaba: Bélgica, Francia y Reino Unido, constatando así, de modo irrefutable, que en esa situación “sector privado y sector público se encuentran en una situación de competencia” en relación con ciertas operaciones, *vid.* STJCE de 18 de abril de 1991, A. C-63/89, Rec. I, págs. 1799 y ss., Assurances du Crédit/Consejo y Comisión, pág. 1834

⁹⁴ *Vid.* Informe para la vista, en la STJCE de 18 de abril de 1991, as. C-63/89, Rec. I, págs. 1799 y ss., Assurances du Crédit/Consejo y Comisión, pág. 1809.

⁹⁵ Posteriormente, la Directiva 98/29/CE ha reconocido esta situación. He de señalar que ni en el Informe ni en la Directiva 98/29/CE se distingue en función de si el seguro de crédito a la exportación cubre operaciones con países comunitarios o con terceros. Se distingue, eso sí, en función del plazo (corto o largo plazo) y de la naturaleza del riesgo cubierto (comercial o político).

*naturaleza eminentemente política*⁹⁶ de la contingencia cubierta, se consideró oportuno dejar la aplicación del régimen común para una coordinación normativa ulterior⁹⁷. Sin embargo, el Consejo rechazó esta propuesta, optando por la solución que ya conocemos, por la que se armoniza sólo parcialmente la actividad desarrollada en este sector. La consecuencia de esta exclusión es que el sector público queda exento de la carga financiera que supone la constitución de una reserva de estabilización. La respuesta de por qué el Consejo opta por esa solución hay que buscarla más allá de la mera gestión de aseguramiento del crédito como actividad económica, para encontrarla en el ejercicio de la Política exterior de los países miembros, para la que la cobertura del riesgo político de ciertas operaciones comerciales es algo más que un mero apoyo financiero a la exportación.

Pero volvamos a la Sentencia de 18 de abril de 1991. La opción del legislador comunitario de armonizar parcialmente el sector del crédito a la exportación, dejando de momento al margen ciertas operaciones por cuenta de los Estados (el Tribunal las llama “operaciones públicas de seguro de crédito”, ap. 6) ha quedado avalada por el Tribunal. La Sentencia reconoce la existencia de dos tratamientos distintos, sin embargo entiende que existen razones objetivas para que esto sea así (ap. 22), y que el distinto trato no implica “discriminación constitutiva de una infracción de las (...) disposiciones del Tratado” (ap. 23).

Todo el razonamiento del Tribunal descansa, a mi modo de ver, en una interpretación unidimensional de las Directivas en discordia. El Tribunal fija su atención sólo en los aspectos garantistas y prudenciales del régimen contenido en las Directivas, especialmente en el art. 16 de la Directiva 73/239/CEE, que regula el margen de solvencia y en el art. 15 *bis* incorporado por la Directiva 87/343/CEE, relativo a la reserva de estabilización⁹⁸. Ciertamente si la intención de la norma comunitaria consiste en establecer una protección adecuada de los asegurados y de terceros mediante el establecimiento de un margen suficiente de solvencia (ap. 16), teniendo en cuenta que dicho margen debe guardar relación con el volumen global de las operaciones de la empresa (ap. 17), en el caso de las operaciones públicas de seguro de crédito, el Tribunal ha entendido que la protección del asegurado era proporcionada por el propio Estado, resultando de este modo suficiente (ap. 21). Éste es el argumento por el que el Tribunal acepta la exclusión provisional de dichas operaciones del ámbito de aplicación del Tratado, e interpreta que no supone ilegalidad por diferencia de trato. A mi juicio, el Tribunal no tiene suficientemente en cuenta que, junto a la armonización de los mecanismos de control prudencial, también es objetivo de la Directiva 73/239/CEE, facilitar el acceso a las actividades de seguro y a su

⁹⁶ El destacado es mío.

⁹⁷ Vid. STJCE de 18 de abril de 1991, A. C-63/89, Rec. I, págs. 1799 y ss., *Assurances du Crédit/Consejo y Comisión*, pág. 1816.

⁹⁸ Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños...* cit., pág. 67.

ejercicio y suprimir en lo posible las restricciones a la libertad de establecimiento⁹⁹.

Aunque la referencia es extensa he creído interesante dar cuenta detallada de ella porque aborda directamente el aspecto relacionado con el principio de paridad de trato entre empresas públicas y privadas, que volverá a aparecer más adelante.

En conclusión, los principios de libertad de prestación de servicios y de establecimiento se aplican a la actividad de aseguramiento del crédito en su modalidad exportadora en las mismas circunstancias que para el resto de ramas en el contexto del Derecho Comunitario derivado, con la particularidad señalada de las operaciones de seguro de crédito a la exportación que cuentan con cobertura estatal, que han quedado excluidas¹⁰⁰. Las razones de esta exclusión son, a mi juicio y como ya he apuntado, de orden político. Los Estados miembros, a través de su representación en el Consejo, se han resistido hasta ahora a liberalizar este tipo de operaciones en las que prima su componente político frente al estrictamente económico, como instrumento de política exterior. Ahora bien, esta situación necesariamente habrá de cambiar como consecuencia de los compromisos adquiridos por los Estados firmantes – incluidas las Comunidades Europeas- de los acuerdos OMC y, entre ellos, el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias¹⁰¹. Si, como consecuencia de este acuerdo, los países van a ver limitada su capacidad para actuar mediante la facilitación de seguros de crédito a la exportación con primas insuficientes, y se van a ver obligados a cobrar primas a precios “de mercado”, es previsible que antes o después deje de tener sentido la exclusión

⁹⁹ Téngase en cuenta que la propia Directiva 73/239/CEE, al regular en su art. 8 los requisitos que los Estados miembros habrán de exigir a aquellos que soliciten autorización para constituirse como entidad aseguradora se refiere especialmente, que “los Estados miembros podrán crear, en su caso, empresas que adopten cualquier forma de Derecho público, siempre que dichos organismos tengan por objeto la realización de operaciones de seguro *en condiciones equivalentes* a las de las empresas de Derecho privado” (el subrayado es mío). La intención de este apartado obedece a dos razones: garantizar el principio de neutralidad del art. 295 TRCE y la libertad organizativa de los Estados miembros, por un lado, toda vez que se garantiza también el de paridad de trato del art. 86.1 TRCE, evitando que la forma jurídica (jurídico-pública) pueda suponer una suerte de ventaja. El Tribunal de Justicia ya se ha manifestado sobre este particular y ha sido tajante al declarar la indiferencia de la forma jurídica (STJCE de 16 de junio de 1987, as. 118/85, asunto *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*). Esta sentencia fue comentada por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública (Comentario a Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 1987, causa 118-85, asunto *Comisión v/Italia, “Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato”*)”, *Noticias/CEE*, núm. 42, 1988, págs. 163-167.

¹⁰⁰ Así lo ha querido señalar también VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación*, cit., pág. 160. En la pág. 83 prefiere acudir al concepto de “interés nacional” para justificar esta exclusión.

¹⁰¹ Ello explica parte del régimen jurídico relativo al cálculo de las primas en la Directiva 98/29/CE, del Consejo, de 7 de mayo de 1998.

contenida hasta ahora en el art. 2.2d) de la Directiva 73/239/CEE. Volveré sobre este punto más adelante.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO AL CASO DEL EMPRESARIO PÚBLICO EN EL MERCADO DEL SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN

2.1 Planteamiento

La segunda coordenada comunitaria que incide en la regulación del seguro de crédito a la exportación en general y, en particular, en su modalidad de cobertura del riesgo político y extraordinario, es la Política Comunitaria de Competencia. El TRCE, en una redacción que viene desde sus inicios en el Tratado de Roma, ha dibujado en los arts. 81 y ss. un conjunto de reglas cuyo desarrollo y ejecución se ha encomendado en primer lugar a la Comisión, sin perjuicio del papel revisor que tiene el Tribunal de Justicia.

En el título I, del capítulo VI del TRCE, relativo a las normas sobre competencia, se distinguen dos secciones: la primera de ellas, que contiene las disposiciones aplicables a las empresas (arts. 81 a 86) y una segunda, rubricada como “ayudas otorgadas por los Estados”. Aunque la primera sección efectivamente contiene normas dirigidas a las empresas (prohibición de acuerdos colusorios, control de concentraciones económicas y de abuso de posición dominante), incluye también una norma cuyos destinatarios no son las empresas sino los Estados Miembros. En virtud del art. 86 los Estados miembros no podrán adoptar o mantener respecto de las empresas públicas o de aquellas a quienes tengan concedidos derechos especiales o exclusivos ninguna medida contraria a las normas contenidas en el Tratado, con especial mención a las normas sobre competencia. A esta limitación viene a unirse la mencionada en la segunda sección, esto es, la regulación que los arts. 87 y 88 hacen de las ayudas de Estado¹⁰². Bien es cierto que el principio de paridad de trato se encuentra matizado en el párrafo segundo del art. 86, para el caso de las empresas encargadas de servicios económicos de interés general, pudiendo operar una suerte de excepción cuando la aplicación de las reglas del Tratado, y en particular, las de la competencia, impida el cumplimiento de las *misiones de interés general* que a dichas empresas se han confiado¹⁰³.

¹⁰² Vid. por todos, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A., (coord.) *Derecho de la Competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, de. Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 487-579.

¹⁰³ En relación con la interpretación que viene haciendo el TJCE del art. 86.2, vid. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B., “Alcance y aplicación del art. 90.2 (nuevo 86.2) de Tratado de la Comunidad Europea en la Jurisprudencia Comunitaria”, *REDA*, núm. 102, 1999, pág. 297-314.

Pues bien, la aplicación de las reglas contenidas en los arts. 81 y ss. a las empresas del sector de los seguros, y en particular a las que operan en el ramo de crédito, en su modalidad de crédito a la exportación tiene lugar en los mismos términos que para el resto de los sectores¹⁰⁴. Por esta razón y por ser la perspectiva de este trabajo el Derecho público, la atención se va a centrar en el conjunto de obligaciones y prohibiciones que se imponen a los poderes públicos como consecuencia de las normas sobre competencia cuando regulan determinados modelos o sistemas de prestación de seguros de crédito a la exportación, en particular aquellos cuyo coste corre a cuenta de las arcas públicas. Es el caso, en España, del llamado “riesgo político y extraordinario”¹⁰⁵. Y puesto que esta actividad se presta a través de una empresa pública, comenzaré haciendo una mención de carácter general a la regulación que de su realidad jurídica y económica hace el Derecho Comunitario.

2.2. El empresario público en el Derecho Comunitario

- *En el Tratado de la Comunidad Europea*

La empresa pública es sin lugar a dudas una realidad asumida por el Derecho Comunitario desde sus inicios. En las normas originarias no se contiene una definición de empresa pública, sin embargo sí se asume su existencia y se le impone un determinado régimen jurídico. Veamos cuál es este régimen.

A) -Principio de neutralidad (art. 295 TRCE)

El primer elemento de este régimen jurídico comunitario relativo a la empresa pública es el que se conoce como principio de neutralidad, contenido en el art. 295 del TRCE (antes 222) según el cual el Tratado “no prejuzga en nada el régimen de propiedad en los Estados miembros”. Lo que, a estos efectos, es tanto como decir que los países miembros son libres para decidir sobre la estructura y composición de su sector público empresarial¹⁰⁶.

¹⁰⁴ En materia de seguros, el Consejo aprobó un Reglamento (CEE), núm. 1535/1991, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 (actual 81) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. Con posterioridad la Comisión ha dictado el Reglamento (CE) núm. 358/2003, de 27 de febrero de 2003, por el que se desarrolla el anteriormente citado y se concretan las categorías de acuerdos exentos en materia de seguros así como las condiciones para la concesión de dicha exención. Una primera reflexión puede verse en CABANILLAS ALONSO, P., “La aplicación del Derecho de la Competencia al sector seguros”, en *Noticias/CEE*, 1988, núm. 46, pp. 17-32.

¹⁰⁵ Como habrá ocasión de mostrar en el siguiente capítulo, no sólo los riesgos políticos y extraordinarios son cubiertos por el Estado. También algunos comerciales a largo plazo gozan de esta cobertura.

¹⁰⁶ En el orden interno, la habilitación para tomar iniciativas de orden económico-empresarial está reconocida por el art. 128.2 de la CE. Sobre el particular, FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, AAVV,

Así, la libertad de los Estados miembros para crear y mantener empresas públicas es el primer dato relativo al régimen jurídico comunitario originario¹⁰⁷. Concretamente y por lo que respecta al sector de los seguros, particularmente de los seguros de crédito a la exportación, el principio de neutralidad implica que los Estados miembros son libres para crear y mantener empresas de seguros¹⁰⁸.

B) - Principio de paridad de trato

Al tratar del principio de paridad de trato se quiere hacer referencia a la obligación que tienen los Estados de tratar de igual modo a las empresas públicas y a las empresas privadas.

Como ya se ha señalado en las líneas que introducen este apartado, este mandato se recoge expresamente en el Tratado en su actual art. 86.1 (antes 90.1) por el que se establece que “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”.

No es el único precepto del Tratado que recoge la obligación de dar el *mismo trato* a las empresas públicas y a las empresas privadas, aunque sí ciertamente el más explícito.

El principio de paridad de trato se infiere también con carácter general de los arts. 4.1 y 4.2 del TRCE, en los que se menciona el *principio de una economía abierta y de libre competencia*, en el contexto de los fines y de las políticas comunitarias. A partir de 1992, con el Tratado de Maastricht, el art. 98 de TRCE, que encabeza el Título VII dedicado a la política económica, insiste en que el ejercicio de las políticas económicas de los Estados miembros habrá de hacerse *respetando el principio de una economía abierta y de libre*

Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 183, habla también de neutralidad de la Constitución española, al tiempo que rechaza el hecho de que la empresa pública, “por razón sin más de la titularidad estatal, goce de una posición de ventaja respecto de la empresa privada, quebrando así el principio de igualdad, o paridad de trato”.

¹⁰⁷ Sobre el principio de neutralidad comunitario y sus consecuencias existe abundante bibliografía. Incluyendo un extensa y completa referencia bibliográfica puede verse CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, ed. Colex, Madrid, 2001, especialmente págs. 63 y ss. Se recuerdan aquí las circunstancias y los motivos que llevaron a los redactores del Tratado de Roma a optar por la solución del oscuro artículo 295 (*vid.* págs. 73).

¹⁰⁸ Esto es, en palabras de PIÑAR MAÑAS, “indiferencia jurídica en orden a la titularidad”, *vid.* “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, *RAP*, núm. 133, 1994, pág. 32.

competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 4¹⁰⁹. Además, el art. 3.1.g) al tratar de las políticas o acciones comunes, habla del establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada¹¹⁰.

En este contexto, el principio de paridad de trato entre empresas públicas y privadas entendido como la ausencia de privilegios entre los distintos agentes económicos por razón de su titularidad –pública o privada–, constituye un elemento esencial del sistema de economía de mercado abierto y de libre competencia. Puede afirmarse que los preceptos del Tratado antes señalados concurren también a dibujar implícitamente el marco normativo originario del principio de paridad de trato en el Derecho Comunitario junto con la referencia explícita del art. 86.1¹¹¹.

A estas menciones que enuncian principios han de unirse otras que contienen, éstas sí, concretas prohibiciones que afectan a las intervenciones que los Estados miembros pueden desarrollar respecto de sus empresas públicas. Se trata de los mandatos contenidos en los arts. 101, 102 y 103 del TRCE¹¹², preceptos dirigidos a conseguir la disciplina presupuestaria necesaria para hacer realidad la política monetaria común. Así, el art. 101 prohíbe “la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo “bancos centrales nacionales”, a favor de instituciones u organismos comunitarios, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales, u otras autoridades públicas, organismos de derecho público o *empresas públicas* de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el BCE o los bancos centrales nacionales”. El art. 102.1, con el mismo espíritu restrictivo, prohíbe no sólo la concesión de descubiertos o cualquier otro tipo de créditos, sino además “cualquier medida que no se base en consideraciones prudenciales que establezca un acceso privilegiado a las entidades financieras”. Como ha señalado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ los artículos incorporados en este sentido por

¹⁰⁹ Si finalmente prospera el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa firmado en diciembre de 2007, el contenido del citado art. 4 se trasladará al comienzo del Título VII, relativo a la Política Económica y Monetaria, como nuevo art. 97 *ter*.

¹¹⁰ En la nueva redacción de esta primera parte del Tratado, tal y como quedará tras la ratificación del Tratado del Lisboa, está previsto que desaparezca el apartado 1 del art. 3. Sin embargo la política comunitaria de defensa de la competencia aparece mencionada en el nuevo art. 2B.1. *b*) como competencia exclusiva de la Unión Europea.

¹¹¹ *Vid* COSCULLUELA MONTANER, L., “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico”, en “AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 134-131. También, en mi *Banca pública y Mercado... cit.*, págs. 294-295.

¹¹² El contenido de los artículos 101, 102 y 103 aquí citado no se ve afectado por las modificaciones aprobadas por el Tratado de Lisboa, antes citado, y pendiente de ratificación.

el Tratado de Maastricht, han excluido cualquier trato de favor de un Estado miembro a sus empresas públicas a través de medios de financiación subvencionados¹¹³.

De lo expuesto hasta aquí puede deducirse que el régimen jurídico de neutralidad del Derecho Comunitario con relación al régimen de propiedad los Estados miembros tiene como contrapunto el mencionado principio de paridad de trato que implica, respecto de la intervención de los poderes públicos de los Estados miembros, una obligación de abstenerse, de ausencia de privilegio o trato de favor respecto de la actuación empresarial y económica de sus empresas públicas.

Sin embargo, ni el derecho aplicable ni, por supuesto, la realidad es tan sencilla¹¹⁴. El art. 86.1 del TRCE se completa con lo dispuesto por el número 2 de ese mismo artículo. Según este precepto “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, 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. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”¹¹⁵. Es éste un precepto importante por cuanto que reconoce una realidad común a los países comunitarios: la existencia de empresas –públicas, en muchas ocasiones- que prestan servicios de especial trascendencia para la vida de la comunidad (por ello se consideran *de interés económico general*), cuya actividad es, en ocasiones, incompatible con el mecanismo del mercado (por constituir un monopolio natural, por ejemplo) o que, por las razones que sean, se sustraen total o parcialmente a él¹¹⁶. La consideración de qué servicios tienen esta consideración y de en qué circunstancias el cumplimiento de la misión que tienen encomendada exige habilitar mecanismos alternativos al mercado y a la competencia, ha sido una de las cuestiones más polémicas e interesantes, que ha marcado la evolución de una parte importante del Derecho

¹¹³ Vid. voz “empresa pública”, en BIGLINIO CAMPOS, P., *Diccionario de términos comunitarios*, McGraw-Hill/Universidad de Valladolid, Madrid, 1997, págs. 173. También en mi *Banca pública y Mercado...* cit., pág. 297, se hace mención más extensamente a estas cuestiones.

¹¹⁴ Sin ir más lejos, el propio art. 86.1 que recoge el principio de paridad de trato, menciona expresamente la existencia de empresas que tienen concedidos derechos especiales y exclusivos, algo que de suyo alude a diferencia de trato

¹¹⁵ La reflexión sobre el papel que los servicios de interés económico general tienen en el Derecho Comunitario se ha visto reflejada en varias Comunicaciones sobre el tema: en septiembre de 1996, en 2000 y, posteriormente, la Declaración de Laeken, en 2002. En este proceso de reflexión sobre el papel que tiene los servicios de interés general en Europa, la Comisión presentó el 21 de mayo de 2003 un libro verde sobre los mencionados servicios a los que siguió, el 12 de mayo de 2004, un libro blanco.

¹¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ciudad Argentina-INAP, Buenos Aires, 2003.

Comunitario económico de últimos años¹¹⁷. La polémica suscitada llegó, incluso, a justificar la incorporación de un nuevo precepto en la parte correspondiente a los principios en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: el actual art.16, incorporado por el Tratado de Amsterdam, en 1997¹¹⁸.

En definitiva, el principio de paridad de trato del art. 86.1 debe ser interpretado sistemáticamente, en el contexto del Tratado y especialmente teniendo en cuenta la posible excepción recogida en el art. 86.2 para el caso de aquellas empresas públicas que, por razón de la actividad o servicio que presten, entren dentro de la categoría de *servicios de interés económico general*, sin que proceda en este momento detenerme en más detalle. Conviene, no obstante, señalar la posibilidad de que en determinados casos la actividad aseguradora pueda, en su caso, ser considerada como un *servicio de interés económico general*, calificación que llevaría consigo la aplicación de lo previsto en el art.

¹¹⁷ Ciertamente es una cuestión apasionante que nos remite a un tema clásico del Derecho administrativo: el del servicio público. No es éste lugar para plantear una reflexión más a fondo. En DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 181 y ss. se contiene una detallada descripción del proceso comunitario de definición del marco jurídico de los servicios de interés económico general, donde se ponen de manifiesto las dificultades que existen en esta materia.

¹¹⁸ En virtud de este precepto se establece que “sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”. Sobre el sentido y la interpretación que haya de darse a este precepto, la doctrina no se pone de acuerdo. Para unos su inclusión entre los principios supone una clara voluntad de reinterpretación de la consideración que hasta el momento se venía dando a los servicios de interés económico general (los llamados SIEGs). *Vid.* en este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Servicio públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Ámsterdam”, *Aranzadi Administrativo*, Boletín mensual núm. 4, junio, 1998, págs. 1-7. Por su parte, L. MARTÍN-RETORTILLO comenta la relación de este precepto con el art. 36 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, de 2000, refiriéndose a éste como “un recordatorio-símbolo” de aquél, en “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Europa”, en AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 519. Frente a esta interpretación hay quien sostiene que poco o nada que no estuviese ya dicho en el Tratado dice el nuevo art. 16: en este sentido se manifiesta PIELOW, J-C., “Il “service public” e l’art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco”, en Ferrari, E. (dir.) *Il servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Raffaello Cortina Editore, Milán, 2000, pág. 74. De modo escéptico se manifiesta RODRIGUES, S. “Les services publics et le Traité d’Amsterdam. Gèneses et portée juridique du projet de nouvel article 16 du Traité CE”, *Revue du Marché Commun et de l’Union européenne*, núm. 414, 1998, págs. 37-46. El Tratado de Lisboa, de 2007, modifica ligeramente la redacción del art. 16, incorporando expresamente la mención a las “condiciones económicas y financieras” en las que se prestan los servicios de interés económico general.

86.2 TRCE, como de hecho ya se ha considerado para otras actividades financieras como son las de determinados créditos bancarios¹¹⁹.

- *En el Derecho Comunitario derivado*

- a) Régimen de transparencia

El régimen jurídico comunitario aplicable a las empresas públicas ha de completarse haciendo referencia al derecho derivado existente en esta materia.

Éste está encabezado fundamentalmente por la llamada Directiva de transparencia: la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. Esta Directiva ha sido modificada en varias ocasiones: en 1985, por la Directiva 85/413/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1985¹²⁰. Posteriormente y de modo más intenso por la Directiva 2000/52/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000 que ha ampliado el ámbito de aplicación de la Directiva al incluir otros supuestos de empresas, distintas de las empresas públicas, que gocen de derechos especiales o exclusivos, o bien, que gestionen servicios de interés general y que por ello tengan otorgadas ayudas estatales. La penúltima modificación de la Directiva 80/723/CEE, ha tenido lugar por medio de la Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, por la que se cambia la expresión “ayudas de Estado” por la de “compensaciones por servicio público” en el art. 2.1d). De este modo el texto de la Directiva de transparencia se adecua al criterio adoptado por la Comisión Europea en 2005 en materia de compensaciones por servicios públicos concedidos a empresas encargadas de la gestión de servicios públicos de interés general¹²¹.

¹¹⁹ En concreto, así se consideró en la Declaración 37 del Tratado de Amsterdam, en relación con las “entidades de crédito existentes en Alemania” y que dio lugar al *Report of European Commission to the Council of Ministers: Services of general economic interest in the banking sector*, adoptado por la Comisión el 17 de mayo de 1998 y presentado al Consejo ECOFIN el 23 de noviembre de ese año. En el caso de los seguros, *vid* “Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la libertad de prestación de servicios e interés general en el sector de los seguros” [Diario Oficial C 43 de 16.2.2000]. No obstante, la reflexión que contiene esta comunicación, no alcanza por el momento a considerar como servicios de interés general ciertas actividades de aseguramiento, y sólo considera la perspectiva de las limitaciones a la libertad de prestación de servicios o de establecimiento a resultas del interés general.

¹²⁰ *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Transparencia de las relaciones financieras a las empresas públicas”, *Noticias/CEE*, núm. 33, 1987, págs. 13-25.

¹²¹ Este criterio está recogido en la Decisión 2005/842/CE, de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (*DOUE*, L 312, de 29 de noviembre de 2005). En virtud de esta Decisión la Comisión se hace eco de la doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Altmark* por la que se

La última modificación de la Directiva de transparencia está recogida en la Directiva 2006/111/CE, de 16 de noviembre del 2006, ahora titulada “relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas”. La Directiva de 2006 ha derogado la Directiva de 1980¹²² y ha codificado los textos posteriores que la modificaban, incorporando además algunas novedades¹²³.

En 1980, la Directiva de transparencia fue dictada por la Comisión haciendo uso de las competencias que le otorga el párrafo tercero del art. 86, en el que se recoge el principio de paridad de trato. Según este precepto “la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”¹²⁴.

Mediante la norma de transparencia la Comisión establece un régimen reforzado de control sobre las intervenciones que los poderes públicos nacionales llevan a cabo a favor de sus empresas públicas –en especial, las de carácter financiero–.

El Tribunal de Justicia, con ocasión del recurso presentado contra la Directiva por varios Estados, entendió que este trato “diferente” que el Derecho

considera que las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas de Estado en el sentido del art. 87.1 TRCE si cumplen unos determinados requisitos que la Sentencia especifica. *Vid.* STJCE de 24 de julio de 2003, as. C-280/00, *Altmark Trans*. Completa esta doctrina la STJCE de 24 de noviembre de 2003, ass. C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse SpA*. La Comisión ha confirmado con esta Decisión la trayectoria diseñada por el Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General, presentado el 12 de mayo de 2004, (apartado 4.2).

¹²² A partir de ahora las citas a la Directiva de Transparencia harán referencia al texto de 2006.

¹²³ En particular, la Directiva de 2006 incorpora un régimen detallado que desarrolla la obligación de información en el caso de las empresas públicas que operan en el sector manufacturero.

¹²⁴ Con la Directiva de transparencia, la Comisión hizo uso por primera vez de la competencia que le otorgaba el Tratado por la vía del art. 86.3, al menos en lo que se refiere al uso de la fórmula de la Directiva, puesto que ya antes había dictado Decisiones en asuntos concretos, *vid.* sobre el particular la obra ya citada de CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado...* cit., págs. 127 y ss. También mi *Banca pública y mercado...*, págs. 300-302. Cómo he mencionado antes, la Directiva de Transparencia fue recurrida por algunos países miembros que no estaban de acuerdo con la competencia asumida por la Comisión por la vía del art. 86.3. El Tribunal de Justicia en la STJCE de 6 de julio de 1983, ass. C-188/80 a C-190/80, *Francia, Italia y Reino Unido/Comisión*, Rec. I, págs. 2545 y ss, (ap. 14) vino a dar la razón a la Comisión. Esta interpretación fue reiterada más adelante en la STJCE de 19 de marzo de 1991, as. C-202/88, *Francia/Comisión*, Rec. I, págs. 1223 y ss. interpuesta por el Estado francés frente a la Directiva 88/301/CEE, de la Comisión de 16 de mayo de 1988 (ap. 26), relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicación. Precisamente este sector, el de las telecomunicaciones, ha sido en el que más ha incidido la Comisión al hacer uso de esta competencia, llamada a hacer posible la eficacia real del principio de paridad de trato.

Comunitario derivado de a las empresas públicas respecto de las empresas privadas –sólo de carácter “adjetivo”, en realidad- se justifica por la diferente situación en la que se encuentran unas y otras. El Tribunal entiende que las empresas privadas determinan su estrategia empresarial teniendo en cuenta las exigencias de la rentabilidad. Las empresas públicas, sin embargo, pueden sufrir el impacto de factores de orden diferente, en la medida en que las autoridades públicas pueden buscar, a través de ellas, otras finalidades de interés general¹²⁵.

En razón de esta circunstancia y con objeto de garantizar precisamente el principio de paridad de trato se establece el mencionado régimen comunitario de transparencia que recae sobre los Estados miembros¹²⁶.

A grandes rasgos el contenido de la Directiva –que se complicó sustancialmente desde la modificación de la Directiva 2000/52/CE- es el siguiente: de un lado establece una serie de obligaciones de información y notificación con objeto de favorecer la transparencia en las relaciones financieras de los Estados miembros con sus empresas públicas y, de otro, la garantía de transparencia se busca mediante el establecimiento de medidas de carácter contable y organizativo en el caso de determinadas empresas.

El art. 2 incluye una serie de definiciones de carácter previo, entre las que se encuentra de modo destacado la definición de qué se considera empresa pública en el ámbito de aplicación de la Directiva. Continúa determinando qué relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas están sometidas al régimen establecido por la Directiva (ámbito objetivo de aplicación¹²⁷). La Directiva 2000/52/CE había añadido un nuevo art. 3 *bis*¹²⁸ en el que se concretaba el régimen de transparencia contable¹²⁹ encomendando a

¹²⁵ Vid. STJCE de 6 de julio de 1983, ass. C-188/80 a C-190/80, *Francia, Italia y Reino Unido/Comisión*, Rec. I, págs. 2545 y ss. ap. 21

¹²⁶ Este régimen ha quedado transpuesto al derecho interno en virtud de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas, y de transparencia de determinadas empresas.

¹²⁷ El art. 3 de la Directiva 2006/111/CE incluye: la compensación de pérdidas de explotación, las aportaciones de capital o en dotación, las aportaciones a fondo perdido o los préstamos en condiciones privilegiadas, la concesión de ventajas financieras en forma de no percepción de beneficios o de no recuperación de créditos, la renuncia a una remuneración normal de los fondos públicos comprometidos y la compensación de las cargas impuestas por los poderes públicos.

¹²⁸ En la versión codificada de la Directiva 2006/111/CE, es el art. 4.

¹²⁹ Así, se especifica que, para cumplir con la transparencia del art. 1.2, las empresas que estén obligadas a llevar cuentas separadas deberán: llevar por separado las cuentas internas correspondientes a diferentes actividades, asignar o distribuir correctamente todos los costes e ingresos sobre la base de principios de contabilidad de costes aplicados de forma coherente y

los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizarlo¹³⁰. Finalmente el art.5 concreta el régimen jurídico por el que se establece la obligación que recae sobre los Estados miembros de informar –en la forma y tiempo que la norma determina- a la Comisión sobre las relaciones financieras que existen entre éstos y sus empresas públicas¹³¹.

Puesto que, como veremos, en el caso español existe una empresa pública – en el sentido del art. 2b) de la Directiva 2006/111/CE- dedicada a la actividad de seguro de crédito a la exportación, convenía hacer mención a la existencia de este régimen en lo que pudiera afectarle, teniendo en cuenta, en adelante, las previsiones de la Ley 4/2007, de 13 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas, y de la transparencia financiera de determinadas empresas, que finalmente transpone a nuestro ordenamiento dicha Directiva.

b) Régimen de separación

Con carácter sectorial y no general como es el caso de la Directiva de transparencia, el Derecho Comunitario ha desarrollado otro aspecto –éste instrumental- del principio de paridad de trato. Se trata del principio de separación entre regulador y regulados.

Como consecuencia del papel de primer orden que implica la actividad de regulación económica que los Estados miembros desarrollan en la economía en su conjunto y, en particular en ciertos sectores económicos, y teniendo presente la concurrencia de empresas públicas en muchos de esos sectores, el Derecho Comunitario ha entendido que se hacía necesario habilitar mecanismos de regulación, de supervisión y de control que garantizaran, además de otros aspectos, la separación entre el regulador y los operadores, cuando éstos fueran empresas públicas¹³².

objetivamente justificables y, finalmente, establecer claramente los principios de contabilidad de costes con arreglo a los cuales deban llevarse las cuentas separadas.

¹³⁰ En marzo de 2005, la Comisión Europea puso en marcha un expediente de infracción por la vía del art. 226 TRCE contra España y Portugal, que en esa fecha todavía no habían aplicado plenamente las exigencias de la Directiva 2000/52/CE. El plazo otorgado por la Directiva había vencido el 31 de julio de 2001. Dicha transposición ha tenido finalmente lugar en abril de 2007, como ya se señaló en cita, *supra*, con lo que finalmente la Comisión decidió dar por cerrado el expediente de infracción mencionado.

¹³¹ *Vid.* CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado...* cit. págs. 133-134.

¹³² Sobre la justificación y el contenido del principio de separación, así como su engarce con el propio principio de paridad de trato, me remito a lo que ya expuse en *Banca pública y mercado...* cit. págs. 332 y ss.

Este principio de separación fue primeramente recogido por normas sectoriales comunitarias¹³³ y pronto recibido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que avaló la necesidad de arbitrar sistemas de control y homologación independientes respecto de las empresas públicas que operaban en el sector – los asuntos que han llegado al Tribunal son, principalmente, del sector de las telecomunicaciones- como exigencia ineludible en un sistema de competencia no falseada que garantice la igualdad de oportunidades¹³⁴.

Aunque hasta ahora el campo propio del principio de separación ha sido el de las actividades despublizadas en las que los poderes públicos mantenían una importante presencia empresarial, entiendo que el principio de separación tiene vocación de aplicación general. Tal y como se ha formulado, este principio - como separación entre regulador y regulados- despliega todas sus posibilidades en presencia de empresas públicas. De su contenido se desprende la necesidad de que las estructuras organizativas públicas a las que se les encomienda la tarea de regular, controlar o supervisar un determinado sector económico han de tener garantizada su independencia respecto de los regulados. En presencia de empresas públicas la solución pasa por la creación de entidades reguladoras independientes o, porqué no, por la privatización de las empresas públicas, o por ambas cosas a la vez¹³⁵. Se ha podido considerar aplicable más generalmente a sectores libres, pero intensamente regulados,

¹³³ Destaca la previsión del art. 6 de la Directiva 88/301/CEE, de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, conocida como de “terminales de telecomunicación”, por la que se establecía que la actividad de formalización de las especificaciones técnicas que debían cumplir los aparatos de terminales de telecomunicaciones no podía llevarse a cabo por el operador dominante del mercado. Posteriormente otras normas comunitarias han incidido en este mismo sentido. Sin carácter exhaustivo y a modo de ejemplo mencionaré la Directiva 97/67/CE, del Parlamento y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales (art. 22) o la Directiva 97/51/CE, del Parlamento y del Consejo de 6 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones (art. 1, núm. 6). Otra variante del principio de separación es por ejemplo, la Directiva 1999/64/CE de la Comisión de 23 de junio de 1999, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con objeto de garantizar que la redes de telecomunicaciones y de televisión por cable propiedad de un único operador sean entidades jurídicas independientes. A este respecto y sobre el papel que están adquiriendo las entidades independientes en las actividades despublizadas (inclúyase aquí electricidad, telecomunicaciones, energía, servicios postales y transportes), puede verse MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La nueva regulación económica en España”, en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *El nuevo servicio público*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 257 y ss.

¹³⁴ En este sentido destacan la STJCE de de 19 de marzo de 1991, as. C-202/88, *Francia/Comisión*, Rec. I, págs. 1223 y ss., así como dos Sentencias de idéntica fecha, de 27 de octubre de 1993, as. C-46/90 y C-98/90, *Lagauche y otros/RTT Bélgica*, Rec. I, págs. 5267 (vid. especialmente el ap. 44) y ss. y as. C-69/90, *Decoster*, Rec. I, págs. 5335 y ss. (vid. ap. 19).

¹³⁵ Así lo señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La nueva regulación económica en España”, cit. págs. 262.

como es el caso de la banca¹³⁶ o de los seguros, así como también del mercado de valores. Más adelante volveré sobre este punto. No obstante, y sirva como avance, en la actualidad la organización administrativa española encargada de la supervisión del sector asegurador no garantiza suficientemente el principio de separación entre regulador y regulados¹³⁷, al menos desde un punto de vista estrictamente formal.

- *En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

Teniendo en cuenta el principio de neutralidad proclamado en el Tratado, el interés de la jurisprudencia comunitaria por conocer si el empresario es público o privado es de carácter instrumental. Esto es, el Tribunal de Justicia se detiene a analizar la titularidad de la empresa cuando ésta se convierte en un hecho determinante a la hora de resolver ciertos conflictos. Concretamente, es en el ámbito de la política comunitaria de control de las ayudas de Estado donde encontramos mayores particularidades por razón de la titularidad de la empresa. El equilibrio entre el principio de neutralidad y el de paridad de trato en el campo de las ayudas ha exigido, de parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una labor de fina disección. Esta tarea se ha concretado en la formulación del que se conoce como *principio del inversor privado en una economía de mercado*. De modo sucinto, se puede decir que, según este principio, son compatibles con el Tratado, concretamente con lo dispuesto en los art. 87 y 88, aquellas inversiones financieras realizadas por los poderes públicos a favor de una empresa de su titularidad cuando, en una situación semejante, un inversor privado lo hubiese hecho también “en circunstancias normales de mercado”. En estos supuestos sencillamente se entiende que no estamos ante ayudas de Estado y sí de aportaciones de capital que hacen los poderes públicos en su calidad de titulares¹³⁸.

La casuística es extensa en este punto y son muchos los casos con los que se ha enfrentado el Tribunal¹³⁹. La propia Comisión ha publicado dos comu-

¹³⁶ En mi *Banca pública y mercado...* propongo la aplicación del principio de separación al caso del sector bancario, en presencia de bancos públicos (*vid. op. cit.* págs. 390 y ss.)

¹³⁷ A diferencia de lo que sucede en los sectores bancario y de valores, la organización administrativa de supervisión de seguros (hoy encomendada a la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones) no goza de un estatuto de independencia funcional al modo en que se organiza al Banco de España, respecto de la supervisión bancaria, o a la Comisión Nacional de Mercado de Valores, en el caso de los mercados de valores.

¹³⁸ Al amparo de la neutralidad que el Tratado manifiesta en el art. 295 TRCE.

¹³⁹ *Vid.* SSTJCE de 13 de marzo de 1985, ass. 318/82 y 296/82, *Pays Bas et Leeward Paperfabriek/Comisión*, Rec., págs. 817 y ss.; de 10 de julio de 1986, as. 40/85, *Bélgica/Comisión (Boch)*, Rec., págs. 2321 y ss.; de 10 de julio de 1986, as. 234/85, *Bélgica/Comisión (Meura)*, Rec., págs. 2263 y ss.; de 24 de febrero de 1987, as. 310/85, *Deufile*, Rec. 901 y ss.; 14 de febrero de 1990, as. 301/87, *Francia/Comisión (Boussac)*, Rec. págs. 307 y ss.; de 21 de marzo de 1990, as. 142/87, *Bélgica/Comisión (Tubemeuse)*, Rec. págs. 595 y

nicaciones determinando los criterios generales para interpretar este principio¹⁴⁰. La doctrina es, en este punto, cauta y no duda en señalar las dificultades que se le plantean a la Comisión, en su tarea de control de las ayudas de Estado, a la hora de aplicar el principio de inversor privado en una economía de mercado¹⁴¹.

Ahora bien, a pesar de las dificultades que pueda suponer la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado, lo cierto es que “proporcionar capitales o medios a una empresa en unas condiciones económicas ventajosas que ningún inversor, empresario o prestamista privado (...) estaría dispuesto a ofrecer” resulta indicio determinante de la existencia de ayudas públicas. Como ha afirmado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, esta situación comporta ventajas gratuitas, proporcionadas por el poder público, que liberan del coste que las demás empresas tienen que asumir por sí mismas compitiendo en el libre mercado¹⁴². Y este es un dato que ni la Comisión ni el

ss; de 21 de marzo de 1991, as. 303/88, *Italia/Comisión (INI-Lanerossi)*, Rec. I, págs. 1433 y ss, de 3 de octubre de 1991, as. 261/89, *Italia/Comisión*, Rec. I, págs. 4437 y ss, etc...

¹⁴⁰ Así, la primera fue la Comunicación publicada en el *Boletín de las Comunidades Europeas*, en septiembre de 1984, bajo el título “Participación de los poderes públicos en los capitales de las empresas”. Posteriormente, en 1991, publicaría la Comunicación 91/C 273/CEE, aparecida en el DOCE de 18 de octubre de 1991. Esta comunicación fue impugnada por Francia ante el Tribunal de Justicia, que le dio la razón en la STJCE de 16 de junio de 1993, as. C-325/91, Rec. I, págs. 3283 y ss., *Francia/Comisión*. Sobre el particular puede verse RODRÍGUEZ-CURIEL, J.W., “La nueva Comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado a empresas públicas”, *Noticias/CEE*, núm. 89, 1992, págs. 35 y ss. Tras la anulación de la comunicación interpretativa de 1991, la Comisión dictó otra de contenido casi idéntico, Comunicación 93/C 307/03, de DOCE 13 de noviembre de 1993, dirigida a los Estados miembros para la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (ahora 82 y 83) y del art. 8 de la Directiva 2006/111/CE, dirigida a las empresas públicas que operan en el sector manufacturero.

¹⁴¹ En este sentido puede verse RODRÍGUEZ-CURIEL, J.W., *Ayudas de Estado a empresas públicas. Las aportaciones de capital y otras medidas de financiación de empresas públicas o con participación pública, como ayudas de Estado según el Tratado de la CEE*, ed. Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989, págs. 46-5 ; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, ed. Civitas/Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1993, pág. 38; MUÑOZ MACHADO, S., “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad”, en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 1274; EHLERMANN, C.D., “Les entreprises publiques et le contrôle des aides d’État”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1992, págs. 613- 620; KOVAR, R., “Les prises de participations publiques et le régime communautaire des aides d’État”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1992, págs. 109-131 y CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia*, cit. págs. 202-203, así como págs. 210 y ss. que contienen una interesante exposición de casos en los que ya el Tribunal de Justicia, ya la Comisión, han utilizado el criterio de *inversor privado* mencionado. También, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, págs. 59-75. De publicación más reciente puede verse, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, cit.

¹⁴² Vid. “Ayudas Públicas”, cit. pág. 501.

Tribunal de Justicia pueden soslayar aun sin minusvalorar la dificultad de su aplicación práctica¹⁴³.

Más recientemente y en un contexto diferente al de las ayudas de Estado, en concreto, con ocasión de la interpretación de la extensión de la libertad de circulación de capitales, el Tribunal de Justicia se ha manifestado acerca de la aplicación de esta libertad al caso del empresario público. Lo ha hecho en su Sentencia de 5 de junio de 2005, donde ha afirmado que cuando el Tratado reconoce la libre circulación de capitales “no hace distinción entre empresas públicas y privadas sino entre las que tienen una posición dominante y las que no la tienen”¹⁴⁴. Con esta jurisprudencia se ahonda en las consecuencias que lleva consigo el principio de neutralidad recogido en el Tratado.

2.3 El empresario público de seguros de crédito a la exportación ante el Derecho Comunitario de la competencia

Si el tratamiento que recibe la empresa pública por parte del Derecho Comunitario es el que, a grandes rasgos, se ha descrito, veamos qué puede decirse de las empresas públicas que operan en el sector del seguro de crédito a la exportación. Sin duda, el principio de paridad de trato implicará, con carácter general, la exigencia de someter a las empresas públicas de seguros de crédito a la exportación *al mismo trato* que al resto, sin que pueda existir, por razón de su titularidad, un trato diferenciado. Ya se vio, no obstante, cómo el propio Tribunal de Justicia ha interpretado este principio, recogido en el art. 86.1 del TRCE, en la STJCE de 22 de junio de 1994, en el asunto *Namur-Les assurances du crédit*, antes mencionada.

De lo expuesto se puede también afirmar que el principio de paridad implica el sometimiento de las empresas públicas de aseguramiento del crédito a la exportación al régimen adjetivo especial que el Derecho Comunitario ha previsto para las empresas públicas. Es decir, el régimen de transparencia y el principio de separación de regulador y regulados, cuando se dé la circunstancia de que la empresa pública de seguro de crédito a la exportación compita con otras en un mismo mercado regulado. Una situación que, concretamente, se da como veremos en el caso de España.

¹⁴³ De hecho el Tribunal de Justicia es muy exigente a la hora de aplicar este principio. Así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2003, ass. T-228/99 y T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, toda vez que reconoce la competencia de control que las normas del Tratado han reconocido a la Comisión (ap. 102), el Tribunal finalmente anula la Decisión de la Comisión que había declarado ciertas medidas como ayudas de Estado, por un defecto de insuficiencia de motivación de la determinación del tipo de interés que la Comisión había utilizado para calcular el coste financiero de la operación

¹⁴⁴ *Vid.* ap. 32, de la STJCE de 5 de junio de 2005, as. C-174/00, Comisión/ Italia.

Por lo demás, parece claro que también las empresas públicas en el seguro de crédito a la exportación se someterán, como cualquier otra, al derecho comunitario de la competencia (art. 81 y 82 del TRCE) y, por tanto, a las limitaciones que se derivan de sus principios en materia de prohibición de acuerdos colusorios¹⁴⁵ y de abuso de posición dominante.

Asimismo, como consecuencia del principio de paridad de trato, las empresas públicas que operan en el sector del seguro de crédito a la exportación están llamadas a desarrollar su actividad en el marco jurídico-público definido por el Derecho Comunitario de armonización de los seguros en las mismas condiciones que el resto de sus competidores. Las normas comunitarias derivadas relativas al mercado único del seguro no agotan el marco jurídico en que se desenvuelven las empresas públicas de seguros de crédito a la exportación, por lo que es necesario completar este escenario haciendo referencia al resto de normas jurídicas públicas o privadas que afectan a la actividad de las empresas (normas de contabilidad, de provisiones, derecho de sociedades cuando la empresa pública tiene forma jurídico-privada, régimen laboral de los trabajadores de la empresa, etc.) y al propio seguro de crédito a la exportación (derecho de seguros, derecho de los consumidores), que habrán de ser igualmente aplicables a todos los operadores en el sector, independientemente de la titularidad de la empresa que desarrolla la actividad. En definitiva, los poderes públicos no podrán adoptar o mantener respecto de las empresas públicas dedicadas al seguro de crédito a la exportación, ninguna medida contraria a las normas contenidas en el Tratado, otorgándoles un régimen más favorable. Sólo la circunstancia de haberles encomendado una misión de especial interés público, para llevar a cabo un servicio de interés económico general, podrá en su caso justificar excepciones a este principio – como por ejemplo, la concesión de derechos especiales o exclusivos- pero sólo si ello es necesario para garantizar el cumplimiento de dicha misión.

Queda así determinado el marco jurídico principal de Derecho Comunitario en el que están llamadas a ordenarse las actividades de las empresas públicas aseguradoras de crédito a la exportación que puedan existir en el sector. En la segunda parte de este trabajo se analizará cómo opera en la práctica, en España, este principio.

¹⁴⁵ En la actualidad el Reglamento (CE) núm. 358/2003 de la Comisión de 27 de febrero, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (DOCE 53 L, de 28 de febrero de 2003) recoge las condiciones para determinar la excepción a la obligación de notificación previa para ciertas categorías de acuerdos entre aseguradores. Así, por ejemplo, el intercambio de información para el cálculo de riesgos, o el establecimiento común de condiciones tipo, la constitución de consorcios de seguros para la cobertura de grandes riesgos o de riesgos excepcionales y el establecimiento de prescripciones técnicas para la instalación y el mantenimiento de dispositivos de seguridad. En el Reglamento se determinan además los límites máximos de cuota de mercado para cada categoría de acuerdo.

3. EN PARTICULAR, LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO A CIERTOS SISTEMAS DE COBERTURA DE RIESGOS EN EL SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN

3.1 Planteamiento

La justificación de dedicar al tratamiento comunitario de las ayudas un epígrafe propio se encuentra, en primer término, en la existencia de un instrumento jurídico comunitario específico destinado a disciplinar precisamente la actividad de los Estados Miembros¹⁴⁶ en relación con la cobertura pública de ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación. Concretamente se trata de la Comunicación de la Comisión 97/C 281/03, de 17 de septiembre de 1997, dirigida a los Estados miembros con arreglo al apartado 1 del artículo 93 del Tratado por la que se aplican los artículos 92 y 93 del Tratado (hoy arts. 87 y 88) al seguro de crédito a la exportación a corto plazo, modificada y puesta al día por otras dos: una de 2 de agosto de 2001¹⁴⁷ y otra de 22 de diciembre de 2005¹⁴⁸.

Este apartado, y tras realizar un breve recorrido de carácter general sobre el régimen jurídico de control de ayudas de Estado establecido en el Tratado y su desarrollo normativo, diseccionará el contenido y significado de la Comunicación 97/C 281/03 antes citada, con objeto de poder valorar su repercusión en el caso español.

3.2 Una referencia general previa al Derecho Comunitario sobre ayudas de Estado

Con carácter previo, hay que señalar que la existencia en el TRCE de un conjunto normativo y de una política de control de ayudas y subvenciones¹⁴⁹ es

¹⁴⁶ Las normas comunitarias relativas a las ayudas de Estado forman parte del Derecho Comunitario de la competencia. No obstante, sus destinatarios son los Estados miembros, por lo que podemos decir que estamos ante un supuesto típico de derecho público. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ con toda razón califica las ayudas como “actos del poder público”, *vid.* “Ayudas Públicas”, *cit.* pág. 492.

¹⁴⁷ *Vid.* DOCE 217 C de 2 de agosto de 2001.

¹⁴⁸ *Vid.* DOUE 325 C de 22 de diciembre de 2005.

¹⁴⁹ En relación con las ayudas de Estado y con carácter general puede verse, FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El control de las ayudas financieras nacionales”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 619-647, trabajo que más adelante actualizaría en *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, ed. Civitas/Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1993. También, J.W. RODRÍGUEZ-CURIEL, se ha ocupado extensamente del tema de las ayudas de Estado, entre otras obras publicadas, *vid.* *Ayudas de Estado a empresas públicas. Las aportaciones de capital y otras medidas de financiación de empresas públicas o con participación pública, como ayudas de Estado según el Tratado de la CEE*, ed. Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989. Con posterioridad, puede verse: ARPIO

una exigencia de los principios de una *economía de mercado abierta y de libre competencia* proclamado por los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea. La presencia de ayudas, de “ventajas”, otorgadas por los Poderes públicos a favor de ciertos competidores es, en sí misma, contradictoria con la igualdad de oportunidades y la libertad, que son presupuestos del correcto funcionamiento del mecanismo del mercado¹⁵⁰.

Dicho esto, el Derecho Comunitario originario incluye entre las “normas comunes sobre competencia” (Cap. I del Tít. VI del TRCE), las relativas a las ayudas otorgadas por los Estados, formando parte, como ya se vio, del Derecho Comunitario de la Competencia (arts. 87 a 89 del TRCE).

El punto de partida de esta regulación lo constituye la declaración general de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el Tratado, en los términos establecidos por el art. 87.1¹⁵¹.

Saber cuándo ciertas ayudas son -o no- compatibles con el Tratado, exige en primer lugar comprobar si éstas quedan incluidas dentro del supuesto del art. 87.1. Tarea que, a la vista de la jurisprudencia en este punto del Tribunal de Justicia, no siempre es sencilla. Según el art. 87.1 estaremos en presencia de una ayuda de Estado cuando:

- sea otorgada por los Estado o mediante fondos estatales
- falsee o amenace falsear la competencia
- favorezca determinadas empresas o producciones
- afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros

Las ayudas, en el caso en el que se den las cuatro circunstancias recogidas en el art. 87.1, podrán adoptar “cualquier forma”¹⁵²; es decir, podrán ser ayudas

SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, PRIETO ÁLVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales en el derecho comunitario*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, págs. 59-75 DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004 y, más recientemente, el trabajo antes citado de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “Ayudas Públicas”.

¹⁵⁰MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ afirma que “las libertades económicas, la competencia y el mercado son y deben ser, por tanto, lo primero en el orden instrumental, y la Unión y los Estados deben contribuir, cada uno en su ámbito, a confirmarlo, garantizarlo, respetarlo y facilitarlo. Todo obstáculo, limitación o alteración no requeridos por su obligada regulación, toda medida que pueda considerarse necesaria para asegurar justos fines públicos, que recorte, distorsione o dificulte aquellas bases y su justa regulación, sólo podrá justificarse con criterio restrictivo, temporalmente y con adecuada proporcionalidad”, *vid.* “Ayudas Públicas”, cit. pág. 490.

¹⁵¹ *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., *ibidem*, págs. 531-535.

¹⁵² Sobre la noción de ayuda en el Derecho Comunitario existe abundante bibliografía. Para una aproximación a la cuestión puede verse MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Derecho

directas, avales, créditos en condiciones favorables, exenciones fiscales, aportaciones en el capital de la empresa en condiciones distintas a las de un inversor privado en una economía de mercado¹⁵³, incluso ciertas modificaciones de la estructura societaria de empresas públicas¹⁵⁴. Esta mención no agota las posibles formas que pueden adoptar las ayudas de Estado, presentándose de este modo como un concepto abierto y en el que la tarea interpretativa del Tribunal de Justicia tiene un papel de primer orden¹⁵⁵.

Esta “apertura”, inherente al carácter abierto de toda buena definición, tiene como principal ventaja su capacidad de adaptación, particularmente a una realidad tan cambiante como la económica y a un espacio tan heterogéneo como el que abarcan los países que conforman la Unión Europea.

La regulación de las ayudas estatales que aporta el número 1 del art. 87 se completa necesariamente con las excepciones que prevén sus números 2 y 3.

Por el número 2 se consideran compatibles, de modo automático, por efecto directo del propio Tratado¹⁵⁶:

Comunitario de la Competencia (III): actuaciones anticompetitivas de los poderes públicos”, en LÓPEZ ESCUDERO, M., y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario material*, ed. McGrawHill, Madrid, 2000, pág. 197.

¹⁵³ Sobre el principio del inversor en una economía de mercado puede verse el trabajo inicial de RODRÍGUEZ-CURIEL, J.W., *Ayudas de Estado a empresas públicas...* cit. Con posterioridad, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales...”, cit., págs. 59-75. También mi *Banca pública y mercado...* cit. págs. 327 y ss.

¹⁵⁴ Así lo interpretó la Comisión en el asunto del *Credit Lyonnais*, vid. Decisión 98/490/CE, de 20 de mayo de 1998 (DOCE L 221, de 8 de agosto de 1998)

¹⁵⁵ Vid. sobre el particular RODRÍGUEZ CURIEL, J.-W., “Actual concepto de ayuda de Estado (art. 92.1 del Tratado CE)”, *Gaceta Jurídica de la CE*, boletín. núm. 138, noviembre 1998, págs. 5-11 y DONY-BARTHOLOMÉ, M., “La notion d’aide d’État”, *Cahiers de Droit Européen*, 1993, págs. 399-416. También, ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas...*, cit., págs. 55 y ss. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El control de las ayudas financieras nacionales”, cit., págs. 620 y ss. también, del mismo autor, en *El régimen de ayudas estatales...* cit. págs. 25 y ss. Una amplia relación de supuestos, con referencias jurisprudenciales puede verse en CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia...* cit. págs. 199 y ss.

¹⁵⁶ No obstante y como ha señalado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, también la delimitación de estas ayudas estatales comporta márgenes de “discutible apreciación” vid. “Ayudas Públicas”, cit. pág. 537. Ya unos años atrás el mismo autor había señalado “lo relativo de la distinción” entre reglado y discrecional en la medida en que pervive en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados un margen de apreciación no prefijada, vid. “La ayuda Estatal” a las empresas en el derecho comunitario europeo, *pro manuscrito*, Valladolid, 1987, pág. 106-107. Sobre esta cuestión, vid. también, ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas...* cit. págs. 187-190 y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Derecho Comunitario de la Competencia...”, cit. págs. 198-199 y CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia...* cit. págs. 241-243.

- a) las de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer el desarrollo económico de regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

El número 3 por su parte, determina la posible compatibilidad con el Tratado de otras ayudas horizontales, sectoriales o regionales. En este precepto se encuentra el instrumento de adaptación de la declaración general de incompatibilidad de las ayudas a la realidad de un sistema económico como el europeo que, aunque construido sobre el paradigma del mercado como instrumento más eficaz para lograr la mejor asignación de bienes y recursos, sigue encomendando al Poder público la función superior en la búsqueda y garantía de un interés general que, en ocasiones puede exigir sacrificios al resto de elementos que configuran el sistema social y su subsistema económico¹⁵⁷.

Esta realidad que constituye el Estado social y democrático de Derecho, en su explícita formulación constitucional española, tiene, en el nivel comunitario – concretamente, en su art. 87.3- un importante mecanismo de efectividad. Cosa diferente será el juego de equilibrios nacionales, de sectores económicos y de intereses de todo tipo –culturales, medioambientales, de integración social, tecnológicos y propiamente económicos- que interviene en la ejecución de las previsiones contenidas en este precepto, cuestión que dejo apuntada pero en la que no voy a entrar, pues se aleja absolutamente de los límites de esta investigación¹⁵⁸.

¹⁵⁷ En este sentido hay que entender la razón de ser de principio de incompatibilidad de las ayudas. Como ha afirmado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, dicho principio se fundamenta en la “primacía otorgada al mercado y la competencia (...) en el sistema jurídico-económico comunitario”, y sus excepciones derivan de que este sistema “no eleva al mercado a la condición de un valor absoluto, no está cerrado a las intervenciones públicas de los poderes públicos de los Estados miembros o de la propia Unión Europea que resulten necesarios” para sus fines; *vid.* “Ayudas Públicas”, cit. pág. 539.

¹⁵⁸ Para ampliar información sobre esta cuestión me remito de nuevo a algunas de las obras ya citadas aquí: FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de ayudas estatales...* cit. ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo...* cit. págs. 191 y ss.; CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia...* cit. págs. 243 y ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Derecho Comunitario de la Competencia ...”, cit. págs. 199-200; PRIETO ÁLVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales...* cit.; DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas...* cit. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, cit. págs. 487-579.

Así, entre los supuestos contemplados por el art. 87.3 se mencionan los siguientes:

- en la letra a) se hace referencia a una parte de las que se conocen como “ayudas regionales”. Éstas podrán ser consideradas compatibles con el Tratado en el caso en que se destinen a “favorecer el desarrollo económico de las regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo”;
- b) también podrán ser compatibles aquellas ayudas otorgadas para “fomentar la realización de un proyecto de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación de la economía en un Estado miembro”.
- c) se contempla de nuevo la situación de las algunas regiones, pero también de algunos sectores económicos para el caso de las ayudas “destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”.
- d) prevé la realización de objetivos de naturaleza no estrictamente económica, al entender que podrán resultar compatibles las ayudas destinadas a “promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común.
- e) el Tratado abre la puerta a una tarea normativa del Consejo, al encomendarle la competencia para, a propuesta de la Comisión y mediante acuerdo por mayoría cualificada, definir otras categorías de ayudas¹⁵⁹.

A partir de las previsiones contenidas en las letras anteriores se ha venido desarrollando un importante conjunto normativo, de Derecho Comunitario derivado. Hasta 1998, y ante la “inactividad” del Consejo¹⁶⁰, ha sido la Comisión quien ha cubierto esta ausencia mediante un procedimiento informal no exento de críticas. La Comisión, encargada de la ejecución de la política de control de ayudas de Estado y dotada de un amplio poder discrecional para declarar la posible compatibilidad, en su caso, de las ayudas, ha ido dictando actos jurídicos bajo la denominación de encuadramientos, marcos, directrices o comunicaciones¹⁶¹ en las que exponía el criterio con el que aplicaría el Tratado

¹⁵⁹ Para una disección y comentario de todos estos supuestos, puede verse, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, cit. págs. 544-553.

¹⁶⁰ También DE LA RIVA lo ha señalado, en *Ayudas públicas...* cit. pág. 331.

¹⁶¹ J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ afirma que “aunque no son normas jurídicas, sus pautas y criterios tienen un efecto jurídico vinculante análogo en razón de los principios jurídicos generales que obligan a su aplicación efectiva, una vez publicados”. Entre éstos, los de igualdad, confianza legítima y seguridad, así como el de interdicción de la arbitrariedad, *vid.*

para ciertas categorías de ayudas¹⁶².

En 1998, el Consejo finalmente hizo uso de la previsión del art. 87.3 y dictó el Reglamento 994/98/CE, de 7 de mayo de 1998¹⁶³ sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 TRCE a determinadas categorías de ayudas horizontales.

Este Reglamento vino a traer un poco de seguridad y claridad en el marco jurídico existente hasta el momento en materia de ayudas. Tiene, por tanto, un valor indudable¹⁶⁴.

En primer lugar se autoriza a la Comisión para adoptar reglamentos de exención sobre determinadas categorías de ayudas, que quedarán de este modo exentas de la obligación de notificación del art. 88.3. Son las ayudas a las PYMES¹⁶⁵, las destinadas a fomentar el empleo¹⁶⁶ y la formación¹⁶⁷ y finalmente las regionales que se correspondan con el mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro. También hay que contar entre las ayudas exentas del deber de notificación las ayudas de *minimis*¹⁶⁸.

Con esta importante norma se busca, sin duda una descentralización de la política de control de ayudas de Estado, al poder los Tribunales nacionales aplicar directamente el contenido de los Reglamentos comunitarios, toda vez

“Ayudas Públicas”, cit. pág. 525. También, ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo...* cit. pág. 247 y ss. donde expone distintas posturas doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de actos jurídicos, así como la doctrina del Tribunal de Justicia en este punto, claramente favorable a reconocer la naturaleza normativa de estas comunicaciones o directrices.

¹⁶²MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha esquematizado el conjunto de estos instrumentos vigentes en el momento de la publicación de su trabajo, *vid.* “Ayudas Públicas”, cit. pág. 527-529.

¹⁶³ DOCE de 14 de mayo de 1998, L 142, págs. 1 y ss.

¹⁶⁴ *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, cit. pág. 521-522.

¹⁶⁵ Reglamento (CE) 70/2001, de la Comisión de 12 de enero 2001, relativo a la aplicación de los art. 87 y 88 a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE de 13 de enero de 2001, L 10).

¹⁶⁶ Reglamento (CE) 2204/2002, de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del TRCE a la ayudas estatales para el empleo (DOCE de 13 de diciembre de 2002, L 337)

¹⁶⁷Reglamento (CE) 68/2001, de la Comisión de 12 de enero 2001, relativo a la aplicación de los art. 87 y 88 a las ayudas estatales a la formación (DOCE de 13 de enero de 2001, L 10).

¹⁶⁸ Reglamento (CE) 69/2001, de la Comisión de 12 de enero 2001, relativo a la aplicación de los art. 87 y 88 a las ayudas de *minimis*, (DOCE de 13 de enero de 2001, L 10). En el momento de redactar estas líneas, la Comisión Europea tramita la modificación de este Reglamento, con objeto de adaptarlo a “la evolución de la inflación y del producto interior bruto en la Comunidad”. El texto en su redacción provisional puede consultarse en la página web de la Dirección General IV, de Competencia de la Comisión Europea.

que se descarga de trabajo a la Comisión, que podrá centrarse en los asuntos de mayor calado¹⁶⁹.

Además de la vía de los mencionados Reglamentos de exención, la Comisión ha utilizado otra vía para completar el derecho derivado en materia de ayudas de Estado. En este caso se trata de la competencia que el art. 86.3 atribuye a la Comisión de dictar Directivas y Decisiones para garantizar la aplicación del art. 86, a la que se ha hecho referencia con anterioridad al tratar del principio de transparencia. En este marco la Comisión ha hecho pública su Decisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, ap. 2 del Tratado, a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público a algunas empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general¹⁷⁰. Esta Decisión actúa materialmente como reglamento de exención, al determinar en qué condiciones las compensaciones por servicio público van a ser consideradas compatibles por el Derecho Comunitario y por lo tanto van a quedar exentas del deber de notificación previa (art. 3 de la Decisión 2005/842/CE). En realidad se trata de interpretar el alcance de la excepción a la aplicación a las reglas de Tratado que incorpora el art. 86.2, para el caso de los servicios de interés económico general; excepción en este caso del art. 87, por el que se determina la incompatibilidad de las ayudas de Estado con el Derecho Comunitario. La Comisión ha sido cauta a la hora de regular la excepción del art. 86.2 en relación con el 87.1. En primer lugar porque ha huido de una redacción excesivamente general, regulando un ámbito de aplicación sectorial¹⁷¹. Incluye, además, una regulación que obliga a los Estados a informar a la Comisión periódicamente sobre la aplicación de la Decisión, en determinadas condiciones, de modo que ésta pueda evaluar en su momento el impacto que, desde el punto de vista de la competencia comunitaria, pueda tener la excepción ahora regulada¹⁷². La Decisión de 2005 se superpone así al régimen de transparencia previsto en la Directiva 2006/111/CE relativa a las relaciones financieras de los Estados miembros con sus empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas

¹⁶⁹ Vid. ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo...* cit. págs. 268-270. También RODRÍGUEZ-CURIEL, J.-W., "El juez nacional en el sistema de control comunitario de las ayudas estatales", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, 2003, págs. 49-59

¹⁷⁰ vid. Decisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre, publicada en el *DOUE* 312 L, de 29 de noviembre de 2005.

¹⁷¹ Regula las compensaciones por servicio público otorgadas a empresas que no superen un volumen de negocios actual de 100 millones de euros, las concedidas a hospitales y empresas encargadas de viviendas de protección oficial, las compensaciones por servicio público a conexiones aéreas o marítimas con islas con tráfico inferior a 300.000 viajeros, las compensaciones a aeropuertos y a puertos con tráfico inferior a 1.000.000 y 300.000 pasajeros respectivamente. El transporte terrestre, en virtud del art. 73 del TRCE, que constituye en este sentido un *lex specialis*, tiene una regulación propia. La Decisión tampoco incluye otros servicios como son los postales, telecomunicaciones, energía, electricidad o transporte ferroviario, entre otros.

¹⁷² Así se deduce de sus arts. 6, 7, 8 y 9.

empresas, en particular las que están obligadas a llevar cuentas separadas, significativamente las que tienen otorgados derechos especiales y exclusivos en virtud del cumplimiento de las misiones de servicio de interés económico general que tiene encomendadas y, que al tiempo, llevan a cabo otras actividades¹⁷³.

Completa este dibujo –de trazo grueso- del conjunto normativo comunitario que regula las ayudas de Estado, la referencia a las normas de procedimiento previstas en el art. 88 que ordenan la aplicación por parte de la Comisión de sus competencias en esta materia y determinan las obligaciones de los Estados miembros. Se trata del Reglamento (CE) número 659/99 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del art. 88 TRCE¹⁷⁴. En dicho Reglamento se contiene el procedimiento tipo para la notificación de las ayudas proyectadas y las condiciones para su autorización o, en su caso, prohibición; así como el mecanismo sancionador en caso de incumplimiento¹⁷⁵.

3.3 La Comunicación sobre aplicación de los artículos 87 y 88 en el seguro de crédito a la exportación

- *Introducción*

Una vez descrito el panorama normativo comunitario general en materia de ayudas de Estado, estamos en condiciones de situar el valor y la función que posee la Comunicación que la Comisión dirigió a los Estados miembros, con fecha de 17 de septiembre de 1997, relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 TRCE al seguro de crédito a la exportación a corto plazo¹⁷⁶.

Como se ha señalado antes, la citada Comunicación se inscribe dentro de la actividad de control que lleva a cabo la Comisión mediante instrumentos que si bien no son normas jurídicas propiamente dichas, ni tienen efecto vinculante¹⁷⁷,

¹⁷³ Vid. Art. 2.1d). Este precepto se había incorporado a la Directiva originaria de 1980 tras la modificación que introdujo la Directiva 2000/52/CE.

¹⁷⁴ DOCE de 27 de marzo de 1999, L 83.

¹⁷⁵ Vid. CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia...* cit. págs. 276 y ss.

¹⁷⁶ DOCE de 17 de septiembre 1997, 281 C, págs. 4 y ss. Con fecha de 2 de agosto de 2001, apareció publicada en el DOCE 217 C, una nueva Comunicación de la Comisión sobre esta cuestión, que ha venido a modificar ciertos aspectos –algunos de importancia- de la Comunicación de 1997. Posteriormente, en el DOUE de 22 de diciembre de 2005, se publicaba una nueva Comunicación (2005/C 325/11) que incluye pequeñas modificaciones de la Comunicación de 1997 y la de 2001. Más adelante volveré sobre ello.

¹⁷⁷ Vinculante en el sentido señalado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, cit. pág. 525. En el caso de la Comunicación analizada, la propia presentación de su contenido, en

sí constituyen actos a través de los cuales la Comisión manifiesta su praxis y criterio general en la valoración de los asuntos que se le plantean en materia de ayudas y sobre los que goza de una amplia potestad discrecional. Entiendo que en este sentido suponen para la propia Comisión una suerte de autolimitación en la medida en que está en juego la confianza legítima y el principio de seguridad, así como la igualdad¹⁷⁸.

La Comunicación de 1997 contiene cuatro partes: la primera, de carácter introductorio, justifica la pertinencia de la medida; en la segunda, la Comisión delimita el ámbito de aplicación de la Comunicación a través de la determinación del concepto de “riesgo negociable”; en la tercera, se enumeran un conjunto de situaciones que, a juicio de la Comisión, constituyen ayudas de Estado incompatibles con el Tratado y en la cuarta y última parte, la Comisión, tras facilitar a los Estados miembros un plazo para adherirse a la Comunicación, les indica las modificaciones que, en su caso, habrán de introducir en sus legislaciones con objeto de dar cumplimiento al contenido de la misma. Además de esta obligación, se impone a los Estados miembros el deber de mantener informada a la Comisión mediante la remisión semestral de informes. Se habilita, así mismo, un procedimiento especial de salvaguardia para ciertos supuestos de carácter excepcional¹⁷⁹. Vayamos por partes.

- *Las razones de la Comisión para publicar la Comunicación*

En la introducción a la Comunicación, la Comisión argumenta las razones por las que hasta ese momento no se había abordado la cuestión del seguro de crédito a la exportación desde la perspectiva de la política comunitaria de control de ayudas de Estado, no obstante su importancia cuantitativa¹⁸⁰.

un texto y no bajo la forma de texto articulado, le hace alejarse de la apariencia de acto normativo. La modificación de la Comunicación 97/C 281/03 llevada a cabo en agosto de 2001 pone de manifiesto su carácter no vinculante. En concreto, en su apartado III y último, la Comisión insta a los Estados miembros a que tomen las medidas necesarias y modifiquen sus regímenes de seguro de crédito a la exportación que puedan contener elementos de ayuda. Les emplaza a manifestar su adhesión y conformidad con el contenido de la Comunicación en un plazo de 2 meses. A falta de respuesta, la Comisión interpreta su silencio como disconformidad con el contenido de la Comunicación.

¹⁷⁸ La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido incluso la vinculación de los Estados miembros al contenido de las directrices, cuando éstos hayan expresado su consentimiento expreso –incluso tácito, en algún caso– a las mismas. Así, en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de noviembre de 1997, as. T-149/95, *Etablissements J. Richard Ducros/Comisión*. Vid. ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas...*, cit. pág. 257.

¹⁷⁹ VAQUERO LÓPEZ también analiza el contenido de esta Comunicación, vid. *El seguro de crédito a la exportación...* cit. págs. 141 y ss.

¹⁸⁰ En su número 1.1, la Comunicación aporta el dato del porcentaje que supuso el fomento a la exportación en el conjunto de las ayudas nacionales a la industria en el periodo 1992-1994: el 7 por ciento.

Reconoce que, a pesar de los posibles efectos intracomunitarios, ha primado el tratamiento comunitario del tema dado por la Política Comercial Común (arts. 132 y 133 TRCE), si bien señala el cambio de escenario que van a suponer los compromisos adquiridos en el contexto de los acuerdos de la OMC.

En estas circunstancias, la Comisión afirma la existencia de ayudas públicas en este sector de los seguros, ayudas que afectan al comercio intracomunitario y que pueden suponer una distorsión de la competencia, todo lo cual justifica su iniciativa dirigida a minimizar esta distorsión allí donde existe un mercado en competencia. En este sentido la delimitación de ámbito competitivo del mercado constituye uno de sus puntos de partida¹⁸¹. Así, para la Comisión éste queda circunscrito a determinadas operaciones de seguro de crédito a corto plazo –las que la Comunicación llama de “riesgos negociables”-. Se acepta que es en este sector de la actividad en el que aseguradoras de crédito privadas compiten con aseguradoras públicas o con apoyo público, siendo en la actuación de estas últimas donde radica el riesgo de distorsión de la competencia. Las modificaciones introducidas por las Comunicaciones de 2001 y de 2005, han pretendido ajustar el ámbito que abarca el concepto de riesgos negociables a la situación, en cada momento, del mercado privado de seguro de crédito a la exportación.

- *Delimitación del concepto de “riesgos negociables” y delimitación del mercado*

La Comisión se esfuerza (segunda parte de la Comunicación) por delimitar qué considera riesgos *negociables*, concepto que utiliza para determinar la aplicación a las ECAs de las previsiones contenidas en los artículos 87 y 88 del TRCE, concretados en las directrices contenidas en la Comunicación que estoy comentando.

Se puede decir que la Comisión ha formulado un concepto flexible de riesgos negociables al vincularlo al mercado privado del reaseguro. Así, son riesgos negociables en el seguro de crédito a la exportación aquellos que encuentran reaseguro en el mercado privado. Ello da pie a una posible evolución del concepto en función de la marcha del propio mercado de reaseguros¹⁸². En las circunstancias de 1997, y según los datos manejados entonces por la Comisión

¹⁸¹ Es la que VAQUERO LÓPEZ ha denominado “zona concurrencial”, acogiendo la expresión acuñada por TOUSCOZ, *vid. El seguro de crédito a la exportación...* cit. pág. 122. Por su parte TOUSCOZ, J., “Le Marché Unique et l’assurance crédit export”, *Revue des Affaires Européennes*, 1993, pág. 12.

¹⁸² Así lo señala la propia Comisión en la Comunicación; el ap. 2.6 dice en su redacción actual que “la capacidad del mercado de reaseguros privados está sujeta a variaciones. Esto quiere decir que la definición de riesgos negociables no es inmutable y puede cambiarse en el tiempo. Por consiguiente, la definición podrá revisarse...”. *Vid. VAQUERO LÓPEZ, M.C., El seguro de crédito a la exportación...* cit. pág. 136.

a través del trabajo del “Grupo del Consejo sobre crédito a la exportación”¹⁸³ se comprobó que tan sólo los riesgos comerciales (y no los políticos) y sólo para un periodo máximo de tres años obtenían con éxito reaseguro en el mercado privado. Incluso para algunos países¹⁸⁴, el plazo máximo del reaseguro era de un año (corto plazo por tanto).

En su redacción de 1997, el ap. 2.5 definió expresamente los “riesgos negociables” como los “riesgos comerciales de deudores no públicos establecidos en los países enumerados en el Anexo. Para estos riesgos el periodo máximo de riesgos (es decir fabricación más periodo de crédito con la fecha normal de la Unión de Berna y el plazo de crédito habitual) es inferior a dos años.”

Continuaba especificando que “a efectos de la presente Comunicación, constituyen “riesgos comerciales”:

- la renuncia arbitraria de un contrato por el deudor, es decir cualquier decisión arbitraria tomada por un deudor no público de interrumpir o rescindir el contrato sin causa justificada;
- la negativa arbitraria del deudor no público a aceptar los bienes a que se refiere el contrato sin causa justificada;
- la insolvencia del deudor no público o de su garante;
- el impago por parte del deudor no público o por parte de un garante de una deuda resultante del contrato, es decir, la mora”.

De este modo queda delimitado en la Comunicación el ámbito de su aplicación. Fuera de los supuestos o riesgos antes expresados, la Comisión entendía que no había mercado, no había reaseguro privado y, por lo tanto, prescindía de aplicar la normativa relativa a las ayudas, sin perjuicio de revisiones posteriores del propio concepto de “riesgo negociable” (ap. 2.6).

Lo que ocurrió con posterioridad –como puede deducirse- fue consecuencia de esta previsión. Mediante la Comunicación de 2 de agosto de 2001, ya mencionada en nota, la Comisión daba cuenta a los Estados Miembros de los resultados de su investigación en el campo del mercado de los reaseguros privados. Según estos datos, teniendo en cuenta las previsiones del ap. 2.6 ya señalado, la Comunicación de 2001 incorporaba una primera adaptación del concepto de riesgo negociable. De este modo quedó previsto que, a partir del 1 de enero de 2002, dicho concepto quedaría como sigue:

¹⁸³ El que se conoce como *Informe CALLUT*.

¹⁸⁴ En general todos aquellos fuera de la Unión Europea o del ámbito de la OCDE.

“...riesgos comerciales y políticos de deudores públicos y no públicos establecidos en los países enumerados en el Anexo¹⁸⁵. Para estos riesgos el periodo máximo de riesgo (es decir, fabricación más periodo de crédito con la fecha normal de la Unión de Berna y el plazo de crédito habitual) es inferior a dos años”.

Es decir, se incorporaba al concepto de riesgo negociable el riesgo político con un determinado grupo de países¹⁸⁶. La Comunicación de 2001 señalaba además el propósito de la Comisión de seguir en esta línea; recuerda a los países miembros su intención de “emprender un nuevo estudio en 2003 a fin de comprobar la capacidad del mercado privado de reaseguros de adaptarse a una definición de riesgo negociable aún más amplia, que abarque una gama más amplia de riesgos comerciales, incluidos posiblemente riesgos comerciales que surjan en todos los países del mundo”. Este optimismo que la Comisión manifestaba en agosto de 2001 con relación al mercado privado de reaseguros, era previsible que resultase matizado debido al cambio de escenario político-económico que supuso el atentado contra las Torres Gemelas el 11 de septiembre de ese mismo año. Precisamente el sector de los reaseguros ha sido uno de los más afectados por este acontecimiento¹⁸⁷. En el caso español, la crisis argentina que estallaba en Navidad de 2001, también implicó un cambio en las expectativas a considerar, al menos durante algún tiempo. No cabe duda que estamos ante un sector económico especialmente sensible a la evolución política y económica internacional, como se pone de manifiesto en 2008, tras la inestabilidad financiera que se desencadena en agosto de 2007 a raíz de la crisis de las “hipotecas *subprime*”.

¹⁸⁵ Esto es: países de la Unión Europea, y algunos países de la OCDE, concretamente: Australia, Canadá, Islandia, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza y los Estados Unidos de América.

¹⁸⁶ La Comunicación de 2001 expone que “tras llevar a cabo un estudio sobre el mercado privado del reaseguro, y previa consulta de los Estados Miembros tanto en el grupo sobre créditos a la exportación del Consejo como en una reunión multilateral sobre ayudas de Estado, la Comisión ha decidido modificar la definición de “riesgo negociable” a fin de incluir los riesgos políticos que surjan en la Unión Europea y en los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico actualmente enumerados en el anexo a la Comunicación de 1997”.

¹⁸⁷ Prueba de ello, fue la necesaria intervención pública para garantizar el reaseguro de las compañías aseguradoras que operaban en el seguro de aeronaves, a través del Real Decreto-Ley 14/2001, de 28 de septiembre, (BOE de 29.9.2001) por el que se estableció un régimen provisional de reaseguro por cuenta del Estado de los riesgos de guerra y terrorismo que podían afectar a la navegación aérea. Por el momento, el sector asegurador internacional viene manifestando un cierto rechazo en relación con la cobertura de los riesgos por terrorismo -que en España cubre el Estado a través del Consorcio de Compensación de Seguros-. Esta tendencia se vislumbra en datos como son, por ejemplo, las afirmaciones del Director de la Royal & Sun Alliance británica, Keith McGregor, aparecidas en el diario *Cinco Días*, el lunes 5 de abril de 2004 o en la entrevista a Lord Peter Levene, presidente de Lloyd’s of London, el jueves 13 de mayo de 2004, en el mismo diario, en la que dice que “el riesgo por terrorismo no puede ser asumido por las compañías” y sugiere que sean los Estados quienes asuman las pólizas que cubren los daños por terrorismo, como ocurre en España.

En este contexto hay que interpretar las novedades introducidas por la Comunicación de 22 de diciembre de 2005¹⁸⁸. En concreto, se añade un nuevo párrafo al ap. 2.5, inmediatamente posterior al que define el concepto de “riesgos negociables”, donde se matiza que “sin perjuicio de la definición de “riesgos negociables” contenida en la primera frase del párrafo anterior, si –y en la medida en que- no exista un mercado privado de seguros en un Estado miembro, los riesgos comerciales y políticos de deudores públicos y no públicos establecidos en los países enumerados en el Anexo se consideran temporalmente no negociables cuando incurran en ellos pequeñas y medianas empresas que entren en el ámbito de la definición comunitaria pertinente y cuyo volumen de negocios de exportación total anual no exceda de 2 millones de euros. En tales circunstancias, los aseguradores públicos o con apoyo público alinearan en la medida de lo posible las primas facturadas por tales “riesgos no negociables” con las tarifas aplicadas en otros lugares por aseguradores de crédito a la exportación para el tipo de riesgo de que se trate, tomando en consideración, en particular, la limitada diversificación de compradores extranjeros, las características de las empresas aseguradas y los costes asociados...”

En definitiva, lo que ha hecho la Comunicación de diciembre de 2005 ha sido, de nuevo, ejecutar la previsión contemplada en el ap. 2.6 de la Comunicación de 1997 y reiterada en la de 2001, de revisar el concepto de “riesgos negociables”. En este caso ha revisado el concepto estrechándolo, dado que a partir de 2005 se permite que los seguros de crédito a la exportación contratados por las pequeñas y medianas empresas, sea cual sea su modalidad, pasen a ser considerados como “riesgos no negociables”. Esta modificación trae causa de las conclusiones que se deducen del estudio encargado por la Comisión a un grupo de expertos –y al que ya me he referido en la introducción a este trabajo¹⁸⁹- sobre la situación del mercado privado de reaseguros en el ámbito del seguro de crédito a la exportación, así como del proceso de consultas realizadas a los Estados miembros y en el seno del Grupo sobre créditos a la exportación dependiente del Consejo, entre otros interlocutores. Del estudio se concluye, según la Comisión, la insuficiencia de cobertura para este tipo de empresas debido a su “nula o escasa rentabilidad (...), debido a una insuficiente diversificación de países o compradores extranjeros y a una falta de formación y conocimiento sobre las complejidades

¹⁸⁸ Téngase en cuenta que la validez de la Comunicación de 1997 expiraba el 31 de diciembre de 2005, en virtud de lo dispuesto por la Comunicación de 11 de diciembre de 2004 (DOUE C 307) que había extendido el plazo hasta esa fecha respecto de la previsión contenida en la Comunicación de 2001, que a su vez prorrogaba el plazo inicial incluido en la Comunicación de 1997. Actualmente el plazo de vigencia se ha extendido hasta fin de 2010.

¹⁸⁹ El informe lleva por título *The report on market trends of private reinsurance in the field of export credit insurance*, y fue elaborado por encargo de la Comisión por IMC Consultants Limited y presentado en mayo de 2005. Puede consultarse en la página de la Dirección General IV de la Comisión.

del seguro de crédito a la exportación por parte de tales empresas que, por ende, implica considerables costes de asesoramiento y gestión” (ap. I de la Decisión del 22 de diciembre de 2005). Esta es la razón por la que “temporalmente” la Comisión ha decidido incluir estos seguros en el espacio que se configura bajo el concepto de “riesgo no negociable”¹⁹⁰.

En definitiva, la determinación del mercado de riesgos negociables dentro del seguro de crédito a la exportación implica *sensu contrario* el ámbito de los “no negociables”; un ámbito en el que la Comunicación da por sentada la situación de cobertura de dichos riesgos por cuenta de los Estados miembros. Esto es, el ámbito que la Directiva 73/239/CEE, según la redacción dada a la misma por la Directiva 87/343/CEE (art. 2.2,*d*) habría excluido del proceso de armonización: las denominadas “operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador”¹⁹¹.

- *Factores que pueden distorsionar la competencia*

Seguidamente, la Comunicación señala un dato significativo en relación con la estructura del mercado en este sector de los riesgos negociables: se trata de la convivencia de empresas aseguradoras privadas junto con organismos oficiales de crédito a la exportación¹⁹², que la propia Comunicación denomina “aseguradores de crédito a la exportación públicos o con apoyo público”. Así mismo, se señala que no existe en ningún país de la Unión Europea monopolio sobre las operaciones a corto plazo¹⁹³, observándose una tendencia creciente por parte de los Estados miembros a desprenderse de las operaciones comerciales

¹⁹⁰ La Comisión adelanta que en tres años (esto es, a finales de 2008) procederá a evaluar la situación de los mercados de seguros y reaseguros en relación con las PYMES, de modo que si en ese momento se demostrara que existe seguro de crédito a la exportación disponible para PYMES, éste volvería a incluirse entre los riesgos negociables. *Vid.* ep. I de la Decisión de 22 de diciembre de 2005.

¹⁹¹ A este tipo de operaciones VAQUERO LÓPEZ se refiere como “seguros públicos de crédito a la exportación”, *vid.* *El seguro de crédito a la exportación*, cit. pág. 84

¹⁹² Se señala en la Comunicación, recogiendo datos del Informe CALLUT, que este tipo de organismos “oficiales” pueden ser de muy diverso tipo: departamentos gubernamentales, empresas públicas controladas por el Estado, incluso empresas en manos del sector privado, pero con apoyo público, mediante garantías o bien mediante contratos de reaseguros con apoyo gubernamental.

¹⁹³ En este punto es interesante la explicación que propone BASTIN acerca de la estructura de mercado para las operaciones con cobertura de los riesgos políticos, en los que afirma que ni siquiera aquí se da un monopolio *de iure*, *vid.* *L'Assurance-crédit dans le monde contemporain*, ed. Editions Jupiter et Editions de Navarre, París, 1978, pág. 419. Y ciertamente así ocurre en la práctica del mercado del seguro a nivel mundial, donde existe un pequeño pero representativo mercado asegurador que ofrece pólizas para cubrir el riesgo país o riesgo político: así el MIGA, dependiente del Banco Mundial, Lloyd's o aseguradoras como AIG, Zurich o UNISTRAT ofertan este tipo de productos.

a corto plazo y, en todo caso, a separar las contabilidades. Uno y otro dato ponen de manifiesto una evolución positiva en la eliminación de distorsiones. No obstante la Comisión, apunta la conveniencia de intervenir (ap. 2.2), para “salvaguardar la igualdad de condiciones en todas las circunstancias” (ap.1.4).

Por esta razón, en el apartado tercero, la Comunicación reflexiona sobre los factores que pueden falsear la competencia en el mercado de los riesgos negociables. Aunque en la introducción se distingue la posible existencia de distorsiones a la competencia en dos sectores –uno, en el sector de las aseguradoras de crédito y otro, en el de las empresas exportadoras tomadoras de seguro (ap. 1.3)- lo cierto es que la lectura de la Comunicación lleva a afirmar que su objetivo prioritario es el de preservar la competencia en el primero de los mercados y no tanto en el segundo. Así al menos se deduce al analizar los factores que se mencionan y que pueden falsear la competencia “en beneficio de los *aseguradores* de crédito a la exportación públicos o con apoyo público” (ap. 3.1). Entre estos factores, la Comunicación incluye los siguientes:

- las garantías estatales de hecho o de derecho sobre empréstitos y pérdidas¹⁹⁴
- cualquier diferencia, en comparación con los aseguradores privados, en lo que respecta a la obligación de mantener reservas adecuadas¹⁹⁵;

¹⁹⁴ La ventaja de este tipo de medidas consiste en facilitar a los aseguradores beneficiados encontrar préstamos en mejores condiciones en el mercado financiero. La posible consideración como ayudas de Estado de ciertos préstamos y garantías públicas ya había sido tenida en cuenta por la Comisión anteriormente. En concreto, en el contexto del control de las ayudas a las empresas públicas; primero en la Comunicación de septiembre de 1984, publicada en el *Boletín de las Comunidades Europeas*, bajo el título de “La participación de las Autoridades públicas en los capitales de las empresas”, en la que la Comisión expone el “criterio del inversor privado en una economía de mercado”. Más adelante, en la Comunicación publicada en el *DOCE* de 13 de noviembre de 1993, C 307, para la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE y del art. 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de la fabricación. Sobre el particular puede verse más extensamente el artículo de EHLERMANN, C.D., “Les entreprises publiques et le contrôle des aides d’État”, *Revue du Marché Común et de l’Union Eurpoéenne*, 1992, págs. 613- 620, a la sazón Director General de Competencia. Así mismo mi *Banca pública y Mercado...* cit. págs. 327 y ss. La propia Comisión ha dictado una Comunicación sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 TRCE a las ayudas en forma de garantías (*DOCE* de 11 de marzo de 2000, C 71). *Vid.* CALVO-CARAVACA, L.A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia...* cit. , págs. 209-210, y en particular, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A, “Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 232, 2004, págs. 64-84.

¹⁹⁵ En este punto hay que traer a colación la interpretación que hizo el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 18 de abril de 1991, as. C-63/89, *Assurances du Crédit/Consejo y Comisión*, comentada con anterioridad en este trabajo. En este sentido, el Tribunal de Justicia aceptó la adecuación con el Tratado de la Directiva 87/343/CEE, por la que se excluía del proceso de armonización llevado a cabo por la Directiva 73/239/CEE a las *operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado*. Lo cual supone, *sensu contrario*, que el resto de las operaciones –es decir, las que cubren riesgos negociables- sí están sometidas al conjunto normativo de armonización del mercado de seguros y por

- la reducción o la exención de impuestos pagaderos normalmente¹⁹⁶;
- la concesión de ayudas o las aportaciones de capital por parte del Estado¹⁹⁷;
- el reaseguro por parte del Estado, ya sea directa o indirectamente a través de otro asegurador de crédito a la exportación público o con apoyo público, en condiciones más favorables que las ofrecidas en el mercado privado de reaseguros¹⁹⁸;
- y finalmente, menciona la Comisión “la prestación por el Estado de servicios en especie tales como el acceso y la utilización gratuita de infraestructuras o instalaciones estatales, o la información privilegiada (por ejemplo, información sobre deudores obtenida por la embajadas) en condiciones que no reflejen su coste”. Me atrevo a señalar las dificultades que presenta el posible control –y en su caso, prueba- de este último factor, así como su cuantificación en términos monetarios. No obstante esta afirmación, es evidente la “ventaja económica” que implicarían actuaciones de este tipo y el falseamiento de la competencia a que darían lugar.

Y es que esta modalidad de ventajas puede suponer un apoyo logístico importante. El Tribunal de Primera Instancia ha tenido ya ocasión de pronunciarse en un supuesto semejante y no ha dudado en calificar este tipo de apoyo como ayuda de Estado. En concreto, se trata de la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, as. T-613/97, *Ufex y otros/Comisión*¹⁹⁹. En esta ocasión

consiguiente al cumplimiento de las normas prudenciales –reservas técnicas, margen de solvencia, etc...- propias del sector. Es ésta, sin duda, una matización importante.

¹⁹⁶ La Comunicación menciona como ejemplos, el impuesto de sociedades y las pólizas de seguros. En este punto resulta interesante, por su proximidad, la doctrina jurisprudencial de la STJCE de 15 de marzo de 1994, as. C-387/92, *Banco de Crédito Industrial, S.A./Ayuntamiento de Valencia*, Rec. I, págs. 877 y ss., sobre las exenciones fiscales y las ayudas de Estado.

¹⁹⁷ De nuevo la Comisión recuerda el principio del inversor privado en una economía de mercado al que, también en nota, me he referido *supra*.

¹⁹⁸ Sobrevuela en todo momento el criterio del inversor privado en una economía de mercado y la posibilidad de que las aseguradoras públicas de crédito a la exportación negocien condiciones más favorables a las de mercado, con las que habitualmente se enfrentan el resto de sus competidoras privadas.

¹⁹⁹ Esta sentencia fue posteriormente recurrida en casación ante el TJCE, dando lugar a la STJCE de 3 de julio de 2003, as. C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, que anula la sentencia recurrida y ordena devolver el asunto al Tribunal de 1ª Instancia. Éste en su Sentencia de 7 de junio de 2006, as. T-613/97, *Ufex y otros/Comisión*, ha confirmado la anulación de la Decisión 98/365/CE, de 1 de octubre, de la Comisión, relativa a las ayudas otorgadas por Francia a SFMI-Chronospost (*DOCE* 1998, L 164) En el ap. 171 de ésta última, el Tribunal de 1ª Instancia señala que “la Comisión (incurrir) en un error de derecho al considerar que la transmisión de la clientela (...) no constituía una ayuda de Estado porque no suponía una ventaja de naturaleza numeraria”.

se trataba del apoyo logístico y comercial supuestamente prestado por la empresa pública francesa *La Poste* a una de sus filiales –*SFMI-Cronopost*–, que ejercía actividades en un mercado abierto a la competencia. En esta ocasión el Tribunal afirma que:

“...dado que *La Poste*, gracias a su situación de empresa pública titular de un sector reservado, pudo quizá prestar una parte del apoyo logístico y comercial a costes inferiores a los de una empresa privada que no disfrute de los mismos derechos, un análisis que únicamente tenga en cuenta los costes de dicha empresa pública no puede, sin basarse en otros datos, excluir de la calificación de ayudas de Estado las medidas cuestionadas. Por el contrario, la relación que genera una situación en la que puede existir una ayuda de Estado es precisamente aquella en que la sociedad matriz opera en un mercado reservado y su filial ejerce sus actividades en un mercado abierto a la competencia.” (ap. 74)²⁰⁰.

La Sentencia sigue diciendo que:

“Esta interpretación no queda desvirtuada por la afirmación de la Comisión según la cual el art. 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE) dispone que el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros. En efecto, el hecho de exigir que la remuneración que perciba una empresa pública, titular de un monopolio, por el apoyo comercial y logístico que preste a una filial suya corresponda a la contrapartida que habría sido exigida en condiciones normales de mercado no impide que tal empresa pública se introduzca en un mercado abierto, pero la somete a las mismas normas de la competencia, tal como imponen los principios fundamentales del Derecho Comunitario. En efecto, una exigencia de este tipo no afecta al régimen de la propiedad pública y se limita a tratar de modo idéntico al propietario público y al propietario privado.” (ap. 77)²⁰¹.

Como se deduce de lo expuesto los factores señalados pueden falsear la competencia dado que ciertamente constituyen en todos los casos una ventaja financiera, ya que afecta a la estructura de costes de las empresas. En el último párrafo del ap. 3.2 de la Comunicación, la Comisión se esfuerza por explicar que estas ventajas “afectan al comercio intracomunitario de servicios”

²⁰⁰ *Mutatis mutandi*, una situación que puede darse, por ejemplo, en el caso de una empresa pública de seguro de crédito a la exportación que actúa por una parte en el mercado del seguro de crédito con apoyo público (que sólo ella gestiona, con carácter reservado) y por otra parte el mercado de seguro de crédito de riesgos negociables.

²⁰¹ Sin duda, la Comisión en su Decisión de 1997 es sensible a las distorsiones de competencia que puede generar la estrecha relación de dependencia que existe entre los poderes públicos estatales y las empresas o instituciones públicas aseguradoras, tradicionalmente vinculadas a aquéllos en el fomento de las exportaciones nacionales a través del seguro de crédito a la exportación con cobertura estatal, cuando dichas aseguradoras comienzan a operar en los mercados abiertos de los riesgos negociables

entre empresas aseguradoras, en particular entre empresas aseguradoras públicas y empresas aseguradoras privadas del sector del seguro de crédito, para finalmente poder afirmar que se trata de ayudas de Estado en el sentido del art. 87.1 del TRCE.

Hay que destacar finalmente que la Comisión elude en todo momento entrar en el ámbito de los riesgos no negociables y llega a afirmar que, “los factores que han conducido a la Comisión a no hacer un uso extensivo de sus poderes de control de las ayudas de Estado continúan estando en contra de tal iniciativa”. No aclara qué factores sean esos, ni utiliza argumentos de excepción como quizá hubiese sido la mención a la noción de servicio económico de interés general²⁰², argumento que manifiestamente se elude.

- *Obligaciones de los Estados miembros*

De este modo, tras determinar qué riesgos son negociables y qué factores pueden suponer una ventaja financiera que afecta al comercio comunitario, el ap. 4 contiene la que impropia podríamos denominar “parte dispositiva”, por cuanto que en ella se determina el contenido de las obligaciones dirigidas a los Estados Miembros y que éstos han de asumir²⁰³.

²⁰² Este argumento ha sido explorado por VAQUERO LÓPEZ, que afirma que “la cobertura de las operaciones de exportación a medio plazo por cuenta del Estado constituyen una actividad del interés general en el sentido del Derecho Comunitario, cuyo ejercicio estará exento del cumplimiento de las normas sobre competencia que el Tratado contiene”. La autora llega incluso a calificar este tipo de interés como una función que correspondería al *servicio público*, vid. *El seguro de crédito a la exportación...* cit. págs. 156-157. Aunque más adelante volveré sobre esta cuestión, a pesar de que pueda estar matizadamente de acuerdo con la primera calificación –la de servicios de interés económico general-, en todo caso no comparto la segunda –la que habla de servicios públicos-, así como tampoco con la exención no justificada de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado. En el Derecho interno el concepto de servicio público, en sentido estricto, se vincula con la existencia de una reserva a favor de un poder público y la consiguiente publicación de la actividad así como la eliminación del mecanismo del mercado, sólo en el caso de los llamados servicios esenciales (art. 128.2 CE). El uso de la expresión “servicio público” en el supuesto que nos ocupa sin duda exige una aclaración del concepto que se quiere acoger. En el Derecho Comunitario, la calificación de una actividad como “servicio de interés económico general” no comporta necesariamente la exclusión de las reglas de la competencia.

²⁰³ En el ap. 4.5 se establece el que se podría llamar “plazo de vigencia” de la Comunicación: a partir del 1 de enero de 1998 hasta el 1 de enero de 2002, ya que la Comunicación fija un plazo de 5 años. La Comunicación de 2 de agosto de 2001 ha ampliado a 7 años este plazo, por lo que su expiración se posterga hasta finales de 2004, fecha para la que se preveía una revisión en profundidad de la Comunicación de 1997. La Decisión de 2005, ha vuelto a extender el plazo de vigencia de la Decisión de 1997 hasta fines de 2010 sin entrar a fondo en su anunciada revisión. Se habilita así mismo un plazo de dos meses a partir de la notificación de la Comunicación para que los Estados miembros informen a la Comisión si aceptan las recomendaciones en ella contenidas. Igual previsión se contiene en la Comunicación de 2001. Sin embargo la de 2005 nada prevé sobre este particular. En la Comunicación inicial de 1997 tampoco se decía nada para el caso en el que –supuestamente- los Estados miembros informen que no las aceptan. De hecho, la Comisión parece dar por hecho que se aceptan, pues prevé que a más tardar el 1 de enero de 1999 los Estados habrían de informarle de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a lo previsto en la Comunicación, reservándose la

Concretamente se prevé que:

- a) los Estados miembros deberán modificar lo que sea necesario para adaptar sus sistemas de seguro de crédito a la exportación que ofrezcan cobertura para riesgos negociables a lo previsto en la Comunicación. Para ello el ap. 4.2 menciona el plazo de un año;
- b) se exige que los aseguradores de crédito a la exportación públicos o con apoyo público deben, *como mínimo*, tener una administración y una contabilidad separada de sus operaciones con riesgos negociables y de sus operaciones con riesgos no negociables por cuenta o con garantía del Estado, en la que demuestren que no disfrutaban de ayuda en sus seguros de riesgo negociables (ap. 4.3)²⁰⁴. Con ello se pretende evitar la presencia de subvenciones cruzadas. He subrayado la expresión “como mínimo” porque, a mi juicio, sugiere que esta separación contable podría no ser suficiente para identificar en su caso la existencia de ventajas. Es, en todo caso, un requisito necesario.

Conviene quizá en este punto volver la mirada hacia la realidad. Como oportunamente puso de manifiesto hace ya unos años, uno de los mejores conocedores de este sector, Jean BASTIN, existe la práctica por parte de los establecimientos públicos y empresas públicas dedicados a esta actividad de “ne couvrir le risque politique que conjointement avec le risque commercial”²⁰⁵. Es decir, de cubrir el riesgo político conjuntamente con el riesgo comercial.

Sin duda surge aquí una de las cuestiones más delicadas de la actividad llevada a cabo por las aseguradoras de crédito a la exportación pública o con apoyo público. Esto es, el hecho de que en muchas ocasiones están presentes en ambos sectores: los riesgos negociables y los no negociables, con el correspondiente apoyo público. Es, sin ir más lejos, el caso español. La pregunta que surge entonces es si resulta suficiente la separación contable para evitar distorsiones en la competencia. La situación ya fue descrita por el mencionado BASTIN, que acertó al poner de manifiesto que esta circunstancia puede suponer una anomalía desde el punto de vista del Derecho Comunitario.

Comisión la facultad de revisar el grado de cumplimiento. Sin embargo, la Comunicación de 2001 sí aclara en su último párrafo que “a falta de respuesta, la Comisión presumirá que el Estado miembro interesado no está de acuerdo con las medidas propuestas”.

²⁰⁴ Acertadamente, VARGAS VASSEROT señala que España no ha necesitado adoptar medida alguna al respecto, al interpretar que nuestra sistema nacional sobre seguro de crédito a la exportación cumple lo previsto en la Comunicación, mencionando expresamente el art. 38 del Reglamento de Seguro de Crédito a la exportación, (*vid.* “El seguro de crédito a la exportación y su reciente desarrollo normativo en el marco de la Unión Europea”, *RES*, núm. 107, 2001, pág. 440).

²⁰⁵ *Vid.* *L'Assurance-crédit dans le monde contemporain*, cit. pág. 195 y 420.

Su argumento se basa en la posible existencia de un abuso de posición dominante, contrario a lo dispuesto por el art. 82 del TRCE²⁰⁶, al quedar vinculada la comercialización de los productos negociables con los no negociables o con apoyo público²⁰⁷.

Este argumento de la vinculación entre actividades reservadas y no reservadas, la posible existencia, por tanto, de subvenciones cruzadas y el riesgo de que esta situación pueda dar lugar a una posición de dominio en el sector competitivo, fue ya utilizado por la UFX (*Union Française de l'express*) en su contencioso contra el Gobierno francés y *La Poste*²⁰⁸.

c) La Comunicación de 1997 también exige a los Estados miembros la obligación de mantener informada a la Comisión. En el párrafo tercero del ap. 4.3 se habla de "informes semestrales". A ellos habría que añadir el "informe inicial" al que se hace referencia en el ap. 4.5, para el que la Comisión habilita un plazo de dos meses a partir de la notificación de la Comunicación.

Es clara la voluntad de la Comisión de controlar este tipo de ayudas. Sin embargo los mecanismos de información que se mencionan en la Comunicación no quedan suficientemente delimitados, poniéndose de manifiesto una cierta confusión. Ello sin mencionar los problemas a que pudiera dar lugar la propia utilización de la Comunicación como instrumento cuasi-normativo. Ciertamente, la Comisión a través de la Comunicación puede autolimitarse, exponiendo sus criterios. Con todo, la cuestión sigue siendo hasta qué punto quedan obligados los Estados miembros.

²⁰⁶ *Op. cit.* págs. 193.

²⁰⁷ Desde la perspectiva de la gestión comercial de las aseguradoras públicas de crédito a la exportación, es lógico ofrecer a los asegurados las ventajas de una gestión integral de sus riesgos –comerciales a corto y largo plazo y políticos-. La dificultad desde la política de competencia es que, al menos en nuestro sistema de seguro de crédito a la exportación, sólo ellas –sólo CESCE en el caso español- ofrecen la cobertura del riesgo político por cuenta del Estado. Ello supone un aliciente para el cliente que busca una gestión unificada de sus seguros. Sólo la empresa aseguradora que esté en esta posición puede ofrecer paquetes de pólizas conjuntas. Téngase en cuenta, que la cobertura exclusiva e integral de los créditos es un principio básico en la gestión del negocio del seguro de crédito por parte de las aseguradoras. Así lo señala BASTIN, *vid. L'Assurance-crédit dans le monde contemporain... cit.*, págs. 258 y ss.

²⁰⁸ El TJCE, en la Sentencia de 4 de marzo de 1999, as. C-119/97, *Ufex y otros/Comisión* (*vid.* ap. 83), resolvió el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 1997, as. T-77/95, *SFEI y otros/Comisión*. Aducían los recurrentes en este caso que la vinculación entre *La Poste* y *SFMI-Cronopost* había permitido a esta última pasar a ocupar en poco tiempo –dos años- una posición de liderazgo en su mercado (de correo urgente internacional) que habría alterado la igualdad en las condiciones de la competencia.

- *Mecanismo de salvaguarda*

Una vez formulado por la Comisión el “principio de que el seguro de crédito a la exportación para riesgos negociables únicamente deberá ser contratado con aseguradores de crédito a la exportación públicos o con apoyo público si se les priva de las ventajas financieras” (ap. 4.4), la Comunicación de 1997 prevé un mecanismo de salvaguarda que permite a los Estados establecer excepciones.

Para que pueda operar la excepción, la Comunicación menciona determinadas circunstancias. Concretamente se refiere a que “debido a una falta de capacidad de asegurar o reasegurar de los aseguradores privados de crédito a la exportación o de aseguradores públicos con apoyo público que operen por su propia cuenta, no exista temporalmente cobertura de los riesgos negociables de crédito a la exportación”. Si llegara a darse esta situación, la Comunicación de 1997, admite que se considerarían tales riesgos como *temporalmente no negociables*. Entiendo que esta opción es la que ha dado lugar a la Comunicación de diciembre 2005 respecto de los seguros de crédito a la exportación a PYMES.

En tal caso, las operaciones de cobertura de este tipo de riesgos –con carácter temporal- podrán ser inscritas en la cuenta correspondiente a los riesgos no negociables asegurados por cuenta o con garantía del Estado de los aseguradores de crédito a la exportación públicos o con apoyo público (párrafo 3, del ap. 4.4). Esto es, a efectos de cumplir con la obligación de llevar una contabilidad separada de unos y otros riesgos, se les permite contabilizar estas operaciones en la cuenta correspondiente a los riesgos no negociables. No obstante, la Comunicación recuerda a los aseguradores públicos la conveniencia “en la medida de lo posible” de ajustar las primas cobradas por este servicio a las tarifas aplicadas por los aseguradores privados²⁰⁹.

De darse esta situación, la Comisión establece un procedimiento de notificación, que incluye:

- a) presentación de un informe por parte de los Estados miembros que demuestre la “inexistencia de cobertura para los riesgos en el mercado privado de seguro”, que deberá aportar pruebas. Dichas pruebas consisten en informes procedentes de, al menos, “dos importantes y renombrados

²⁰⁹ No se entiende bien este recordatorio. Si el mercado privado no está temporalmente en condiciones de prestar el servicio, es de imaginar que es porque el riesgo es muy alto y las primas que se deberían cobrar para cubrirlo se alejan de los precios razonables de mercado. En esta situación, la actuación subsidiaria de los poderes públicos en este mercado no podrá cobrar estas tarifas, y sí necesariamente tarifas por debajo del precio normal. Alejadas por tanto de las “aplicadas por los aseguradores privados”. Por ello no es lógico que se pida a los aseguradores públicos de crédito a la exportación que adapten sus tarifas al mercado privado. Entiendo que esta exigencia pudiera tener relación con la previsión contenida en la Directiva 98/29/CE y en el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias acerca de las “primas suficientes”. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

aseguradores internacionales privados de crédito a la exportación y de un asegurador nacional”.

El mencionado informe deberá además contener datos que describan las condiciones que se van a aplicar para la cobertura de ese riesgo.

- b) Se establece un plazo de dos meses a favor de la Comisión para que ésta pueda estudiar las circunstancias señaladas en el anterior informe y comprobar que es compatible con el Tratado.
- c) Finalmente, la Comisión resolverá sobre la compatibilidad de la medida de salvaguarda. En caso de ser aprobada, dicha aprobación se otorga por un máximo de dos años, siempre que las condiciones del mercado “no hayan cambiado durante ese periodo”.

La Comunicación de 1997 prevé además la posible modificación de las condiciones de uso de esta medida de salvaguarda (último párrafo del ap. 4). De nuevo se pone de manifiesto un rasgo destacado de esta forma de actuar de la Comisión, que se reserva, en todo momento, la capacidad de adaptarse a las cambiantes situaciones de los mercados. Se aprecia claramente que la Comisión es consciente del carácter dinámico de la realidad económica que está llamada a ordenar y por ello quiere reservarse la posibilidad de cambiar su criterio²¹⁰.

En definitiva, la Comisión, en virtud de sus competencias en materia de control de ayudas de Estado, se ha acercado mediante la Comunicación de 1997 a la realidad en la que opera el seguro de crédito a exportación en la Europa del mercado único. Ha descrito el mercado en el que se desenvuelven las empresas aseguradoras del ramo de crédito, y ha limitado el papel que los Estados miembros van a poder desarrollar en dicho mercado como consecuencia de sus políticas de cobertura de ciertos riesgos. Puede afirmarse que, como consecuencia de la aplicación de la política comunitaria de control de ayudas públicas, los Estados miembros han visto restringido o, si se quiere, condicionado, uno de sus tradicionales instrumentos de fomento a la exportación –el seguro de crédito a la exportación–. Y no sólo en términos operativos –es decir, qué riesgos se van a poder cubrir por cuenta del Estado–, sino incluso, organizativos– es el caso de la obligación de separación contable–

Es más, es razonable pensar que en un futuro se pueda profundizar aún más por esta vía que vengo señalando, y que implica la limitación de las intervenciones económicas de los poderes públicos en materia de cobertura

²¹⁰ No está de más recordar la reflexión que ya hace años nos proponía el maestro al exponer, con carácter general, las *notas que singularizan a la Administración económica*, y señalaba entre ellas *la flexibilidad de su actuación y la obligada superación de los esquemas formales*, (vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, 1ª ed., La Ley, Madrid, 1988, págs. 60 y 61).

pública de los seguros de crédito a la exportación por parte del Derecho Comunitario.

4. LA POLÍTICA COMERCIAL COMUNITARIA Y EL SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN

4.1 Planteamiento

El seguro de crédito a la exportación es, en la práctica del comercio internacional, un valioso instrumento financiero²¹¹. Así fue visto desde un primer momento por parte de los Gobiernos nacionales que pusieron en marcha sistemas de fomento de esta actividad²¹², y este es, sin duda, el origen de la primera regulación del Seguro al Crédito a la Exportación en España²¹³.

Precisamente este dato –es decir, el seguro de crédito a la exportación considerado como instrumento de la política comercial internacional²¹⁴– es el que lleva a conectar el tratamiento del seguro de crédito a la exportación por parte del Derecho Comunitario con las cuestiones relativas a la Política Comercial Común²¹⁵.

4.2 De la política comercial comunitaria y, en particular, en materia de servicios. Una referencia a las cuestiones competenciales

El marco comunitario constitutivo de la Política Comercial Común está configurado por los arts. 131 y ss. del TRCE (en su numeración consolidada)²¹⁶. El reparto de competencias entre los Estados Miembros y las instituciones comunitarias ha sido, en el caso de la Política Comercial comunitaria, una

²¹¹ JIMÉNEZ DE PARGA ya lo señalaba en *El seguro de crédito a la exportación*, ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 52.

²¹² *Vid.* con carácter general, el análisis de la OCDE sobre *Les systèmes de financement des crédits à l'exportation dans les pays Membres de l'OCDE*, 4ª ed, OCDE, París, 1990, que permite una visión comparada de los sistemas de financiación y aseguramiento del crédito a la exportación en los países de su ámbito de actuación.

²¹³ Lo expuesto por JIMÉNEZ DE PARGA, R., *El seguro de crédito a la exportación*, cit., págs. 38 y ss, ilustra esta afirmación. También VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...*, cit. pág. 40.

²¹⁴ Esta es la perspectiva de TORNOS MAS, J. "Comercio Exterior", cit. págs. 733-734.

²¹⁵ *Vid.* más extensamente, VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...*, cit., págs. 188 y ss.

²¹⁶ En la numeración del Tratado de Roma, la política comercial común aparecía en los arts. 110 y ss.

cuestión controvertida²¹⁷, en especial en un caso como el nuestro que afecta al comercio de servicios (el seguro, y el seguro de crédito también, es un servicio)²¹⁸.

Aunque las previsiones iniciales de los art. 131 y ss, y en general de la Política Comercial Común, nacieron pensando en el intercambio de mercancías, la evolución del comercio internacional en los últimos cincuenta años ha puesto de manifiesto la importancia creciente de los intercambios internacionales de servicios²¹⁹, así como la íntima conexión entre el mercado de mercancías y el de servicios, especialmente de los financiero-bancarios y de seguros²²⁰.

En los últimos años, esta circunstancia viene a unirse al establecimiento de un nuevo marco internacional para las relaciones comerciales: el de la Organización Mundial del Comercio, que incluye no sólo los acuerdos sobre intercambio o comercio de mercancías, como ocurría preferentemente en el anterior marco de los acuerdos GATT de 1947, sino que además ha incorporado otros relativos a múltiples cuestiones como son, los intercambios de servicios (el conocido como GATS²²¹), el acuerdo sobre agricultura, el acuerdo sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, el acuerdo

²¹⁷ En este sentido es interesante la reflexión de TORRENT, R. en “El futuro de la Unión Europea visto desde sus entrañas: la Unión aduanera”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, 2002, págs. 649 y ss.

²¹⁸ GONZÁLEZ ALONSO da cuenta de las dificultades que, con carácter general, han rodeado el ejercicio de la política comercial común en materia de servicios, (*vid. Política Comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 241 y ss).

²¹⁹ El *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, firmado en Roma en octubre de 2004, y cuya entrada en vigor quedó definitivamente congelada como consecuencia del no francés en el referéndum para su ratificación, preveía una modificación a la redacción actual del art. 133 que, entre otras cosas, mencionaba explícitamente los acuerdos arancelarios comerciales relativos a los intercambios de servicios. La mención a estos acuerdos en el TRCE había quedado incluida con ocasión del Tratado de Amsterdam al añadir un nuevo apartado 5º al art. 133. Sobre la incorporación de la mención a los servicios por el Tratado de Amsterdam, *vid. GONZÁLEZ ALONSO, L. N., Política Comercial y relaciones exteriores...*, cit. págs. 243 y ss. El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, y pendiente aún de ratificación, traslada la ubicación de los arts. 131 y 133, que pasan a ser 188B y 188C, manteniendo su redacción en los aspectos sustantivos.

²²⁰ *Vid. PELLICER ZAMORA, R.C., “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en ILLIEZCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid 2001, pág. 209. CONDE LÓPEZ y HURTADO OCAÑA insisten en la necesidad de profundizar en la liberalización de estos sectores para conseguir avanzar en un verdadero proceso del comercio internacional, *vid. Política comercial de la Comunidad Europea*, cit. pág. 204.

²²¹ Sobre el particular, *vid. GONZÁLEZ ALONSO, L. N., Política Comercial y relaciones exteriores...*, cit. págs. 225 y ss. También DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 366 y ss.

sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, el acuerdo sobre contratación pública o el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, entre otros²²².

Precisamente, con ocasión de la firma de los acuerdos de Marrakech que pusieron fin a la ronda Uruguay y que dieron lugar al nacimiento de la OMC, la Comisión planteó al TJCE una consulta (en virtud de las previsiones del art. 300, antes 228) en la que preguntaba al Tribunal sobre el reparto de competencias que en materia de Política Comercial Común corresponden al Consejo y a los Estados miembros, respectivamente, para el caso de los servicios y de los derechos de propiedad intelectual²²³.

El Tribunal de Justicia evacuó esta consulta, emitiendo el Dictamen 1/1994, de 15 de noviembre de 1994, de modo que este dictamen, junto con otros anteriores²²⁴, constituye en este punto criterio interpretativo²²⁵.

²²² El contenido de los acuerdos en materia comercial, que dio lugar al nacimiento de la OMC puede verse en el DOCE L 336, de 23 de diciembre de 1994. VAQUERO LÓPEZ da cuenta esquemáticamente de la estructura de los acuerdos OMC, *El seguro de crédito a la exportación...*, cit. pág. 204-208. Más extensamente, DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas...*, cit. págs. 366 y ss. Con todo, la literatura reciente sobre los acuerdos de la OMC y su consecuencia es extensísima y no deja de aumentar. Entre otros, puede consultarse: DIDIER, P. *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne*, ed. Bruylant, Bruselas, 1997, JACKSON, J. H., *The World Trade Organization: constitution and jurisprudence*, ed. Royal Institute of International Affairs, Londres, 1999, DAS, B. L., *La OMC y el sistema multilateral del comercio: pasado, presente y futuro*, trad. M. L. MAZZA, ed. Icaria, Barcelona, 2004, LICKOVA, M. *La communauté européenne et le système GATT/OMC: perspectives croisées*, ed. CERDIN, Paris, 2005, FERNÁNDEZ PONS, X., *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional: un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, ed. Marcial Pons, Madrid 2006 y SCISO, E., *L'OMC 1995-2005: bilanci e prospettive*, ed. Luiss University Press, Roma 2006

²²³ Previamente a este Dictamen, la doctrina especializada había reflexionado acerca del problema relativo al reparto de competencias institucionales en esta materia. *Vid.* entre otros, LENAERTS, K., "Les répercussions des compétences de la Communauté Européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de la "preemption", en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, P.Demaret, Bruselas, 1988, págs. 37-62, y BOURGEOIS, J.H.J., "Les engagements internationaux de la Communauté et leurs implications sur le plan interne", en la misma obra, págs. 161-184. También MATTERA, A. *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 628 y ss., que da cuenta del *status quaestionis* en este problema, más tarde resuelto por el Tribunal de Justicia.

²²⁴ El Dictamen 1/1994 puede verse en el *Recueil* correspondiente a 1994, págs. 5389 y ss. Esta modalidad de consulta al Tribunal de Luxemburgo también fue utilizada para dar lugar a los Dictámenes 1/75, de 11 de noviembre de 1975, *Rec.* págs. 1355 y ss., 1/78, de 4 de octubre de 1978, *Rec.* págs. 2871 y ss y 2/91, de 19 de marzo de 1993, *Rec.* I, pág. 1061. GONZÁLEZ ALONSO da cuenta sucintamente, pero de modo clarificador, de los términos de la polémica en este punto, *vid.* GONZÁLEZ ALONSO, L. N., "La Política Comercial Común", en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, 2000, págs. 420-423. De modo más extenso y del mismo autor, *Política Comercial y relaciones exteriores...*, cit. pág. 252. Sobre el contenido y consecuencias del Dictamen 1/94,

Concretamente y por lo que se refiere al ejercicio de la política comercial en materia de servicios, el Tribunal, al interpretar el alcance del art. 133, ha dicho que la competencia para adoptar acuerdos internacionales en este ámbito, tiene carácter mixto o compartido entre el Consejo y los Estados Miembros. Consecuencia de ello será, por tanto, la participación de los Estados Miembros junto con el Consejo, en representación de la Comunidad Europea, en las negociaciones y, en todo caso, en la firma de los Tratados comerciales en materia de seguros, no siendo suficiente la participación del Consejo.

El Tribunal también rechazó la tesis de las competencias implícitas –o doctrina del paralelismo– tal y como la argumentaba la Comisión, según la cual la competencia en exclusiva del Consejo para celebrar acuerdos en materia de servicios derivaría “implícitamente de las disposiciones del Tratado que establecen su competencia interna o de la existencia de actos de derecho derivado que constituyen su ampliación o incluso de la necesidad de asumir los compromisos internacionales con el fin de realizar un objetivo que la Comunidad debe alcanzar en la esfera interna”²²⁶.

puede verse la interesante reflexión de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la OMC (Comentario al Dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, págs. 593-617.

²²⁵ Precisamente la existencia de problemas interpretativos en este punto está detrás de la última modificación del art. 133 del TRCE introducida por el Tratado de Niza. Tras Niza, los nuevos números 5, 6 y 7 del art. 133 concretan y delimitan el reparto competencial, así como las reglas de mayoría cualificada o de unanimidad, en función de las materias objeto de la política comercial, como ya hiciera antes, en 1997, el Tratado de Ámsterdam que había añadido el párrafo 5 al art. 133, incorporando con él la doctrina jurisprudencial del Dictamen 1/94. Sobre la modificación en Niza, *vid.* HERRMANN, C.W., “Common commercial policy after Nice: Sisyphus would done a better job”, *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, págs. 7-29 y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “El Consejo”, en CALONGE VELÁZQUEZ, A., *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex-Nova, Valladolid, 2004, págs. 59-60.

²²⁶ Dictamen del TJCE 1/1994, de 15 de noviembre de 1994, ap. 72. En fechas anteriores al Dictamen 1/94 y sobre la competencias implícitas puede verse, *vid.* KOVAR, R. “Les compétences implicites: la jurisprudence de la Cour et pratique communautaire”, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, P.Demaret, Bruselas, 1988, págs. 15-36. También REMIRO DE BROTONS, A., “Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, ed. Civitas, Madrid, págs. 644-645. Comentando el sentido del Dictamen 1/94, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La competencia de la CE...”, *cit.* págs. 609-611 y BOURGEOIS, J.H.J., “L’avis de la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de la l’Uruguay Round: une vis mitigé”, *Révue du Marché Unique Européen*, núm. 4, 1994, págs. 17-18.

Esta interpretación restrictiva²²⁷ ha cerrado de momento la puerta a una posible asunción de competencias externas por parte del Consejo en materia de Política Comercial Común, como fruto del ejercicio que ya viene haciendo de sus competencias de armonización para la realización del mercado interior, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, en su relación con países terceros²²⁸. Y ello porque entiende el Tribunal que una competencia de armonización sólo podrá generar competencia implícita para la celebración de acuerdos internacionales cuando el proceso de armonización haya quedado totalmente completado²²⁹. Este podría ser el caso de la armonización del sector asegurador²³⁰.

El *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* aprobado el 18

²²⁷ En este punto el Tratado es todavía tímido respecto de las competencias que mantienen los Estados miembros en el ejercicio de ciertos aspectos de sus políticas en materia de comercio exterior. Así lo avala, además la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia: *vid.* en este sentido la STJCE de 23 de noviembre de 1999, asunto C-149/96, *Portugal /Consejo*. Sobre ella puede verse CEBADA ROMERO, A., "El efecto directo de los acuerdos OMC: la sentencia de 23 de noviembre de 1999 (*Portugal c. Consejo*, C-149/96) o la obstinación del TJCE", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, págs. 171-193. Al Tribunal de Justicia no le duelen prendas en admitir un argumento tan político, como razonable por otra parte, de que la aceptación de un posible efecto directo de los acuerdos OMC firmados por la Comunidad "equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos con la Comunidad" (ap. 46). Una, entre otras, de las pruebas de que esto podía ocurrir fueron los aranceles aprobados por los Estados Unidos a favor de su producción de acero, en 2002. Sobre la falta de reconocimiento de efecto directo de los acuerdos de Marrakech, véase, BERMEJO GARCÍA, R. y SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., "Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro", en *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 12, 1996, pág. 193.

²²⁸ *Vid.* Dictamen 1/1994, cit., aps. 81 y ss. El Tribunal dice (ap. 81) expresamente que los capítulos "del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios no contienen ninguna disposición que extienda expresamente la competencia de la Comunidad a "relaciones reguladas por el Derecho internacional"(...) Por consiguiente, está excluido que se pueda, en principio, deducir de dichos capítulos la competencia exclusiva de la Comunidad para celebrar con Estados terceros acuerdos destinados a liberalizar el primer establecimiento y el acceso a los mercados de servicios distintos de los consistentes en suministros transfronterizos. La misma conclusión deduce el Tribunal respecto de la competencia de armonización del art. 100A (actual 95), *vid.* ap. 88. *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La competencia de la CE...", cit., pág. 612.

²²⁹ GONZÁLEZ ALONSO propone una interpretación razonable -y no rígida- de la noción de armonización completa, *vid. Política Comercial y relaciones exteriores...*, cit. pág. 282.

²³⁰ *Vid.* Dictamen del TJCE 1/1994, de 15 de noviembre de 1994, ap. 88. Sobre el proceso de armonización e implantación del sistema de libertades económicas comunitarias en el mercado del seguro puede verse TAPIA HERMIDA, A.J., "El derecho comunitario de seguros", cit. págs. 243-278. Sobre el proceso de armonización y su transposición en España en el ámbito concreto de los seguros de daños, puede verse CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, ya citado.

de junio de 2004²³¹ en Conferencia Intergubernamental y finalmente firmado en Roma el 29 de octubre del mismo 2004, cuyo proceso de ratificación quedó definitivamente embarrancado en el referéndum francés, proponía modificar ligeramente la redacción de los artículos relativos a la política comercial común²³². El nuevo Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, ha incluido la mención a la Política Comercial Común dentro del nuevo art. 2 B.1, que enumera las materias en las que la Unión Europea dispondrá de competencia exclusiva.

4.3 El seguro de crédito a la exportación y el Derecho Comunitario sobre política comercial común

Tras apuntar las cuestiones relativas al reparto de competencias entre las Comunidades Europeas y los Estados Miembros en materia de Política Comercial Común y su evolución, procede analizar el conjunto normativo de Derecho Comunitario derivado dictado en materia de seguro de crédito a la exportación en tanto que elemento integrador de la *política de exportación* (ex art. 133.1), y por tanto de la citada *Política Comercial Común*.

A la vista del derecho derivado existente es posible diferenciar dos orígenes en las normas comunitarias que atañen a esta cuestión:

- a) Por una parte las Directivas del Consejo y, en su caso, las Decisiones, destinadas a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de ciertos aspectos vinculados con el seguro de crédito a la exportación, con objeto de evitar que se falsee la competencia entre las empresas comunitarias.
- b) En segundo lugar, las Decisiones que recogen los acuerdos que el Consejo ha adoptado en el curso de conversaciones y negociaciones con otras organizaciones internacionales, como es el caso de la OCDE o de la OMC, que afectan a los compromisos internacionales que en materia comercial haya podido adoptar la Unión Europea (en realidad, Comunidad Europea, pues la Unión Europea no es por el momento sujeto de derecho internacional puesto que carece de personalidad jurídica)²³³.

²³¹ Sobre este fallido Tratado, tal y como salió de la Convención en 2003, *vid.* El temprano análisis de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "La nueva "Constitución" de la Unión Europea", *Cuadernos de pensamiento político*, núm. 1, 2003, págs. 175-197.

²³² Los preceptos relativos a la Política Comercial Común aparecían en los arts. III 216 y 217.

²³³ Según se desprende del tenor literal del art. 133.3 TRCE, corresponde a la Comisión llevar a cabo las negociaciones que pudieran tener lugar con organizaciones internacionales o bien con otros Estados, según la directrices marcadas por el Consejo que, finalmente, (art. 133.4) será quien adopte, por mayoría cualificada, las decisiones fruto de los acuerdos a los que se llegue en este tipo de negociaciones relativas a la política comercial común. Por lo que respecta al

Concretamente y por lo que respecta a la existencia de acuerdos internacionales relativos al seguro de crédito a la exportación hay que tener presente que existen vías de creación de normas alternativas y complementarias a las de los Tratados internacionales, como son los acuerdos gestados en el seno de la Unión de Berna o el *Arrangement Officially Supported Export Credits* (Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial) de la OCDE, cuya configuración está más próxima a un “pacto entre caballeros”. Particularmente en esta materia, nos vamos a encontrar con manifestaciones de lo que la doctrina viene calificando como *soft law*, así como procedimientos *bottom-up* para la gestación de normas internacionales²³⁴. Por esta vía, las instituciones comunitarias han acogido y convertido en derecho comunitario (*hard law*) acuerdos técnico-políticos de diversos orígenes (*soft law*), colaborando en la construcción de un derecho global aplicable al seguro de crédito a la exportación²³⁵.

Ha de señalarse, no obstante, con carácter previo, que estos dos orígenes tienden a converger en sus manifestaciones en el Derecho Comunitario: prueba de ello es la Directiva 98/29/CE. Más adelante lo veremos.

A continuación reproduciré esta diferenciación con objeto de exponer de modo ordenado el Derecho Comunitario derivado relativo al seguro de crédito a la exportación desde la perspectiva de la Política Comercial comunitaria.

- *Derecho Comunitario derivado de armonización de las disposiciones en materia de seguro de crédito a la exportación para evitar que sea falseada la competencia.*

Según el art. 133.1 del TRCE “[l]a política comercial común se basará en principios uniformes, particularmente por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales, la

Parlamento, el art. 133 le reserva un mero papel consultivo, *vid.* GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “La Política Comercial Común”, cit. pág. 419.

²³⁴ Janet LEVIT, ha analizado precisamente el origen de las normas que regulan los seguros de crédito a la exportación como un ejemplo de *bottom-up lawmaking* en el ámbito internacional, *vid.* “A cosmopolitan view of bottom-up transnational lawmaking: the case of export credit insurance”, *Wayne Law Review*, 2005, núm. 51, págs. 1193-1208. De la misma autora, “The dynamics of International trade finance regulation: the Arrangement on officially supported export credit”, *Harvard International Law Journal*, 2004, núm 45, págs. 65-141 y También sobre el mismo tema, pero con una perspectiva más amplia, KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. aportan una construcción teórica que permite entender situaciones como las que se dan en la regulación de seguro de crédito a la exportación, *vid.* *The emergence of global administrative law*, 2005, disponible en <http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/17>, págs. 54 a 57, en las que describe el origen de determinadas regulaciones mediante mecanismos *bottom-up*.

²³⁵ Así lo señala LEVIT. J.K., , “A cosmopolitan view of bottom-up...”, cit. pág. 1197. También, KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. *The emergence of global administrative law*, cit. págs. 18-19.

consecución de la uniformidad de las medidas de liberalización, *la política de exportación*, así como las medidas de protección comercial, y, entre ellas, las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones²³⁶.

Este precepto dio pie al Consejo para dictar las primeras Directivas relativas al tratamiento que los Estados miembros dan al seguro de crédito a la exportación, según se desprende del reparto de competencias entre el Consejo, la Comisión y el Parlamento, establecido por los arts. 132. 1 (antiguo 112.1) y 133.2 (antiguo 113.2).

El art. 133.2 del TRCE prevé que la Comisión presente propuestas al Consejo con objeto “ejecutar la Política Comercial Común” antes mencionada en el ap. 1 del art. 133.1. El resto del art. 133 contempla el reparto de papeles entre Consejo y Comisión para el caso de las negociaciones con otros Estados u organizaciones internacionales. Además, el art. 132.1 faculta al Consejo, a propuesta también de la Comisión, para adoptar, por mayoría cualificada, las Directivas necesarias para armonizar progresivamente los distintos regímenes de ayuda a la exportación a terceros países establecidos por los Estados miembros, *en la medida necesaria para evitar que se falseen la competencia entre las empresas de la Comunidad*. Todo ello sin perjuicio de los compromisos internacionales en esta materia que hubieran podido contraer los Estados miembros²³⁷.

Pues bien, en ejercicio de estas competencias atribuidas por el TRCE, en 1970, el Consejo dictó las Directivas 70/509/CEE y 70/510/CEE, de 27 de octubre de 1970. La primera de ellas se refería a la adopción de una póliza común de seguro de crédito a la exportación para las operaciones a medio y largo plazo de compradores *públicos*. La segunda se refería a la adopción de una póliza común de seguro de crédito a la exportación para las operaciones a medio y largo plazo de compradores *privados*.

Estas dos normas se completaron poco después con la Directiva del Consejo 71/86/CEE, de 1 de febrero de 1971, relativa a la armonización de las disposiciones esenciales en materia de seguro de crédito de las operaciones a corto plazo (riesgo político) para compradores públicos y compradores privados.

En virtud de las consideraciones que hace el propio Consejo en las exposiciones de motivos de las Directivas de 1970 y 1971, puede decirse que

²³⁶ En la modificación que incorpora el Tratado de Lisboa se añade en este punto una última frase: “la Política Comercial Común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión” (nuevo art. 188 C.1).

²³⁷ GONZÁLEZ ALONSO ha señalado el “balance extremadamente pobre” que arroja la actividad legislativa comunitaria en sus intentos para armonizar los respectivos regímenes nacionales de financiación y apoyo a la exportación, previstos en el mencionado art. 132.1 TRCE, *vid.* “La Política Comercial Común”, cit. pág. 435. El ya citado Tratado de Lisboa prevé expresamente la derogación del art. 132 del TRCE.

estas normas comunitarias, además de completar la regulación comunitaria en materia de ayudas²³⁸, forman parte de la “política a la exportación” mencionada en el art. 133.1, en la medida en que el seguro de crédito a la exportación es un instrumento de fomento a la exportación²³⁹.

Las Directivas de 1970 abordaron el fenómeno del seguro de crédito a la exportación en la CEE desde una perspectiva de competencia intracomunitaria, esto es, de la competencia entre las empresas europeas tomadoras del seguro. Su lectura ha de hacerse preferentemente en clave intracomunitaria más que internacional. Se optó por proponer una póliza común, evitando de ese modo que los países miembros pudiesen distorsionar la competencia interna con ocasión del ejercicio que venían haciendo de sus políticas comerciales de apoyo a la exportación con países terceros²⁴⁰. En este momento histórico, la posición competitiva de las aseguradoras no resultaba problemática toda vez que, con carácter general eran las entidades aseguradoras públicas o con apoyo público (conocidas internacionalmente como ECAs²⁴¹) quienes llevaban a cabo esta actividad con un carácter subsidiario respecto de la actividad aseguradora de la empresa privada en general²⁴². Con todo hay que tener presente que la complejidad técnica del seguro de crédito a la exportación y la necesidad de colaboración entre los diversos agentes aseguradores ya había dado lugar a la creación en 1934 de la Unión de Berna, que asocia tanto a agentes privados como públicos (ECAs), y que desde entonces había venido

²³⁸ Para MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ hay en los arts. 132 y 133 una referencia a las ayudas estatales que completa la regulación general de los arts 87 y ss del Tratado, *vid*, “Ayudas Públicas”, cit. págs. 509. VAQUERO LÓPEZ, señala también el vínculo entre los arts. 132 y 87, *vid*. *El seguro de crédito a la exportación...*, cit. págs. 197.

²³⁹ Así lo plantea metodológicamente GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “La Política Comercial Común”, cit. pág. 434.

²⁴⁰ Así se expresaba el Consejo en la exposición de motivos de las Directivas de 27 de octubre de 1970: “considerando que los diferentes sistemas de seguro de crédito a la exportación vigentes en los Estados miembros pueden ocasionar sobre terceros mercados *distorsiones en la libre competencia entre empresas de la Comunidad*”

²⁴¹ *Vid*. VARGAS VASSEROT, C., “El seguro de crédito a la exportación...”, cit. pág. 437 y BUSTAMANTE, A., SUÁREZ, M., e IBÁÑEZ, L.A, “El futuro del seguro de crédito a la exportación en la Comunidad Económica Europea.”, *Información Comercial Española*, núm.718, 1993, pág. 25.

²⁴² Un visión comparada de los instrumentos de financiación y fomento de la exportación en la década de los setenta podemos verla en GALLEGOS ROMERO, J.E., “El seguro de crédito”, en AAVV, *El seguro y el crédito a la exportación en los países de Europa Occidental*, ed. Instituto de Desarrollo Económico, Madrid, 1972, vol. III. También en la primera edición de *Les systèmes de financement des crédits à l'exportation dans les pays Membres de l'OCDE*, editado por la OCDE, (París) en 1976 y BASTIN, J., *L'Assurance-crédit dans le monde contemporain*, cit. págs. 419 y ss. Resulta también una fuente de información interesante para conocer la situación –al menos hasta esa fecha– el informe solicitado por el Tribunal de Justicia, con ocasión de la STJCE de 18 de abril de 1991, A. C-63/89, Rec. I, pág. 1799 y ss., *Assurances du Crédit/Consejo y Comisión*, (especialmente pág. 1810), donde se incluye una descripción del mercado de seguros de crédito a la exportación en los países de la Comunidad y de las características de los operadores que en él actuaban en 1991.

proponiendo la adopción de reglas técnicas uniformizadoras²⁴³. Desde otro punto de vista puede decirse que el efecto armonizador de las Directivas se puso de manifiesto principalmente en los aspectos jurídico-privados de los contratos de seguro de crédito a la exportación –en forma de derecho necesario- y no tanto en los aspectos jurídico-públicos de la regulación de esta modalidad aseguradora. El mismo planteamiento seguirá la vigente Directiva 98/29/CE. Pero no adelantemos acontecimientos.

Las dos Directivas de 1970 (la 70/509 y la 70/510) consideraban el supuesto de seguro de crédito a la exportación para operaciones a medio y largo plazo, diferenciando, en el primer caso, cuando se trataba de operaciones con compradores públicos y en el segundo con compradores privados²⁴⁴. No se distinguía, por tanto, en función del tipo de riesgo cubierto, incluyéndose operaciones que dieran cobertura tanto al riesgo comercial como al político y extraordinario²⁴⁵, siempre que se tratase de operaciones superiores a 24 meses. Esto es, en función del plazo.

La cobertura de riesgo político sí aparece en cambio con un tratamiento propio en el supuesto de seguro de crédito de operaciones a *corto plazo* en la Directiva 71/86/CEE, aún vigente. En la exposición de motivos de esta norma se justifica por qué en el caso de las operaciones a corto plazo sólo se pretende armonizar la cobertura del riesgo político. El Consejo considera que el corto plazo es “un sector en el que operan las compañías privadas de seguro de crédito”, lo cual le lleva a entender oportuno “limitar la armonización sólo al riesgo político” en el que, en principio, no operan las compañías privadas²⁴⁶. Es

²⁴³ Así lo señala LEVIT, J. K., “A cosmopolitan view of bottm-up...”, cit. 1196-1198.

²⁴⁴ En el Informe de la Comisión publicado el 29 de abril de 2002, relativo a *la experiencia adquirida y la convergencia lograda en la aplicación de las disposiciones establecidas en la Directiva sobre el seguro de crédito a la exportación con cobertura para operaciones a medio y largo plazo*, la Comisión señala en el ap. 4.4 la necesidad de definir con más claridad el carácter –público o privado- del deudor, para lo que propone la formulación de criterios objetivos como: la titularidad, el desarrollo de funciones públicas esenciales, la posición monopolista, la administración de precios de la producción del deudor por parte de las autoridades públicas...

²⁴⁵ Así hay que interpretar los supuestos de siniestros recogidos en el art. 3 de la *póliza común del seguro de crédito a la exportación* recogida en el anexo A de la Directiva 70/509/CEE. En sentido análogo, se expresa la póliza común recogida en la Directiva 70/510/CEE, en el caso de operaciones a medio y largo plazo de compradores privados.

²⁴⁶ En sus conclusiones a la STJCE de 18 de abril de 1991, Asunto C-63/89, Rec. I, págs. 1799 y ss., *Assurances du Crédit/Consejo y Comisión*, el Abogado General Tesauro, con referencia al dictamen pericial sobre la situación del mercado del seguro de crédito en el mercado europeo elaborado para la ocasión, excluye la existencia de competencia entre el sector privado y el sector público para las operaciones a largo plazo; reconoce, sin embargo la existencia de “una firme competencia en lo tocante a los riesgos comerciales a corto y medio plazo correspondientes a las exportaciones dentro de la Comunidad (o, en todo caso, destinadas a los países OCDE). Por el contrario, es marginal, la competencia en lo que se refiere a su riesgo político”, *vid.* (ap.14, pág. 1833).

decir, la armonización se extiende sólo a las operaciones que pueden ser objeto de cobertura estatal. El resto, usando los términos de la Comunicación de 1997, se entiende que es “riesgo negociable”.

De nuevo la Directiva de 1971, como las de 1970, cuando pretende una armonización para “evitar distorsiones en la libre competencia” lo hace pensando en la posición del tomador del seguro y no en la de la competencia entre las empresas aseguradoras²⁴⁷. Tiene además una marcada lectura intra-comunitaria, aunque sus efectos se extiendan a las relaciones que puedan entablarse con terceros países. En la Directiva del 71 se opta por establecer unas disposiciones comunes sobre los elementos esenciales del contrato de seguro de crédito a la exportación²⁴⁸. Por el contrario, las dos Directivas de 1970 establecieron unas pólizas comunes para los contratos de seguro de crédito a la exportación a medio y largo plazo. Aunque los destinatarios del mandato contenido en las mencionadas Directivas son los Estados miembros, ciertamente se está pensando en “los organismos de seguro de crédito a la exportación que actúan por cuenta o con el apoyo del Estado” y en sus relaciones contractuales con los tomadores del seguro (*vid.* art. 2 en ambas Directivas 70/509/CEE y 70/510/CEE, así como en la Directiva 71/86/CEE).

Las Directivas de 1970 han estado vigentes casi treinta años. La Directiva 98/29/CE, de 7 de mayo del Consejo, relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre el seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo, ha sustituido, derogando, a las Directivas de 1970. Entre tanto la Directiva de armonización de 1971 mantiene su vigencia para la cobertura del riesgo político en operaciones inferiores a 24 meses.

En 1998, nuevamente la perspectiva desde la que se afronta la cuestión es la de evitar la distorsión de la competencia que puede tener lugar como consecuencia de la consideración del seguro de crédito a la exportación como instrumento de la política comercial. Se evidencian, no obstante, otras

²⁴⁷ En este sentido discrepo con GONZÁLEZ ALONSO, para quien la distorsión de la competencia resulta de la doble presencia de las entidades públicas que gestionan el riesgo por cuenta de los Estados en el riesgo político y en el comercial (*vid.* “La Política Comercial Común”, cit. págs. 435). Ciertamente esta distorsión existe y es la perspectiva desde la que parte este trabajo. Sin embargo, creo que no es la perspectiva desde la que el Consejo legisla. A mi juicio la distorsión que se pretende evitar en la norma comunitaria es la que se produce entre los beneficiarios o tomadores de los correspondientes seguros de crédito cuando estos contratan seguros con primas insuficientes –y por tanto subvencionadas-. Esta es, por otra parte, la perspectiva del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC.

²⁴⁸ Concretamente: qué hechos generan el siniestro (moratoria general adoptada por el Gobierno importador, otros actos o decisiones políticas que obstaculicen o impidan la ejecución del contrato asegurado, acontecimientos como son guerras, revoluciones o motines, ciclones, inundaciones o terremotos, entre otros); el ámbito de aplicación de la garantía que se extenderá al capital y a los intereses, excepto los derivados de retrasos o penalizaciones; la existencia de una parte no asegurada del crédito que correrá a cargo del asegurado y, finalmente, ciertos principios generales aplicables a la indemnización y a los recobros.

dimensiones del seguro de crédito a la exportación. Así por ejemplo en los considerandos previos de la Directiva 98/29/CE, aparece la referencia a un elemento importante, que permite conectar con otras perspectivas de análisis de la cuestión que nos ocupa. Se trata del carácter subvencional que presentan ciertos sistemas públicos de cobertura del seguro de crédito a la exportación²⁴⁹.

Esta cuestión se menciona con referencia expresa al *Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias* celebrado en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay²⁵⁰, según el cual los seguros de crédito a la exportación con primas insuficientes para cubrir a largo plazo los costes de la explotación y las pérdidas derivadas de este seguro constituyen una subvención en el sentido del mencionado Acuerdo²⁵¹.

Entre los considerandos aparece también mencionada la necesidad de vincular el posible apoyo oficial a la exportación mediante seguro de crédito con el fomento de los países en desarrollo²⁵², un objetivo que, en 1998, forma ya parte de la política comunitaria²⁵³.

Aunque el argumento principal del Consejo para abordar esta nueva armonización es todavía la necesidad de evitar que puedan producirse distorsiones a la libre competencia entre las empresas de la Comunidad²⁵⁴, la influencia del Acuerdo adoptado sobre subvenciones y medidas

²⁴⁹ El ap. 6 de la exposición de motivos de la Directiva 98/29/CE se refiere a los sistemas de garantía o seguros de crédito a la exportación con tipos de prima insuficientes que fueron considerados como subvenciones en el marco de los acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT (sobre este tema volveré más adelante). En el ap. 7 se insiste en la necesidad de que la prima cobrada a los aseguradores debe estar en relación con el riesgo asegurado. Este principio queda recogido en el ap. 32 de anexo a la Directiva, relativo a los principios generales aplicables a la fijación de la prima.

²⁵⁰ Publicado en el DOCE L 336 de 23 de diciembre de 1994.

²⁵¹ Vid. art. 3.1 a) del Acuerdo y letra j) del Anexo I, que contiene una lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, en la que se incluye "la creación por los gobiernos (u organismos especializados bajo su control) de sistemas de garantía o seguro de crédito a la exportación, de sistemas de seguros o garantías contra alzas en el coste de los productos exportados o de sistemas contra los riesgos de fluctuación de los tipos de cambio, a tipos de primas insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento de esos sistemas".

²⁵² VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...* cit. pág. 200.

²⁵³ Vid. en este sentido, ap. 2 de la exposición de motivos de la Directiva 98/29/CE y en relación con ello, los arts. 177 a 181 (antiguos 130 U a 130 Y). Unas nociones generales sobre las Política comunitaria de Cooperación al desarrollo y su vinculación con la política comercial puede verse en "La Política Comunitaria de Cooperación al desarrollo", en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, ed. McGrawHill, Madrid, 2000, págs. 439-453. También GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *Política Comercial y relaciones exteriores...* cit. págs. 294 y ss.

²⁵⁴ Vid. considerandos 3, 4 y 5 de la Directiva 98/29/CE.

compensatorias en el marco de la OMC se deja sentir ya con fuerza en esta Directiva (considerandos 6 y 7)²⁵⁵. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

- *El Derecho Comunitario derivado en materia de Política Comercial Común como consecuencia de acuerdos o negociaciones internacionales*

A) - En general

A las normas comunitarias ya señaladas sobre el seguro de crédito a la exportación hay que unir las normas de Derecho Comunitario que son resultado del ejercicio, por parte del Consejo, de las competencias que tiene encomendadas en el marco de los compromisos que pueda acordar con terceros países o bien con otras organizaciones internacionales (art. 132. 1 TRCE, antiguo 112.1). Aunque se trata de una perspectiva más propia del Derecho internacional público que del Derecho Comunitario o del Derecho administrativo, su exposición es, sin embargo, necesaria por cuanto que en ellas se encuentra el origen de las últimas y más importantes modificaciones de la regulación del seguro de crédito a la exportación en nuestro derecho interno, que por lo demás el propio Estado español ha asumido directamente como parte contratante de los mismos acuerdos internacionales más relevantes.

Con todo, y para la regulación de determinadas materias, las fronteras que tradicionalmente han separado las distintas disciplinas tienden a converger. Al rastrear el origen y razón de ser de algunas regulaciones nacionales, comunitarias, e incluso internacionales, es cada vez más frecuente, y este rasgo se consolida como una tendencia creciente, la existencia de mecanismos informales de producción de normas, en ocasiones de autorregulación, que impulsan importantes cambios normativos. Esta tendencia, en la que algunos ven el origen de un “derecho global”, se percibe en materias como el medioambiente, o la normalización técnica, entre otros, y es cada vez más frecuente en la regulación de las actividades de carácter financiero²⁵⁶.

Pues bien, en este contexto se sitúa precisamente el derecho que regula los créditos a la exportación y los seguros de crédito a la exportación. En concreto, el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, que forma parte de

²⁵⁵ Esto explica las restricciones que la Directiva 98/29/CE establece para la determinación de las primas suficientes y la evaluación del riesgo-país. VAQUERO LÓPEZ, señala que esta regulación supone poner en tela de juicio la finalidad de la ayuda al desarrollo, *El seguro de crédito a la exportación...*, cit. pág. 221. No comparto su opinión porque entiendo que el primer objetivo de la Directiva 98/29/CE pretende la armonización para *evitar el falseamiento de la competencia* al tiempo que adapta la legislación comunitaria a los compromisos adquiridos por el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias. En este marco, la política de cooperación y ayuda al desarrollo aparece como una segunda variable, subordinada al objetivo señalado.

²⁵⁶ Este es el planteamiento que hacen KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. en su trabajo *The emergence of global administrative law*, citado.

los acuerdos de Marrakech de diciembre de 1994, se explica por esta vía. El acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias habría incorporado y transformado en Derecho internacional el Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial adoptado en el seno de la OCDE, a modo de “pacto de caballeros”. Al acuerdo de 1994 se dedica específicamente el siguiente apartado.

Las otras disposiciones que afectan, con carácter general, al crédito a la exportación con apoyo oficial, tienen su origen en los acuerdos firmados entre la Comunidad Económica Europea –luego por la Comunidad Europea, próximamente la Unión Europea²⁵⁷-, con la mencionada OCDE. Así, la Decisión del Consejo de 4 de abril de 1978, contiene la primera redacción del citado *Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial*. Las Decisiones posteriores del Consejo 93/112/CEE, de 22 de febrero, 97/530/CE, de 8 de agosto, 2001/76/CE²⁵⁸ y 2001/77/CE²⁵⁹, de 22 de diciembre y 2002/634/CE, de 22 de julio de 2002, incorporan las novedades que corresponden a modificaciones del Acuerdo de la OCDE de 1978 o bien a la firma de nuevos acuerdos²⁶⁰. Hay que señalar que la firma de nuevos acuerdos en el seno de la OCDE se sucede a un ritmo considerable y es seguida, como se ha señalado, de la aprobación de normas comunitarias (resultado de la previsión del citado art. 132.1 TRCE) que los incorporan²⁶¹.

Para completar la aplicación de estas Decisiones, el Consejo dictó en su día la Decisión 73/391/CEE, de 3 de diciembre de 1973, relativa a los procedimientos de consulta y de información en materia de seguros de crédito, garantías y créditos financieros²⁶²

²⁵⁷ Vid. en este sentido la previsión de la letra a) del punto 2 del art.2 del Tratado de Lisboa.

²⁵⁸ Contiene la versión actualizada del Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial.

²⁵⁹ La Decisión 2001/77/CE del Consejo se refiere a la aplicación de los principios del Acuerdo con la OCDE de 1978 al caso de la financiación de proyectos.

²⁶⁰ Vid. GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “La Política Comercial Común”, cit. pág. 435.

²⁶¹ La última modificación del Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial en la OCDE tuvo lugar en 2005 (documento OCDE TD/PG(2005) 38/FINAL de 5 de diciembre de 2005). Está en trámite una propuesta de Decisión del Consejo elaborada por la Comisión para incorporar las últimas novedades, en COM(2006) 456 final, de 10 de agosto de 2006, y que recoge el texto que debería sustituir a los que actualmente están vigentes de las Decisiones 2001/76/CE, 2001/77/CE y 2002/634/CE, citadas en texto.

²⁶² En marzo de 2004 la Comisión presentó una propuesta de Decisión del Consejo, en versión codificada, en la que propone la sustitución de la de 1973 por un nuevo texto, vid. COM(2004) 159 final, de 10 de marzo de 2004.

Con todo, a pesar de la indudable importancia del Acuerdo de la OCDE²⁶³ en materia de crédito a la exportación como apoyo oficial, y de su proximidad con el tema de este trabajo, no se contienen en él referencias directas al contrato de seguro de crédito a la exportación y a la actividad de las empresas aseguradoras, públicas o privadas²⁶⁴. Sí lo hace sin embargo el Acuerdo de subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, como ya se ha señalado, Acuerdo que constituye, en parte, la razón de ser de la Directiva del Consejo 98/29/CE. Por esta razón le dedicaré un apartado específico.

B) -En particular, el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias

El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, como parte integrante de los acuerdos de Marrakech de 15 de abril 1994, que dieron lugar al surgimiento de la OMC²⁶⁵, ha supuesto un importante avance en el intento por controlar la natural tendencia de los Estados a favorecer sus economías nacionales mediante las más variadas formas de apoyo y proteccionismo económico²⁶⁶.

²⁶³ En relación al Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial, resulta especialmente interesante para conocer su origen, evolución y proyección sobre otros acuerdos de carácter internacional, el trabajo de LEVIT, J. K., "The dynamics of International trade finance regulation...", cit. en su totalidad.

²⁶⁴ En dicho Acuerdo sólo se contempla en general el supuesto de apoyo financiero mediante créditos. A pesar de ello, la letra m) del número 24 del Acuerdo, en que se contienen las definiciones e interpretaciones, se señala la dificultad de concretar la definición de "apoyo oficial" dadas las diferencias entre los sistemas nacionales de crédito a la exportación y de seguro de crédito. No cabe duda que la OCDE constituye un foro internacional de primer orden en esta materia. En un futuro habrá que estar atento a la probable adopción de una nueva Directiva que actualice el mencionado Acuerdo, proceso que por otra parte ya ha comenzado, puesto que como se dice en nota *supra*, la Comisión ya ha dirigido al Consejo la correspondiente propuesta de Directiva "relativa a la aplicación de determinadas directrices en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial" (Bruselas, 22 de abril de 2004). En el texto de la propuesta aparece, ahora, sí la mención explícita al seguro de crédito a la exportación, entre las formas que puede revestir el apoyo oficial en el ámbito del Acuerdo.

²⁶⁵ En este punto me remito la monografía de DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas...*, cit. págs. 409 en adelante. Janet LEVIT señala la vinculación entre el "Acuerdo sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial" y el "Acuerdo de Subvenciones y medidas compensatorias" de la OMC –dado que este último "acoge" el primero- y los problemas de interpretación, por "déficit democrático", que esta situación acarrea, desde el punto de vista de la participación de los Estados en su aprobación, más concretamente, la no-participación de ciertos países en la OCDE y sí en la OMC (es el caso de la India, por ejemplo) en "A bottom-up approach to international lawmaking: the tale of three trade finance instruments", *Yale Journal International Law*, 2005, núm. 30, pág. 204.

²⁶⁶ MONTANÁ MORA no duda en afirmar que "históricamente el sector de las subvenciones haya sido considerado uno de los más difíciles de cuantos conviven en el sistema GATT", ("El acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la ronda Uruguay", en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 27, 1997, pág. 241). En la actualidad subsisten las dificultades para hacer realidad el propósito de eliminar las subvenciones que distorsionan el libre mercado. Así lo expresa la Comisión Europea en su Libro Verde sobre "los instrumentos

Entre otras medidas, el Acuerdo se esfuerza por incorporar una definición del concepto de subvención, así como por distinguir entre subvenciones prohibidas, subvenciones recurribles y subvenciones no recurribles. Prevé además, y este es un elemento innovador, la creación de un entramado institucional –el Órgano de Solución de Diferencias- cuya existencia y funcionamiento está al servicio del Derecho sustantivo recogido en el Acuerdo²⁶⁷, cuya eficacia veremos en un futuro²⁶⁸.

Es claro que, aun sin restar valor a este importante esfuerzo por evitar las distorsiones que provoca en el comercio internacional la acción proteccionista que los Estados llevan a cabo mediante las más variadas formas de subvención, este sistema se encuentra bien lejos de la eficacia del control de ayudas públicas comunitario llevado a cabo por la Comisión, avalado y confirmado en tantos aspectos por el Tribunal de Justicia. Es uno más de los datos que muestran lo lejos que está el tipo de integración económica al que ha llegado la Unión Europea frente a los límites que presentan los mecanismos clásicos del Derecho internacional basados en el principio de cooperación²⁶⁹. Con todo, el salto cualitativo que supone el establecimiento del Órgano de Solución de Diferencias es innegable²⁷⁰.

Al tratar del Acuerdo sobre subvenciones y medidas de carácter compensatorio en el contexto de esta investigación –esto es, el modo en que el Acuerdo

de defensa comercial en una economía global en transformación”, (COM(2006) 763 final, de 6 de 12 de 2006), pág. 3.

²⁶⁷ Concretamente, el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Órgano de Examen de Políticas Comerciales y el Órgano de Solución de Diferencias, (vid. DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas...*, cit. págs. 515 y ss). Vid. también, FERNÁNDEZ PONS, X., *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional...* cit. y LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *El derecho de las subvenciones en la OMC*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

²⁶⁸ Respecto al Órgano de Solución de Diferencias, MONTANÁ MORA se muestra francamente optimista con los resultados de este procedimiento, tanto en el ámbito de la aplicación propia del GATT como del Acuerdo sobre medidas compensatorias, (vid. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, ed. McGrawHill, Madrid, 1997, págs. 153 y ss). Para tener una idea aproximada de la actividad que viene desarrollando el Órgano de Solución de Diferencias puede verse la referencia de GHERARI, H y THOUVENIN, J-M., “Chronique de l’Organe de Règlement des Différences OMC 2002-1”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union européenne*, núm. 466, 2002, págs. 183-193. También FERNÁNDEZ PONS, X., *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional...* cit., LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *El derecho de las subvenciones en la OMC*, cit. págs. y VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...*, cit., págs. 218-219.

²⁶⁹ En una reflexión más detenida, en su libro *Ayudas Públicas...* cit., DE LA RIVA señala las dificultades de la integración de la OMC en orden al control de las intervenciones públicas (pág. 288), poniendo de manifiesto más adelante “el contractualismo estructural propio de una organización internacional de cooperación y, por tanto, la mayor presencia del componente político” (pág. 388).

²⁷⁰ De nuevo DE LA RIVA señala la necesidad de respetar los ritmos y adaptaciones necesarios en la marcha del “armazón” institucional que acompaña a los procesos de liberalización económica, vid. *Ayudas públicas...*, cit. págs. 295-296.

condiciona los derechos comunitario y nacional aplicables a la regulación del seguro de crédito a la exportación- cabe destacar tres cuestiones con carácter general: a) el contenido sustantivo del Acuerdo y los mecanismos que se han dispuesto para hacerlo efectivo, b) su relación con el Derecho Comunitario y concretamente, su vinculación con dos políticas comunitarias específicas, la de ayudas públicas y la Política Comercial Común, y c) finalmente, la vinculación directa del ordenamiento español al contenido de los Tratados firmados por España.

Expuesto lo anterior, estaremos en condiciones de evaluar la adaptación del sistema español de cobertura del riesgo político por cuenta del Estado en el seguro de crédito a la exportación al marco que dibuja el Acuerdo citado, y que se desarrolla en el siguiente capítulo.

a) Respecto de la primera cuestión antes mencionada, y siempre en el contexto del seguro de crédito a la exportación, la incorporación de los acuerdos adoptados en el marco OMC sobre subvenciones al ámbito del seguro de crédito a la exportación ha tenido lugar mediante la Directiva 98/29/CE, ya mencionada.

La consecuencia sustantiva más importante es, sin duda, la limitación que afecta a la actividad llevada a cabo por los Estados miembros, los cuales se comprometen -individual y colectivamente, como Comunidad Europea²⁷¹- a no establecer sistemas de seguro de crédito a la exportación con primas insuficientes. De este modo, a la necesidad de evitar distorsiones en la competencia entre empresas de la Comunidad -objetivo perseguido por las Directivas de armonización de 1970-, la norma comunitaria ha tenido *necesariamente* que incorporar las consecuencias del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, que busca evitar la distorsión de la competencia a nivel internacional.

Concretamente, la letra j) del Anexo I al Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, en el que se contiene una *Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación*, menciona expresamente el supuesto de

“[l]a creación por los Gobiernos (u organismos especializados bajo su control) de sistemas de garantía o seguro de crédito a la exportación, de sistemas de seguros o garantías contra alzas en el coste de los productos exportados o de sistemas contra los riesgos de fluctuación de los tipos de cambio, a *tipos de*

²⁷¹ Ya he tenido ocasión de ocuparme *supra* de la discusión en el seno de las instituciones comunitarias acerca del reparto de papeles entre los Estados miembros y las propias instituciones comunitarias en el ejercicio de la Política Comercial Común. Fue justamente con ocasión de la firma de los acuerdos de Marrakech cuando se planteó la consulta al Tribunal, finalmente resuelta por el Dictamen 1/94, ya mencionado.

primas insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento de esos sistemas²⁷²”.

La concepción que subyace en el Acuerdo sobre subvenciones queda clara en el caso del seguro de crédito a la exportación al limitar las primas –es decir, el precio del seguro pagado por la empresa exportadora tomadora del seguro- a un tipo de prima que resulte suficiente para cubrir el riesgo de que se trate. La fórmula utilizada en el Acuerdo es muy amplia y poco definida. Por otra parte, como bien indica el título del Anexo, se trata de una “lista ilustrativa”, no tasada, que más bien pretende facilitar un criterio interpretativo acerca del tipo de actuaciones de los Poderes públicos que pueden ser considerados subvención en el sentido del Acuerdo²⁷³.

- b) Respecto de la conexión entre las previsiones del Acuerdo de subvenciones con la política comunitaria de ayudas hay que señalar las profundas diferencias de grado y perspectiva que una y otra ofrecen. La efectividad probada de la política comunitaria de control de ayudas –al margen de sus defectos, que los hay-, se encuentra, como se ha señalado, lejos del control que en la actualidad implica la existencia del Acuerdo sobre subvenciones en la acción de los Estados. El control que este último pueda suponer sigue dependiendo aún en un porcentaje importante de la propia voluntad de los firmantes del Acuerdo por cumplirlo. Y ello a pesar del gran paso que

²⁷² El subrayado es mío. DE LA RIVA piensa que hubiese sido conveniente dejar claro que las medidas incluidas en la lista ilustrativa debían suponer un costo para el erario público del poder otorgante y apunta la necesidad de depurar la noción de subvención que incorpora el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, (*vid. Ayudas públicas...*, cit. págs. 457-458). Por su parte el Reglamento CE 2026/1997, del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea, recoge textualmente esta definición. Janet LEVIT apunta el origen de esta consideración del seguro de crédito con primas insuficiente como subvención, en las reglas técnicas que elabora la Unión de Berna, *vid. “The dynamics of International trade finance regulation...”*, cit. págs. 156-167. También en “A bottom-up approach to international lawmaking...”, cit. págs. 125-126.

²⁷³ Concretamente, se considera que existe *subvención*: “1. Cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, es decir: i) cuando la práctica de un Gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso no se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales); iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios –que no sean de infraestructura general- o compre bienes; iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) y ii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos o 2. cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del art. XVI del GATT de 1994” y además, con ello “se otorgue un beneficio”. Sobre la definición de subvención incorporada al Acuerdo, DE LA RIVA, I.M. *Ayudas públicas...* cit., págs. 440 y ss.

supone la existencia del Órgano de Solución de Diferencias y el resto de novedades organizativas incorporadas por los Acuerdos de la OMC²⁷⁴.

Por otra parte, es bien sabido que la distorsión competitiva que pretende evitar la política de control de ayudas públicas se circunscribe al ámbito intracomunitario. A pesar de que el Tribunal de Justicia haya reconocido efectos distorsionadores a ciertas ayudas a la exportación con países terceros, su incompatibilidad con el Tratado tiene que venir dada por afectar – indirectamente– al comercio intracomunitario²⁷⁵. Ciertamente, llegado el día será muy otro el planteamiento al que pueda llegar el Órgano de Solución de Diferencias²⁷⁶, pues su perspectiva es, lógicamente, internacional. En este sentido se puede afirmar que uno y otro mecanismos de control de ayudas y subvenciones –el diseñado por el TRCE y el diseñado por el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias– discurren de modo paralelo, actúan sobre mercados diferentes y, aunque comparten un objetivo común de lucha contra el proteccionismo nacional mediante el otorgamiento de ayudas y subvenciones, es previsible que den lugar a respuestas distintas²⁷⁷ y, llegado el caso, incluso contradictorias²⁷⁸, como consecuencia de las diferencias del

²⁷⁴ Cfr. MONTANÁ MORA, M. “El acuerdo sobre subvenciones ...”, cit. págs. 175-176.

²⁷⁵ El art. 87.1 se refiere a los intercambios comerciales “entre Estados miembros”. Ahora bien, la propia Comisión Europea ha reconocido “los efectos perniciosos” de las subvenciones a la exportación por influir directamente sobre la competencia en el mercado entre proveedores potenciales rivales de bienes y servicios, si bien reconoce que se ha abstenido de ejercer sus poderes de control en el ámbito de los créditos a la exportación y del seguro de crédito a la exportación, (vid. ap. 1.2 y 1.3 de la Comunicación de la Comisión, a los Estados Miembros con arreglo al apartado 1 del art. 93 del TRCE por el que se aplican los art. 92 y 93 del TR al seguro de crédito a la exportación a corto plazo, de 17 de septiembre de 1997).

²⁷⁶ MONTANÁ MORA recoge un interesante resumen de los asuntos llegados al Órgano de Solución de Diferencias, en los dos primeros años de funcionamiento de este instrumento, (vid. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, cit. págs. 153 y ss). Allí se ve cómo son pocos, de momento, los asuntos que llegan al Órgano de Solución de Conflictos, como violación del Acuerdo sobre subvenciones (*ibidem* págs. 163 y 174). Puede también visitarse la página de la Organización Mundial de Comercio que periódicamente informa de los asuntos tratados (vid. www.wto.org). Así mismo, la *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* recoge periódicamente crónicas sobre la actividad del Órgano de Solución de Conflictos.

²⁷⁷ El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado, siquiera sea de pasada, afirmando lógicamente que “por lo que respecta al concepto de “subvención” en el sentido del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, carece de pertinencia, en todo caso –como sostiene la Comisión–, a efectos de apreciar la calificación de la medida de ayuda de Estado en el sentido del Derecho Comunitario” (vid. Sentencia del Tribunal de Primera instancia de 29 de septiembre de 2000, a. T-55/99, *Confederación Española de Transportes de Mercancías/Comisión*, (ap. 50)).

²⁷⁸ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta el Abogado General Sr. SIEGBERT ALBER, en las conclusiones presentadas el 7 de mayo de 2002, en el asunto C-351/98, donde afirma que “nada impide legalmente a la Comunidad considerar ayuda a una medida que no lo es conforme al acuerdo OMC y, de esa forma, aplicar a su ordenamiento jurídico propio criterios más estrictos que los impuestos en un contexto de Derecho Internacional Público” (ap. 28). La

ámbito territorial sobre el que ejercen su tutela, así como del grado e intensidad con que llevan a cabo su tarea. Las diferencias entre unas y otras serán mayores si además tenemos en cuenta la timorata aplicación que ha hecho el Tribunal de Justicia del efecto directo de los Tratados internacionales en el derecho comunitario²⁷⁹, concretamente del de la OMC²⁸⁰.

Ahora bien, dicho esto, no ha de perderse de vista que, en la medida en que el Acuerdo sobre subvenciones ha sido ratificado por los países firmantes y en particular, por la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia pudiera verse en un futuro en la posición de acatar la solución a la que llegue el Órgano de Solución de Diferencias. El tema –muy interesante– queda apuntado aunque escapa, sin duda, de los objetivos de este trabajo.

Respecto de la vinculación del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias con la Política Comercial comunitaria, el propio art. 132.1 contempla también la posible distorsión *entre empresas de la Comunidad* como consecuencia de las políticas nacionales de fomento a la exportación. Para evitarlo se prevé que se dicte una legislación de “armonización”, como así ha ocurrido mediante la Directiva 98/29/CE, pero ahora ya en el marco de la Política Comercial Común y no como parte de la política comunitaria de control de las ayudas estatales. Con todo, esta legislación sigue teniendo un marcado acento intracomunitario, a pesar de la influencia del Derecho internacional.

c) A las dos cuestiones ya señaladas, hay que unir una mención expresa a la vinculación *directa* de España a los compromisos adquiridos tras la firma de nuestro país de los Acuerdos de Marrakech, entre ellos del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias. El Reino de España ratificó y posteriormente publicó en el BOE los Acuerdos de Marrakech en el 30 de

tesis del Abogado General ha quedado recogida en la Sentencia de 26 de septiembre de 2002, del Tribunal de Justicia, en cuyo ap. 44 se dice que “la circunstancia de que, en el marco del Acuerdo sobre Subvenciones, las ayudas controvertidas no se consideren “subvención específica”, no puede reducir el alcance de la definición de las ayudas contemplada en el artículo 92, apartado 1 del Tratado”.

²⁷⁹ Sobre el efecto directo de los acuerdos en el marco del GATT, *vid.* KAPTEIN, P.J., “Quelques précisions sur les effets des accords internationaux lian la Communauté dans l’ordre juridique communautaire”, *Hacia un nuevo orden internacional europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pág. 1001.

²⁸⁰ CEBADA ROMERO analiza la jurisprudencia reciente del Tribunal de Luxemburgo, precisamente con ocasión de la posible aplicación de los acuerdos OMC, *vid.* “El efecto directo de los acuerdos OMC: la sentencia de 23 de noviembre de 1999 (*Portugal c. Consejo*, C-149/96) o la obstinación del TJCE”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, págs. 171-193. Con posterioridad a esta sentencia de 23 de noviembre de 1999, el Tribunal de Primera Instancia, en otra de 19 de septiembre de 2001, ha utilizado los arts. 15 y 19 del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, junto con un Reglamento comunitario, como argumento jurídico para anular otro Reglamento Comunitario (núm. 2450/98) por el que se establecía un derecho compensatorio sobre ciertas importaciones originarias de países no comunitarios; *vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de septiembre de 2001, a. T-58/99, *Munkand Ltd. y otros*.

diciembre de 1994, por lo que dichos acuerdos son Derecho interno que se incorpora al conjunto del ordenamiento jurídico vigente. A esta vinculación directa se suma la que indirectamente llega desde las Directivas comunitarias que han asumido los compromisos de Marrakech –en lo que al seguro de crédito a la exportación se refiere, en concreto, la Directiva 98/29/CE-. Por una vía y por otra, el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias ha terminado cuajando, en lo relativo al seguro de crédito a la exportación, en el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, cuyo contenido y consecuencias se analizarán en el siguiente capítulo. En definitiva, como ha señalado DE LA RIVA, una parte importante del ordenamiento de la OMC está específicamente destinada a reglar el ejercicio de las potestades públicas de sus miembros –y el Reino de España es uno de ellos-, compeliendo a los Gobiernos a que modifiquen su normativa vigente, a fin de ajustarla al marco multilateral acordado²⁸¹.

- *En particular, la Directiva 98/29/CE*

En la Directiva 98/29/CE, mencionada ya en varias ocasiones viene a unirse, de un lado, el objetivo de la armonización de los sistemas públicos de seguro de crédito a la exportación a medio y largo plazo en sus elementos de cobertura y primas con objeto de evitar “distorsiones de la competencia entre las empresas de la Comunidad”²⁸² y asegurar una política de exportación basada en principios uniformes y, de otro, el objetivo de adaptar el derecho derivado comunitario a los compromisos internacionales, en particular, al Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias.

La Directiva 98/29/CE sustituye a las ya citadas de 1970. No afecta, sin embargo, a la de 1971, relativa a las operaciones de riesgo político a corto plazo, que sigue vigente.

Consta de 10 artículos y se completa con un Anexo sobre *Principios comunes del seguro de crédito a la exportación*.

Su ámbito de aplicación se extiende al caso de la cobertura del seguro de crédito a la exportación por periodos superiores a dos años concedidos por cuenta de uno o más Estados miembros (art. 1). Estamos por tanto en el contexto de las operaciones excluidas de la armonización del mercado único del seguro²⁸³, o dicho en los términos de la Comunicación del 97 ya analizada, en el ámbito de los riesgos no negociables.

²⁸¹ *Vid., Ayudas públicas...*, cit. pág. 390.

²⁸² *Vid. considerando 3º.*

²⁸³ Art. 2.2.d) de la Directiva 73/239/CEE, según la redacción dada al mismo por la Directiva 87/343/CEE.

En el art. 2 se concreta quiénes quedan obligados por la Directiva y a qué se obligan. Así, los Estados miembros se obligan a garantizar que “cualquier organismo que proporcione cobertura, directa o indirectamente, en forma de seguro de crédito a la exportación, garantías o refinanciación *por cuenta del Estado miembro* o con el apoyo del Estado miembro que represente al propio gobierno o que esté controlado por o actué bajo la autoridad del Gobierno que facilite la cobertura” –una forma enrevesada para no dejar fuera ningún supuesto- cubra las operaciones relativas a la exportación de bienes y servicios de conformidad con lo establecido en el Anexo.

El Consejo es consciente de los diversos sistemas nacionales existentes para desarrollar la actividad de seguro de crédito a la exportación con apoyo público y por ello se detiene en concretar quiénes pueden ser estos “aseguradores”. Se habla de organismos y se evita calificarlos de públicos o privados; por tanto podrán ser empresas o directamente poderes públicos. Lo importante en este caso es que estén *controlados por o actúen bajo la autoridad de un poder público*. Unos y otros quedan sometidos al régimen contenido en el Anexo, siendo los Estados miembros responsables de garantizar que así sea, inicialmente mediante la necesaria transposición de la Directiva y después mediante el cumplimiento de las obligaciones de notificación a las que me referiré más adelante.

La Directiva de 1998 contiene una diferencia aparentemente destacable respecto de las de 1970 que ha venido a sustituir. Si en éstas el contenido del Anexo fijaba el texto de una póliza común, ahora la Directiva 98/29/CE opta por recoger en el Anexo unos “principios comunes del seguro de crédito a la exportación”, dejando a los Estados miembros cierto espacio de actuación a la hora de transponer su contenido a sus ordenamientos jurídicos. Esta solución es, en este sentido, más respetuosa con el principio de subsidiariedad y la propia naturaleza de las Directivas. A pesar ello, lo cierto es que los principios mencionados descienden a cuestiones de cierto detalle, por lo que el cambio, entiendo, no es tan relevante como en un principio pudiera parecer.

En la parte primera del Anexo se concretan los elementos de la cobertura y se definen qué operaciones comerciales cubiertas con seguro de crédito a la exportación quedan sometidas al régimen contenido en la Directiva (operaciones de crédito de suministrador y operaciones de crédito de comprador). También se incluye, en su apartado 4, una relación de los riesgos inherentes al seguro de crédito a la exportación, distinguiendo a grandes rasgos entre: riesgos comerciales²⁸⁴, políticos²⁸⁵, de resolución de contrato y de crédito.

²⁸⁴ Que incluyen: la insolvencia del deudor y, en su caso, de su garante, el incumplimiento y la rescisión o rechazo arbitrario, (*vid. aps.* 14 a 16).

²⁸⁵ Entre los que quedan incluidos las medidas o decisiones de autoridades públicas que impidan el cumplimiento del contrato, la moratoria general decretada por el país deudor o por un tercer país a través del cual tenga que efectuarse el pago, acontecimientos políticos, dificultades económicas o medidas legales o administrativas adoptadas fuera del país del

Por su parte los apartados 7 y ss. concretan los principios relativos a la política de cobertura: qué cantidades quedan incluidas en la cobertura, el porcentaje que alcanzará la misma, la fecha a partir de la cual entrará en vigor la cobertura o la posibilidad de ofrecerla en divisas. Por lo que se refiere a la indemnización de los siniestros también se establecen algunos principios relativos al periodo de carencia, al derecho del asegurado a la indemnización y a la cesión de su derecho, al cálculo y al pago de la indemnización, entre otros.

En aplicación y desarrollo del espíritu del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias es en el que hay que entender ciertos aspectos concretos del contenido de la Directiva 98/29/CE²⁸⁶. En particular, el capítulo II del Anexo a la Directiva que regula las primas y establece los principios generales para su fijación. Así el ap. 32 determina que: “las primas deberán converger. Para ello la prima del seguro de crédito a la exportación:

- estará en relación con el riesgo cubierto (país, soberano, público o privado);
- reflejará adecuadamente el alcance y la calidad de la cobertura otorgada;
- no será inadecuada para cubrir los costes de explotación y las pérdidas a largo plazo”.

Además, impone que el nivel de prima exigida por país o categoría de países se deberá basar en una evaluación apropiada del riesgo según el país (ap. 34), habrá de tener en cuenta adecuadamente la solvencia del deudor (ap. 35), así como el periodo total de riesgo y el perfil de reembolso y los intereses (ap. 36).

La incorporación de estos principios relativos a la determinación de las primas constituye una de las principales novedades de la Directiva de 1998 respecto de las normas comunitarias anteriores, de 1970. Responde, sin duda, al nuevo marco jurídico de la globalización del comercio internacional²⁸⁷.

asegurador que impidan o retrasen la transferencia de fondos, las disposiciones legales del país deudor que declaren liberatorios los pagos hechos en la moneda local aunque ya no cubran el importe de la deuda, o bien otras medidas tanto del país asegurado como del asegurador (incluidas las adoptadas por la Comunidad Europea) que prohíban la exportación y cuyos efectos no estén cubiertos de otro modo. Finalmente se incluyen en este capítulo los casos de fuerza mayor entre los que están: las guerras, revoluciones, revueltas, alteraciones del orden público, ciclones, inundaciones, terremotos, erupciones volcánicas, maremotos y –es novedad en la Directiva de 1998- accidentes nucleares.

²⁸⁶ Así se argumenta en el considerando 6º del Directiva 98/29/CE.

²⁸⁷ Y ello a pesar de que el pensamiento económico-liberal dominante desde la década de los 80 hasta nuestros días ha comenzado a ser fuertemente contestado desde ciertos sectores. Basta con hojear la prensa diaria para constatar la presencia creciente de los llamados movimientos antiglobalización que acompañan a cualquier cumbre internacional de Jefes de Estado. No es éste el lugar oportuno para analizar el fenómeno, pero sirva este breve comentario para llamar la atención sobre lo que parece una tendencia socio-cultural en alza. Las ventajas que la globalización económica pudiera llevar consigo como consecuencia de la mundialización del comercio, presentan por el momento grandes contradicciones y deficiencias.

Junto a la regulación que afecta al sistema de primas en el seguro de crédito a la exportación con cobertura pública, el Consejo, con vistas a garantizar y hacer efectivo el contenido de la Directiva 98/29/CE, ha establecido además un complejo procedimiento de notificación (aps. 43 y ss del Anexo) cuyo cumplimiento hace recaer tanto en los Estados miembros, como sobre todo en los aseguradores²⁸⁸ y cuyos destinatarios son la Comisión y, en ocasiones, lo que resulta aún más novedoso, los otros aseguradores²⁸⁹.

Como reflexión final de este apartado que analiza el contenido de la Directiva 98/29/CE, se pueden señalar algunas cuestiones.

En primer lugar, la exigencia de fijar primas suficientes lleva a prohibir o, al menos, a limitar sistemas públicos de cobertura del riesgo político con primas subvencionadas. Sin embargo esta limitación que ahora se impone a los Estados Miembros -directamente, vía ratificación de los acuerdos OMC e indirectamente, vía armonización comunitaria- no afecta, en principio, a la elección que cada país hace del sistema -público o privado- de aseguramiento del riesgo no negociable. Sí supone, como he dicho, una limitación a la acción de fomento a la exportación que los Estados han llevado a cabo tradicionalmente, entre otros mecanismos, mediante el seguro de crédito a la exportación, cuyos precios -primas- deberán ajustarse a las condiciones normales del mercado en el que operan y, por tanto, a las reglas convencionales del cálculo actuarial de los riesgos asumidos por cada operación. Las consecuencias de la Directiva 98/29/CE afectan principalmente a los elementos jurídico-privados del seguro de crédito a la exportación y no tanto a las cuestiones institucionales, esto es, al modo en que los Estados Miembros organizan su sistema de aseguramiento del riesgo político o no negociable con cobertura estatal.

Y sin duda no es la menor el mantenimiento por parte de las grandes potencias de políticas agrícolas marcadamente proteccionistas en un entorno fuertemente liberalizado para el resto de productos, que perjudican gravemente a los países menos desarrollados. Habrá que seguir con atención este fenómeno por si ganara fuerza o se mantuviera marginal. Una descripción de la crisis del Estado del Bienestar y la formulación del modelo del Estado subsidiario, en DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas*. ...cit. pág. 73-84. A esta preocupación responde el documento recogido en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2005, «Los valores europeos en un mundo globalizado. Contribución de la Comisión a la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno» [COM (2005) 525 final, presentado en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Hampton Court, a finales de 2005.

²⁸⁸ Teniendo en cuenta que según el art. 2 de la Directiva 98/29/CE se consideran *aseguradores* a “cualquier organismo que proporcione cobertura, directa o indirectamente, en forma de seguro de crédito a la exportación, garantías o refinanciación por cuenta del Estado miembro o con el apoyo del Estado miembro que represente al propio Gobierno que esté controlado por o actúe bajo la autoridad del Gobierno que facilita la cobertura”

²⁸⁹ Estas estrictas obligaciones de notificación han sido recogidas en nuestro ordenamiento interno por la disposición adicional única del Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, comentada en la segunda parte del trabajo, remitiendo expresamente y sin más precisiones al contenido de la Directiva 98/29/CE.

Con todo, si se mantiene, como se viene sosteniendo, la afirmación de que el riesgo político y extraordinario –no negociable, en palabras de la Comisión- es un riesgo imprevisible²⁹⁰ ¿es posible entonces calcular las primas con un criterio razonable de suficiencia? Aunque ciertamente la respuesta técnica a esta cuestión habrán de darla los expertos actuarios y el propio mercado asegurador, sí es posible adelantar que el riesgo político y extraordinario es más imprevisible en países subdesarrollados, normalmente con regímenes políticos no democráticos y con estructuras socioeconómicas poco transparentes. Esta situación puede implicar primas muy altas, o bien, inexistencia de cobertura²⁹¹, para cubrir ese riesgo en países o zonas del mundo en las que, precisamente, el seguro de crédito a la exportación resulta más necesario.

Por otra parte, al margen de las dificultades técnicas para el cálculo actuarial señaladas en el caso de los países subdesarrollados y las consecuencias que de ello se derivan ¿qué pasa cuando el riesgo político y extraordinario que se cubre por cuenta del Estado afecta a países o zonas geográficas que ya han alcanzado un cierto nivel de desarrollo y con los que las relaciones políticas y comerciales son especialmente intensas ya sea por razones históricas, por interés geoestratégico, o bien, por obtener ciertas ventajas comerciales? Se pone de manifiesto entonces una característica del seguro de crédito a la exportación no mencionada suficientemente hasta el momento: la vinculación de ciertas políticas de fomento a la exportación con otros objetivos de la Política exterior de los países. Parece verosímil que sea ésta, y no otra, la razón por la que viene resultando tan complejo que se produzca la plena liberalización en el sector del aseguramiento del crédito a la exportación, así como la eliminación de ciertas medidas de apoyo subvencionado²⁹².

²⁹⁰ Y por tanto inasegurable. Así lo interpreta VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...*, cit. pág. 160.

²⁹¹ De hecho así ocurre. En España, CESCE, S.A. tiene cerrado el crédito con ciertos países (*vid.* su página *web*: www.cesce.es).

²⁹² *Vid.* las conclusiones del Abogado General Sr. TESAURO, en el asunto *Les assurances du crédit/Consejo y Comisión*, donde da cuenta del largo e infructuoso desarrollo de la liberalización en el sector de seguro de crédito a la exportación, *vid.* STJCE de 18 de abril de 1991, A. C-63/89, Rec. I, págs. 1835 y ss, y se analizan las razones de exclusión de las operaciones de seguro de crédito a la exportación con cobertura pública del ámbito de armonización de las sucesivas Directivas en esta materia

III

EL SISTEMA ESPAÑOL DE COBERTURA PÚBLICA EN LOS SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN

Este capítulo pretende –tras realizar un breve recorrido histórico– describir y analizar el vigente sistema español de cobertura pública del riesgo político y extraordinario en el seguro de crédito a la exportación, comentar cómo ha tenido lugar su adaptación al Derecho Comunitario e internacional, descubrir, en su caso, la posible existencia de disfunciones y apuntar algunas propuestas alternativas.

1. EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN ANTE LA ENTRADA DE ESPAÑA EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

1.1 Un recorrido desde su origen histórico hasta la Ley 10/1970

El surgimiento en España del primer intento por parte del poder público de establecer un sistema organizado de estímulo y fomento financiero a la actividad exportadora data de 1928. La primera regulación del seguro de crédito a la exportación se hace conjuntamente con la creación del Banco Exterior de España, mediante el Real Decreto-Ley de 6 de agosto de 1928, posteriormente completada por el Real Decreto-Ley de 4 de junio de 1929²⁹³.

Para la gestión del seguro de crédito a la exportación, las normas de la dictadura del General Primo de Rivera previeron un mecanismo similar al dispuesto para el fomento del crédito a la exportación, impulsando la creación de una entidad aseguradora privada a la que se le encomendaría la gestión de

²⁹³ José CALVO SOTELO, quien fuera entonces Ministro de Hacienda, narra con detalle y de primera mano, los motivos que llevaron al Gobierno de Primo de Rivera a tomar iniciativas a favor del sector exportador y el modo en que tuvieron lugar los acontecimientos, concretamente el nacimiento del Banco Exterior de España, mediante adjudicación por concurso a la sociedad Crédito Nacional, Peninsular y Americano. (*vid. Mis servicios al Estado. Seis años de gestión. Apuntes para la Historia*, 2ª edición, ed. IEAL, Madrid, 1967). El concurso al que se hace mención fue resuelto por el Real Decreto-Ley de 26 de marzo de 1929, y los estatutos del Banco aprobados por la Real Orden de 20 de julio de ese mismo año. Sobre la creación y primeros años de historia del BEX puede consultarse ZELADA DE ANDRÉS MORENO, F. “El Banco Exterior de España: su historia, características y problemática actual”, en el volumen colectivo *La empresa pública*, ed. Studia Albortiana, Zaragoza, 1970, págs. 1001-1014.

este servicio. Así surgió la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, sociedad anónima participada por el Banco Exterior de España²⁹⁴.

Como bien señaló entre nosotros JIMÉNEZ DE PARGA, la primera regulación del seguro de crédito a la exportación en el Derecho español, surge en el contexto de la actividad estatal de fomento y desarrollo del comercio exterior²⁹⁵. Ello se manifiesta tanto en los aspectos jurídico privados de la institución²⁹⁶, como en los institucionales y organizativos. Desde un comienzo, el sistema quedó organizado en torno a una única compañía –originariamente de capital privado²⁹⁷– que gestionaba el servicio de seguro de crédito a la exportación con carácter exclusivo²⁹⁸.

A pesar del bienintencionado esfuerzo por parte del poder político de impulsar las exportaciones, pronto la guerra civil rompió con todo tipo de expectativas.

²⁹⁴ Sobre el tema de la banca oficial en general, se publicaron a mediados de los años 80 y bajo el auspicio del ICO, varios trabajos monográficos, unos desde la perspectiva económica y otros desde la jurídica. Entre ellos cabe destacar los de ARIAS MOREIRA, J.C., *La Banca Oficial en España*, ed. IEF, Madrid, 1986; HERNÁNDEZ ARMENTEROS, J., *La Banca pública española (1962-1988) La modernización de sus estructuras financieras*, ed. IEF-ICO, Madrid, 1986 y DÍAZ LEMA, J.M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, ed. Instituto de Estudios Fiscales/Instituto Oficial de Crédito, Madrid, 1985.

²⁹⁵ *Vid. El seguro de crédito a la exportación*, cit. pág. 41. Hay que tener en cuenta que el fomento público de la actividad exportadora era, en la década de los años 30 uno más de los elementos de una política comercial exterior más general, de marcado acento proteccionista. La tendencia española no hace sino seguir los planteamientos que imperaban a nivel internacional. Sobre la historia de la política comercial española, puede verse SERRANO SANZ, J.M., “Un siglo de la política comercial española en perspectiva”, en VELARDE, J., GARCÍA DELGADO, J.L y PEDREÑO, A., *El sector exterior de la economía española. II Jornadas de Alicante sobre economía española*, ed. Economistas, Madrid, 1988, págs. 13-52, y la bibliografía allí citada.

²⁹⁶ JIMÉNEZ DE PARGA dice que “en su primera fase, nuestro de Derecho positivo configura al Seguro de crédito a la exportación como un instrumento del comercio exterior, bajo la forma jurídica de un contrato sometido, en lo esencial, a las normas generales de la dogmática del contrato de seguro”, (*vid El seguro de crédito a la exportación*, cit. pág. 54). Sobre el seguro de crédito a la exportación, *vid.* también DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Seguro de Crédito a la exportación*, Madrid, 1969 y , del mismo autor, *Derecho español de seguros*, vol. II, 3ª ed., Madrid, 1983, págs. 294 y ss.

²⁹⁷ En el contexto ideológico, político y económico, en el que tiene lugar el surgimiento de la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, que es el mismo en el que nacen el Banco de Crédito Industrial, el Banco de Crédito Local, el Banco Exterior de España y, antes en 1872, el Banco Hipotecario de España, era lógico que así fuese. El instrumento jurídico-público a través del cual se busca que el capital privado se involucre en la gestión de ciertos asuntos de interés público, es el de la concesión administrativa, como ha señalado DÍAZ LEMA, J.M., *Subvenciones y crédito oficial...* cit. págs. 299-300.

²⁹⁸ JIMÉNEZ DE PARGA señala que la generalidad de los países de nuestro entorno habían tomado iniciativas semejantes. Ello le lleva a afirmar que la solución adoptada en España se inscribe en el marco de una “línea general dominante” de actuación en esta materia, *vid. El seguro de crédito a la exportación*, cit., pág. 110.

Las dos décadas posteriores –las de los años 40 y 50- de autarquía, fueron testigos de un aislamiento comercial casi absoluto. En la práctica no se exportó casi nada, por lo que no hubo ni crédito ni, tampoco, seguro de crédito²⁹⁹.

Al finalizar la década de los cincuenta y como consecuencia del Plan de Estabilización Económica de 1959, se publicó el Decreto-ley 15/1960, de 3 de noviembre, por el que se introdujeron importantes novedades organizativas en la gestión de seguro de crédito a la exportación: la cobertura de los riesgos comerciales de este tipo de seguros quedó encomendada a la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caucción, S.A.³⁰⁰, en tanto que la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios, por cuenta del Estado, sería cubierta por el Consorcio de Compensación de Seguros³⁰¹.

²⁹⁹ Vid. VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...* cit., pág. 41.

³⁰⁰ Esta circunstancia tuvo lugar previa adjudicación mediante la Orden de 30 de enero de 1961. El Decreto-Ley de 3 de noviembre de 1960 preveía un conjunto de cautelas respecto de la adjudicatoria que iban desde las de carácter financiero (capital social mínimo de 90 millones de pesetas, constitución de reservas) a las de carácter societario (composición del Consejo de Administración de la sociedad, participación de vocales natos en representación de ciertos órganos estatales, facultad de veto de estos vocales...), que implicaba un grado de intensa intervención pública sobre la gestión de la empresa. Sobre este particular, vid. JIMÉNEZ DE PARGA, R., *El seguro de crédito a la exportación*, cit. págs. 113-115.

³⁰¹ En 1954, la Ley de 16 de diciembre, había creado el Consorcio de Compensación de Seguros, al refundir los Consorcios de Compensación sobre Riesgos Catastróficos sobre las cosas y de accidentes individuales en uno sólo, vid. JORDANO FRAGA, J., *La reparación de daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, ed. Marcial Pons e Instituto Universitario de Derecho público "García Oviedo", Madrid, 2000, pág. 129. Sobre los orígenes del Consorcio de Compensación de Seguros, vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Los consorcios en el Derecho español (Análisis de su naturaleza jurídica)*, IEAL, Madrid, 1974, págs. 83-94. Con posterioridad, la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación sobre seguros privados, aprobó un nuevo estatuto legal para el Consorcio de Compensación de Seguros: vid. ALMANJO PABLOS, L.M., "Los riesgos extraordinarios y el reaseguro en el Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros", en *Previsión y Seguro*, núm. 12, 1991, págs. 11-26 y TIRADO SUÁREZ, F.J., "Las modificaciones introducidas por la Ley 21/1990 en la Ley de contrato de seguro y las nuevas normas de Derecho Internacional Privado en materia de seguro", en *Previsión y Seguro*, núm. 13, 1991, en especial, pág. 23, en que menciona el art. 4 de la Ley 21/1990, que aprueba el nuevo estatuto legal del CCS. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, ha modificado de nuevo el Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aumentando sus funciones. Sobre este particular he tenido ocasión de referirme en "Una aproximación a las Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, págs. 112-113. Posteriormente, Cristóbal ESPÍN GUTIÉRREZ publicó un análisis monográfico sobre las modificaciones introducidas por la Ley 44/2002, en la regulación del Consorcio, en "El Consorcio de Compensación de Seguros", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.) *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, ed. Thomson/Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, págs. 567-600. Después se ha publicado el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros así como la Ley 12/2006, de 16 de mayo, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo

Desde la perspectiva de esta investigación resulta interesante retener este dato. A saber, el tratamiento diferenciado que se dio en el periodo 1960-1970 a la cobertura del riesgo político en el seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado, separando su gestión de la de otro tipo de riesgos asociados al crédito a la exportación, como son los riesgos comerciales³⁰², que hasta 1970 fueron cubiertos con carácter exclusivo por la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A.³⁰³.

Esta diferencia de trato no es casual, y de hecho como se verá más adelante, la situación vigente reproduce –con matices- esta distinción. Analizando este dato desde la óptica del Derecho administrativo, que no es otra que la posición del poder público en relación –en este caso- con la actividad de aseguramiento del crédito a la exportación, existe –como ya se dijo- la convicción generalizada de que el riesgo político es un riesgo “inasegurable” por las compañías privadas, por tratarse de un riesgo imprevisible³⁰⁴, razón por la cual se impone que el Poder público provea alguna solución subsidiaria. Este es el argumento que en última instancia ha propiciado también el mantenimiento en España de un sistema público de cobertura de los riesgos catastróficos³⁰⁵.

7/2004, de 29 de octubre, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la que se incorporan los seguros de vida al ámbito de la cobertura de los riesgos extraordinarios.

³⁰² Sobre el particular puede verse, GUAITA, A., *Derecho Administrativo especial*, vol. III, 2ª ed., ed. Librería General, Zaragoza, 1967, págs. 163 y 164. En el informe elaborado por el Servicio de Estudios y Documentación del Consorcio de Compensación de Seguros, se apunta que hasta 1960 la actividad exportadora en nuestro país era muy pequeña y que de hecho “no llegaron a cubrirse riesgos políticos” en el periodo que va desde 1928 a 1960. Estos dos motivos, unidos al nuevo marco de la ordenación económica diseñada por el Plan de Estabilización de 1959, habrían cristalizado en el sistema de seguro de crédito a la exportación surgido del Decreto-Ley 15/1960, *vid. El Seguro de Crédito a la Exportación en España. Evolución, situación actual y normativa*, Madrid, 1992, pág. 20.

³⁰³ *Vid.* sobre este periodo las referencias de HERNANDO DELGADO, J., *La exportación. Manual de su regulación jurídico-administrativa*, ed. IEAL, Madrid, 1973, pág. 231.

³⁰⁴ Este argumento es expuesto por Jean BASTIN en su magnífica monografía dedicada al tema. En ella analiza con sentido crítico esta afirmación, *vid. L'Assurance-crédit dans le monde contemporain*, ed. Editions Jupiter et Editions de Navarre, París, 1978, obra que posteriormente fue traducida al español por PÉREZ DE AGREDA, E., y GAMBRA GUTIÉRREZ, I., bajo el título de *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, y editada por Mapfre, Madrid, 1980, págs. 161-195. Las citas las haré respecto al texto original, en francés.

³⁰⁵ En este caso, y partiendo de la dificultad técnica de prever los riesgos catastróficos y de la dificultad económica de mantener un sistema privado de aseguramiento de esos riesgos, como ha defendido JORDANO FRAGA, es la “solidaridad nacional ante el infortunio en el Estado social y democrático de derecho” la que justifica un sistema como el diseñado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para la cobertura de los riesgos extraordinarios, *vid. La reparación de daños catastróficos...*, cit. pág. 164. En la actualidad, el Real Decreto-Legislativo 7/2004, citado, es el que regula la cobertura de los riesgos extraordinarios y catastróficos; se completa por el Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero (modificado por el Real Decreto 1265/2006, de 8 de noviembre), que ha incluido un nuevo Reglamento del seguro sobre riesgos extraordinarios. La Resolución de 28 de mayo de 2004, de la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones, publicada en el BOE de 11 de junio de 2004, completa esta regulación. En ella se

1.2 La Ley 10/1970 y sus posteriores modificaciones

Los acontecimientos vividos con ocasión del conocido asunto *MATESA*³⁰⁶ en 1969 fueron el desencadenante de importantes cambios en todo el sector financiero, especialmente en la banca oficial³⁰⁷, pero también, en el seguro de crédito a la exportación, encomendado hasta ese momento a la Cia. Española de Seguros de Crédito y Caución³⁰⁸. Como consecuencia de todo ello, quedó establecido un nuevo sistema de gestión del seguro de crédito a la exportación mediante la creación de una empresa pública. Concretamente el art. 1.1 de la Ley 10/1970, de 4 de julio, por la que se modifica el régimen del seguro de crédito a la exportación, en su redacción inicial estableció que:

aprueban los recargos a favor del Consorcio de Compensación de Seguros para el ejercicio de sus funciones en materia de seguro extraordinario, a satisfacer obligatoriamente por los asegurados, las cláusulas de cobertura a insertar en las pólizas de seguro ordinario y la información a facilitar por las entidades aseguradoras relativas a las pólizas incluidas en el régimen de cobertura de los riesgos extraordinarios. Sobre la cobertura de riesgos extraordinarios puede verse OTAZU NAVARRO, M^a.J. "La actual cobertura de los daños producidos por riesgos extraordinarios" *RES*, núm. 123-124, 2005, págs. 675-689. Recuérdese (*vid supra*) que la Ley 12/2006, de 16 de mayo, antes citada, ha extendido el régimen de cobertura de riesgos extraordinarios al ámbito de los seguros de vida.

³⁰⁶ Sobre el escándalo *MATESA*, ver TORTELLA CASARES, G. y JIMÉNEZ, J.C., *Historia del Banco de Crédito Industrial*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1986, págs. 155 y ss. que analizan las circunstancias y consecuencias de este hecho, desde la perspectiva del Banco de Crédito Industrial, que fue uno de los principales implicados. Los protagonistas de este suceso histórico han ofrecido sendas versiones en VILÁ REYES, J. *El atropello MATESA: toda la verdad sobre un caso abierto hace veintitrés años que ni la dictadura ni la democracia han querido cerrar*, ed. Plaza & Janés, Barcelona, 1992 y NAVARRO RUBIO, M., *El caso Matesa: datos para la Historia*, ed. Dossat, Madrid, 1978.

³⁰⁷ El escándalo de *MATESA* vino a poner de manifiesto las ineficiencias de un sistema de apoyo oficial al crédito a la exportación excesivamente administrativizado, alejado del rigor de la gestión bancaria. Ello explica la opción tomada por la Ley de Crédito Oficial de 1971, de transformar en sociedades anónimas los bancos oficiales existentes en aquel momento (es decir, El Banco Hipotecario de España, el Banco de Crédito Local, el Banco de Crédito Industrial y el Banco de Crédito Agrícola; al margen quedó el Exterior, que en su día no había sido publicado por la Ley de Bases de Crédito y Banca de 14 de abril de 1962, y que seguía siendo sociedad anónima, encargado de la gestión del crédito oficial a la exportación), bajo la gestión de un recién creado ICO –Instituto de Crédito Oficial-, éste sí de naturaleza pública. *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO, S., *Crédito, banca y Cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativo*, ed. Tecnos, Madrid, 1975, pág. 207 y DÍAZ LEMA, J.M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, cit., págs. 303 y ss.

³⁰⁸ *Vid.* TIRADO SUÁREZ, F. J., "Seguro de crédito", en SÁNCHEZ CALERO, F., (coord.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1067. VARGAS VASSEROT, C., "El seguro de crédito a la exportación...", cit., pág. 430, hace un breve resumen del asunto *MATESA*, con referencia a las Sentencias dictadas con ocasión de este tema y relativas a la responsabilidad de la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución que se vio implicada en el asunto, por la sala de lo civil del Tribunal Supremo, al que remito. También, DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros*, cit., págs. 320-321.

“con la denominación de “Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación”, S.A., se constituirá una Sociedad Anónima a la que se concede *en exclusiva* las modalidades de cobertura de riesgos comerciales derivados del Comercio Exterior que a continuación se señalan, así como la gestión de la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios que realizará por cuenta del Estado”³⁰⁹.

El art. 2 determinaba el montante del capital fundacional, así como la exigencia de que la participación del Estado en la sociedad habría de ser mayoritaria. Exigencia vigente a día de hoy, y que en el hipotético supuesto de privatización de CESCE, S.A., haría necesaria la habilitación mediante una norma con rango de Ley³¹⁰.

En lógica consecuencia con lo expuesto, la disposición final primera de la Ley 10/1970, extingüía las exclusivas que hasta ese momento tenían concedidas respectivamente la Cía. Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A. y el Consorcio de Compensación de Seguros, antes mencionados.

En todo caso, tanto la Ley 10/1970 como el Decreto 3138/1971, de 22 de diciembre, que la desarrolló y que reguló el seguro de crédito a la exportación, se esforzaron por distinguir, de un lado, la actividad de cobertura de los riesgos calificados como comerciales y, de otro, la actividad que CESCE, S.A. desarrollaría para la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios, llevados a cabo por cuenta del Estado³¹¹.

El sistema institucional de cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios en los seguros de crédito a la exportación por cuenta del Estado diseñado por la Ley 10/1970, y vigente hoy en parte, se caracterizaba por la presencia de tres sujetos.

³⁰⁹ En este sentido, véase también el art. 19.3 del Decreto 3138/1971, de 22 de diciembre, en la actualidad, implícitamente derogado, como más adelante veremos.

³¹⁰ Esta situación recuerda el proceso que ya se viviera el sector público bancario. Así, en 1991, el Real Decreto-Ley 3/1991, de 3 de mayo, luego convertido en Ley 25/1991, de 21 de noviembre, por el que se estableció una nueva organización de las entidades de crédito de capital estatal, dando origen a la creación de la Corporación Bancaria de España, S.A., conocida comercialmente como Argentaria, modificó entre otros aspectos, el art. 39 de la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre organización y régimen del crédito oficial, por el que también se exigía que la participación pública en el capital social del Banco Exterior de España fuese mayoritaria.

³¹¹ En este sentido hay que interpretar el párrafo tercero del art. 4 de la Ley 10/1970 que prevé el recurso a las dotaciones presupuestarias en caso de desviaciones en la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios; la disposición final tercera de la misma Ley, por la que se habilita al Ministerio de Hacienda a adoptar las medidas adecuadas para la gestión de los riesgos políticos y extraordinarios; el art. 28.4 del Decreto 3138/1971, de 22 de diciembre y en especial, el capítulo V de este Decreto (arts. 34-38), por el que se desarrolla el régimen del seguro por cuenta del Estado.

Por una parte, el Estado, a cuya cuenta corre la cobertura de este tipo de riesgos.

Por otra parte, CESCE, S.A., empresa pública, de carácter instrumental, que tiene encomendada la gestión de la actividad aseguradora de los riesgos asociados al crédito a la exportación, en general, y en particular, la cobertura de los riesgos de carácter político y extraordinario, si bien esta actividad la lleva a cabo por cuenta del Estado. Esto es, mediante un sistema de contabilidad separado e independiente³¹². No obstante, es la Compañía quien resulta responsable directa frente a los asegurados de los derechos y obligaciones que deriven de los contratos de seguros (art. 34.1 del Decreto 3138/1971).

Y finalmente, el Consorcio de Compensación de Seguros, a quien se le encomienda la administración de los fondos que el Estado dedica precisamente a la cobertura de ciertos riesgos en los seguros de crédito a la exportación. El art. 36 del Decreto 3138/1971 establece que esta misión se encarga a una "Sección especial de Seguros de Crédito a la exportación existente en el Organismo, la cual gozará de plena independencia financiera, patrimonial y contable respecto a las demás secciones que lo integran, sin que puedan producirse compensación de saldos entre una y otras Secciones"³¹³. El actual art. 15 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros³¹⁴ se remite al Gobierno, quien "determinará las funciones que, en su caso, correspondan al Consorcio de Compensación de Seguros en el Seguro de Crédito a la Exportación por cuenta del Estado", calificando esta función como "pública"³¹⁵. En el art. 24 del Estatuto legal de 1990 se excluían del patrimonio del Consorcio los recursos correspondientes a los riesgos cubiertos por el Seguro de Crédito a la Exportación por cuenta del Estado, que debían estar dotados de plena independencia financiera, patrimonial y contable³¹⁶.

³¹² Vid. art. 38 del Decreto 3138/1971.

³¹³ Sobre el particular puede verse, el informe del Consorcio de Compensación de Seguros sobre *El Seguro de Crédito a la Exportación en España. Evolución, situación actual y normativa*, Madrid, 1992, págs. 61 y 62., así como las págs. 79 y ss., en las que describe las funciones del Consorcio con relación al seguro de crédito a la exportación.

³¹⁴ El Real Decreto-legislativo 7/2004 refunde así el Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros, establecido por el art. 4 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, por la que se adapta al derecho español la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y de actualización de la legislación de seguros privados y las posteriores modificaciones legales que se han ido incorporando.

³¹⁵ Entiendo que esta remisión se completa con lo dispuesto por el Decreto de 1971 y el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, ya citados.

³¹⁶ ALMANJO PABLOS señala cómo la función que el Consorcio lleva a cabo respecto del seguro de crédito a la exportación no es la de asegurador ni la de reasegurador, sino la de mero "intermediario-gestor" entre el Estado y CESCE, S.A., calificando esta función como de "carácter jurídico público", vid. "Los riesgos extraordinarios y el reaseguro..." cit., pág. 24. DE

En la refundición de 2004 sencillamente desaparece la mención a estos recursos³¹⁷.

En la actualidad, a pesar de las modificaciones que la legislación posterior ha incorporado en la regulación del seguro de crédito a la exportación, sobre la que trataré más adelante, el sistema institucional que gestiona la cobertura por cuenta del Estado de los riesgos políticos y extraordinarios sigue siendo el mismo que diseñó la Ley de 1970. El mecanismo organizado entonces respondía sin duda al modelo existente en los países de nuestro entorno, como se desprende de los trabajos de BASTIN³¹⁸.

Las modificaciones legales que se han producido después, responden todas ellas a la progresiva incorporación de los principios y normas llegados desde el Derecho Comunitario, y afectan en particular a las operaciones de cobertura de los riesgos comerciales o, en todo caso, a las operaciones que quedan fuera de la cobertura por cuenta del Estado. Esto es, a los que en el Derecho Comunitario se han llamado riesgos negociables.

Con todo, la valoración de los riesgos políticos y extraordinarios como riesgos inasegurables es la que ha sostenido el reparto de papeles entre los agentes del mercado asegurador y el Estado, en su función de asegurador subsidiario en última instancia. Sin embargo, la evidente evolución del mercado asegurador –entre otras razones, debido al fortalecimiento del sector del reaseguro, a la depuración y mejora en las técnicas de valoración de riesgos así como al impulso que la competencia ha dado al sector- bien pudiera dar lugar a una transformación de la realidad económica y social sobre la que el Poder público adopta su decisiones en esta materia³¹⁹. El propio derecho aplicable –limitaciones en las primas que se cobran, que deberán ser *suficientes*, como se ha señalado en el capítulo anterior- incide también la evolución del mercado y condiciona su transformación. En definitiva, será

LA MANO BOJ distingue entre la función que el Consorcio puede ejercer como reasegurador de los riesgos comerciales que cubre CESCE, S.A. y la “administración de los riesgos políticos”, *vid.*, “El sector público en el seguro privado: especial consideración del consorcio de compensación de seguros”, *Hacienda Pública Española*, núm. 98, 1986, pág. 114. También ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “El Consorcio de Compensación de Seguros”, *cit.* pág. 572 y BARRERO RODRÍGUEZ, E., *El Consorcio de Compensación de Seguros*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 611.

³¹⁷ *Vid.* art. 23 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre.

³¹⁸ *Vid.* *L'Assurance-crédit...* *cit.*, págs. 419 y ss. No obstante su exposición, BASTIN se muestra crítico con la situación que describe. Para DEL CAÑO ESCUDERO, sin embargo parece que se trata de una opción inevitable, *vid.* *Derecho español de seguros*, *cit.*, págs. 313-314.

³¹⁹ Sobre la relación entre el derecho y la realidad sobre la que éste se proyecta, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO destaca “el carácter finalista del derecho, el aspecto dinámico de su generación y aplicación, así como la estrecha relación que hay entre el derecho y las condiciones de la sociedad en la que se desenvuelve”, en “Finalidad y realidad en el derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. VII, I/04, pág. 62

necesario prestar atención a la evolución de la realidad por si ésta pudiera dejar obsoletas las normas e incluso el propio sistema español de prestación de seguro de crédito a la exportación con cobertura estatal.

1.3 La Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 y la “despublificación” de la actividad del seguro de crédito a la exportación

▪ Descripción

Desde el punto de vista del Derecho público y de la ordenación de la actividad aseguradora, en especial, de la actividad de aseguramiento del crédito a la exportación, el siguiente y decisivo hito legislativo lo constituye sin duda la disposición adicional segunda de la Ley 33/1984, de 2 de agosto de 1984, de Ordenación de los Seguros Privados³²⁰.

El texto completo de la mencionada disposición adicional segunda es el siguiente: “los riesgos comerciales derivados del comercio exterior, en sus diferentes modalidades, podrán ser cubiertos libremente por la “Compañía Española del Seguros de Crédito a la Exportación, S.A.”, o *por cualquier otra entidad de seguros autorizada para operar en los seguros de crédito y caución*³²¹. La gestión de la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios por cuenta del Estado continuará siendo realizada por la citada Compañía. En el plazo de un año el Gobierno desarrollará la presente disposición, que modifica lo establecido en la Ley 10/1970, de 4 de julio”.

Como ha señalado certeramente TIRADO SUÁREZ, este precepto suponía el fin del monopolio en lo que respecta a la cobertura de los riesgos comerciales por parte de un ente público (CESCE, S.A.)³²².

A la luz de las experiencias vividas posteriormente en otros sectores económicos, y con la categorías propias del Derecho administrativo, se podría decir que la disposición adicional segunda de la Ley 33/1984 supuso una suerte de despublificación o liberalización³²³ de una actividad que, a partir de

³²⁰ Vid. TIRADO SUÁREZ, F. J., “Seguro de crédito”, cit. pág. 1068 y del mismo autor “Disposiciones adicionales, transitorias, finales y derogatoria”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. II, ed. CUNEF, Madrid, 1988, pág. 329.

³²¹ El subrayado es mío.

³²² Vid. “Disposiciones adicionales, transitorias, finales y derogatoria”, cit., pág. 329.

³²³ La experiencia de los últimos años en el ámbito del Derecho público económico ha venido marcada por la que, con carácter general, se conoce como la liberalización. En estas circunstancias resultaba urgente proceder a la depuración de ideas y conceptos que, en muchas ocasiones, resultan confusos. En este sentido, el trabajo de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Nuevo sistema conceptual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 1999, (*Privatización y liberalización de servicios*), a cargo de Gaspar

ese momento, iba a poder ser llevada a cabo, al menos teóricamente, por la iniciativa privada³²⁴. Como luego ha ocurrido en otros sectores económicos, a partir de ese momento fue surgiendo –bien es cierto que muy poco a poco- un mercado nuevo. Ello ha hecho necesario “recrear” un mercado inexistente hasta ese momento: el de los seguros de crédito a la exportación. Esta situación exigía entonces, y sigue exigiendo hoy, un nuevo marco normativo de la actividad ahora devuelta al sector privado³²⁵. Por otra parte, como bien ha señalado TIRADO SUÁREZ, la medida –fin de la exclusividad del poder público en la actividad- conectaba con las exigencias derivadas del art. 38 CE³²⁶. A ello hay que unir el influjo de las normas y principios de Derecho Comunitario, que si bien en la fecha en que se aprueba la Ley de Ordenación del Seguro Privado (1984), aun no formaban parte del ordenamiento español, sobrevolaban ya la legislación que se iba dictando³²⁷. Puede afirmarse que el mantenimiento, en 1984, de un derecho en exclusiva a favor del Poder público para la prestación del servicio de seguro de crédito a la exportación –tanto de los riesgos comerciales como de los riesgos políticos y extraordinarios- como el diseñado en 1970 y que implicaba la prohibición para el sector privado de ofrecer ese servicio, carecía de justificación constitucional. Cosa distinta es el juicio acerca de la necesidad y conveniencia de habilitar algún sistema de fomento de la

ARIÑO ORTIZ, ed. Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, págs. 133-152, resulta un magnífico intento, y a él me remito. Por su parte, también MARTÍN-RETORTILLO realiza, desde otro punto de vista, un intento por aclarar las implicaciones y los diversos significados del término “privatización”, entre los que incluye la transferencia al sector privado de actividades o funciones públicas, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, núm. 144, 1997, págs. 13 a 23.

³²⁴ Esta interpretación sería congruente con la de aquellos que en su día calificaron el seguro de crédito a la exportación como un “servicio público monopolizado”. *Vid.* MANZANEDO MATEOS, J.A., *El comercio exterior...* cit. pág. 302; LINDE PANIAGUA, E. *Derecho público del Seguro*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 120 y VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II., 3ª ed., de Bosch, Barcelona, 1990, pág. 573.

³²⁵ El trabajo de VAQUERO LÓPEZ incluye un intento por delimitar cuál sea este marco en el contexto de los posibles conflictos internacionales que puedan suscitarse, distinguiendo según se trate de riesgos negociables y no negociables, *El seguro de crédito a la exportación...* cit., págs 364 y ss.

³²⁶ *Vid.* “Disposiciones adicionales, transitorias, finales y derogatoria”, cit. pág. 329.

³²⁷ Bien es cierto que la armonización comunitaria no había llegado con igual éxito a todos los aspectos del seguro. Concretamente BASTIN señala cómo subsisten problemas sin resolver en la armonización del seguro de crédito: *vid. L'Assurance-crédit dans le monde contemporain*, cit., pág. 254.

actividad exportadora³²⁸, dirigido a apoyar los mecanismos de financiación de este tipo de actividad empresarial³²⁹.

Por lo que se refiere a la cobertura de los riesgos comerciales, y a la luz de los principios inspiradores de la Constitución económica contenida en nuestra Carta Magna, el art. 38 y, en relación con él, el art. 128.2, parecía difícil sostener, en 1984, un modelo que prohibiese a las empresas de seguros españolas dedicadas al ramo de crédito ofrecer a sus clientes un servicio como es el seguro de crédito a la exportación³³⁰. La *publicatio* o reserva en exclusiva a favor del poder público de la actividad o servicio de aseguramiento de crédito a la exportación hubiera requerido –en virtud del segundo inciso del art. 128.2 CE- la concurrencia de su carácter esencial. La esencialidad de los servicios, en este sentido, está vinculada como ha dicho MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, a su carácter “vital o básico para la satisfacción o ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social y que, por ello, no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”³³¹. Parece difícil constatar la presencia de tales rasgos en el caso del seguro de crédito a la exportación o al menos de que la necesidad de garantizar este servicio se presente de tal modo que sea imprescindible acudir a fórmulas –como la que se deriva de la *publicatio*- que excluyan el mercado como mecanismo de asignación de bienes y servicios.

Aunque es razonable pensar que los seguros –al menos algunas de sus modalidades-, como los servicios bancarios³³², sean considerados como

³²⁸ BASTIN se muestra nuevamente crítico con ciertos sistemas de apoyo público a la actividad de aseguramiento del riesgo político e intenta desmontar algunos de los argumentos clásicos esgrimidos para justificar la existencia de prácticas monopolistas en el sector, basada en última instancia en la inasegurabilidad del riesgo, entre otras razones por su carácter imprevisible, *ibidem* págs. 186 y ss.

³²⁹ Sobre los mecanismos de apoyo oficial a la financiación de la actividad exportadora, puede verse ZABALLA GÓMEZ, J.J., VÍA OZALLA, A. y GARCÍA GRANDE, E., “El crédito a la exportación con apoyo oficial. Marco general actual e instrumentos”, *Información Comercial Española*, núm. 718, 1993, págs. 11-23.

³³⁰ Como bien señalan, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y ALONSO SOTO, R., se trata de una actividad que se realiza *en concurrencia* entre las entidades privadas y CESCE, entidad pública y hasta hacía poco tiempo, única oferente de la actividad, *vid. Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 628-629.

³³¹ En “La *publicatio* de recursos y servicios”, en AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 702.

³³² En el caso de los servicios bancarios, la Comisión Europea, como respuesta a la Declaración 37 incorporada al Tratado de Amsterdam de 1997, ya elaboró un informe con

servicios esenciales de carácter económico por cuanto hacen posible el ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados como la libertad de empresa, ello no sería suficiente para justificar su *publicatio*.

Cosa distinta es que, efectivamente, no exista en un momento determinado ninguna empresa aseguradora dispuesta a prestar ese servicio. En ese caso, la iniciativa pública económica existente en el sector se presentará con un marcado carácter subsidiario. Este es el escenario en el que durante largo tiempo se ha entendido la actividad de los Poderes públicos en este sector³³³. Y, en cierta manera, aún hoy es, como veremos, el escenario en que actúa la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios. No obstante, si algo caracteriza hoy en día la actividad de los servicios financieros, entre los que se encuentra el seguro, es su dinamismo y su adaptabilidad³³⁴.

Pero, volvamos al momento -1984- en el que el Derecho público español reconoce la posibilidad de que los operadores privados puedan cubrir libremente “los riesgos derivados del comercio exterior”. La realidad empresarial y la coyuntura económica internacional de aquel momento hicieron difícil la participación de la iniciativa privada en el sector, que se retrasó hasta comienzos de los 90³³⁵. Por otra parte, la nueva situación creada –la posibilidad

fecha de 17 de junio de 1998, bajo el título de *Report of the European Commission to the Council of Ministers: Services of general economic interest in banking sector*, en el que ciertos servicios bancarios eran calificados como servicios económicos de interés general en el sentido comunitario.

³³³ Así lo entendió claramente TIRADO SUÁREZ, F.J., “Disposiciones adicionales, transitorias, finales y derogatoria”, cit. pág. 329, al referirse a la “praxis comparada”.

³³⁴ No está de más traer aquí a colación las palabras de la propia Comisión Europea sobre el carácter dinámico de esta actividad. Así en el párrafo 2.6 de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros con arreglo al apartado 1 del art. 93 del Tratado CE por la que se aplican los arts. 92 y 93 del Tratado al seguro de crédito a la exportación, se reconoce que “la capacidad del mercado de los reaseguros privados está sujeta a variaciones. Esto quiere decir que la definición de los riesgos negociables no es inmutable y puede cambiar con el tiempo”. Se señala precisamente como ejemplo que “puede ampliarse con objeto de abarcar los riesgos políticos” (vid. DOCE C 281, de 17 de septiembre de 1997). Un ejemplo de este dinamismo lo tenemos en el ámbito de los seguros que cubren los daños ocasionados por el terrorismo. El ataque a la Torres Gemelas removió las bases en las que hasta el momento se asentaban este tipo de coberturas. A partir de ese día se han alzado voces que demandan la actuación subsidiaria de los Estados miembros en la cobertura de ciertos riesgos (v.g. seguro de aeronaves y terrorismo). Desde el ámbito comunitario se facilitó la aprobación de ayudas públicas a estos sectores (es el caso del Real Decreto-ley 14/2001, de 28 de septiembre por el que se establece un régimen provisional de reaseguro por cuenta del Estado de los riesgos de guerra y terrorismo que puedan afectar a la navegación aérea). Sin embargo, el sector asegurador sigue dando muestras de vitalidad. En este sentido interpreto la noticia firmada por Christofer OSTER, para la edición en español de *Wall Street Journal*, publicada en nuestro país por el diario *Cinco Días* el 8 de abril de 2002, sobre el uso de la teoría de juegos para calcular el riesgo de atentado terrorista, utilizado por ciertas consultorías para las empresas de seguros.

³³⁵ TIRADO SUÁREZ, cuatro años después criticaba la desidia del Gobierno que todavía no había dictado la correspondiente norma de desarrollo, vid. “Disposiciones adicionales, transitorias, finales y derogatoria”, cit. pág. 329. Es el día en que dicha modificación sigue pendiente.

de que las empresas privadas del ramo ofrecieran seguro de crédito a la exportación- se enfrentaba a varias incertidumbres de tipo jurídico. Esta circunstancia, unida a las mencionadas de la economía internacional³³⁶, sin duda, desalentó la concertación de este tipo de seguros por el sector privado en una primera fase.

De nuevo, en 1990, la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para 1991, en su disposición adicional octava insistió en la posibilidad de que cualquier empresa aseguradora del ramo de crédito ofreciese la cobertura de los riesgos derivados del comercio exterior, a través, en esta ocasión, de la modificación de ciertos preceptos de la Ley 10/1970.

Concretamente, la disposición adicional octava de la Ley 4/1990, ordenaba dar nueva redacción al art. 1 de la Ley 10/1970. Éste quedaba como sigue:

1. Los riesgos derivados del comercio exterior e internacional, en las diferentes modalidades de Seguro de Crédito a la Exportación, podrán ser cubiertos por cualquier entidad de seguros autorizada para operar en el ramo de crédito o en el de caución.
2. El Estado podrá asumir la cobertura de riesgos mencionados en el número precedente. A estos efectos, el Ministro de Economía y Hacienda determinará el tipo de riesgos que podrá cubrir el Estado.
3. La “Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima”, gestionará en nombre propio y por cuenta del Estado, con carácter exclusivo, la cobertura de los riesgos que sean asumidos por éste.
4. En los contratos del seguro de crédito a la exportación que gestione por cuenta del Estado la “Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima”, devendrá ésta, al abonar la indemnización pactada en el contrato de seguro, propietaria por cuenta del Estado y en el mismo porcentaje de cobertura convenido, del crédito correspondiente al vencimiento o vencimientos indemnizados y representante, a efectos de su gestión, del tomador del seguro en la cuota no amparada por el seguro.

Dicha Compañía podrá suscribir convenio sobre moratorias y remisiones parciales de deuda, por la totalidad del crédito afectado por dichos convenios o remisiones, aun cuando incluyan créditos no vencidos. Asimismo, podrá enajenar los créditos derivados de tal cobertura para facilitar operaciones de conversión de deuda en inversión directa u otras

³³⁶ Vid. BUSTAMANTE, A., SUÁREZ, M., e IBÁÑEZ, L.A., “El futuro del seguro de crédito....”, cit. pág. 26, que dan cuenta, en 1993, de las dificultades vividas por la economía internacional y por las ECAs (como se conoce internacionalmente a los organismos oficiales de crédito a la exportación), entre 1982 y 1993.

facilidades. En todos los casos será necesaria la ratificación del Ministro de Economía y Hacienda.

Los convenios que en uso de la autorización que precede suscriba la “Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima”, serán plenamente oponibles a sus asegurados, y vinculantes para estos últimos por la totalidad de los créditos incluidos en tales convenios, sin perjuicio de la titularidad dominical de los asegurados sobre el porcentaje no asegurado, ni del derecho de estos últimos a percibir las indemnizaciones que procedan en términos del contrato o contratos de seguro suscritos.”

Se añade además un segundo párrafo al art. 2 de la Ley 10/1970, por el cual:

“La sociedad [se esta refiriendo a CESCE, S.A.] podrá, en nombre y por cuenta propios, operar en cualquier ramo del seguro directo distinto del seguro de vida ajustándose a los requisitos exigidos en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado”.

De tal modo que puede decirse que hasta 1990 no se consolidó la liberalización comenzada en 1984.

- Algunos interrogantes jurídicos surgidos tras la liberalización

Es interesante detenerse ahora en algunas de las cuestiones jurídicas surgidas con ocasión de la mencionada liberalización porque ayudan a describir los contornos jurídicos en los que se desenvuelve, con carácter general, la actividad pública de aseguramiento del crédito a la exportación.

A) -Régimen jurídico aplicable a la actividad de aseguramiento del crédito a la exportación

Entre las incertidumbres jurídicas que surgen como consecuencia de la liberalización de la actividad a la que estamos haciendo mención, destaca la cuestión relativa al derecho privado sustantivo aplicable a los contratos de seguro de crédito a la exportación concertados entre las empresas exportadoras y las aseguradoras en los supuestos de cobertura de riesgos comerciales, o en su caso de los políticos y extraordinarios sin cobertura estatal.

Desde 1984 –en teoría, pues como se ha señalado, ni el Gobierno desarrolló las previsiones de la Disposición adicional segunda de la LOSEP, ni inicialmente las empresas del sector mostraron interés por entrar el negocio- pero, en especial, a partir de 1990, el servicio de seguro de crédito a la exportación pasó

a ser una actividad privada³³⁷. Tal y como quedó redactado el art. 1.1 de la Ley 10/1970, tras la modificación operada por la disp. ad. 8ª de la Ley 4/1990, 29 de junio, ni siquiera cabría distinguir entre la cobertura de riesgos comerciales y la cobertura de riesgos políticos o extraordinarios, puesto que, según la interpretación literal de la Ley, cualquier aseguradora autorizada para actuar en el ramo de crédito podía, en adelante, ofrecer ambas coberturas³³⁸. No obstante a nadie se le ocultan las dificultades comerciales con las que se ha encontrado el sector privado a la hora de ofertar esta segunda modalidad de cobertura –la de riesgos políticos y extraordinarios y los comerciales a medio y largo plazo– en la medida en que existe un sistema público, a cargo del Estado, para cubrir esta necesidad³³⁹. En todo caso y dadas las dificultades para el cálculo actuarial de los riesgos asociados, quien ofrezca este servicio parece razonable pensar que lo hará, previsiblemente, a precios elevados para el asegurado³⁴⁰ o con limitaciones importantes en el alcance de las coberturas³⁴¹. Esta es la razón que explicaría que, a partir de la década de los 90, la

³³⁷ En palabras de ARIÑO ORTIZ se trataría de un tipo de actividad “sometida a regulación económica”, que determina la imposición de ciertas obligaciones, que afecta internamente a la actividad, pero que no determina ni precios ni cantidades, *vid. Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 232.

³³⁸ Con todo, la constatación de que esto es así se ha hecho esperar. En la actualidad (2008) existen compañías aseguradoras que ofertan cobertura de riesgo político, también llamado “riesgo-país” en el mercado español: así por ejemplo, MAPFRE, COFACE, Hermes-Euler o el grupo Atradius-Crédito y Caución, son algunas de ellas. Está, además, la opción de dirigirse al mercado internacional donde las opciones se completan con la oferta de grandes compañías internacionales, como Lloyd’s, AIG, Zurich o UNISTRAT, entre otras posibilidades. Precios y alcance de la cobertura varían en una oferta heterogénea de producto.

³³⁹ Sobre las modalidades del seguro de crédito a la exportación y la clasificación de éstas en función del origen de los riesgos –de carácter comercial o de carácter político o extraordinario– que se cubre, *vid. VARGAS VASSEROT, C., “El seguro de crédito a la exportación...”, cit. págs. 425-426*. Se recoge aquí una cuidada recopilación de la normativa vigente, tanto de derecho interno como comunitario.

³⁴⁰ Sobre el cálculo de las primas y su relación con el modelo actuarial, resulta ilustrativo el trabajo de PRIETO PÉREZ, E. “El modelo actuarial en el que se apoya la Ley sobre ordenación del seguro privado y su reglamento”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, pág. 874, y su mención a los principios de equidad y suficiencia. En la misma obra puede verse también el trabajo de VEGAS ASENSIO, J., “Criterios de elaboración de tarifas en los seguros de no vida según lo dispuesto en la Ley 33/1984 de ordenación del seguro privado”, *op.cit.* págs. 885-904, cuyo valor, a pesar de los cambios normativos, es interesante como ejemplo de métodos actuariales que buscan hacer efectivos, en el marco de la libertad de fijación de precios y tarifas, los mencionados principios de equidad y suficiencia.

³⁴¹ Téngase en cuenta que en el caso de la póliza que CESCE oferta por cuenta del Estado la cobertura alcanza a un 99% del siniestro. El art. 2 del Real Decreto 1327/1998, de 31 de julio, por el que se determinan ciertos aspectos del seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado en operaciones a medio y largo plazo, establece que la cobertura nunca alcanzará el riesgo total de la operación. Se trata de un supuesto del principio de coparticipación que caracteriza al seguro de crédito en general. En el caso de las pólizas que el mercado privado oferta para el riesgo político ese porcentaje no suele superar el 90%.

liberalización “de facto” se extienda principalmente a la cobertura de los riesgos comerciales, en particular a corto plazo, y hasta fechas recientes haya sido casi inexistente para los riesgos políticos y extraordinarios. Como se ha señalado anteriormente el dinamismo del sector –y particularmente del sector del reaseguro³⁴²- comienza ya a ofrecer nuevas soluciones³⁴³.

La afirmación de que la actividad es ahora actividad privada afecta también al caso en el que el asegurador sea una empresa pública cuando actúa por cuenta propia.

¿Cuál es, en este contexto, el Derecho aplicable a la actividad? ¿Qué papel tienen tras la liberalización la Ley 10/1970 y el Decreto 3138/1971?

Como antecedente a esta cuestión, en primer lugar conviene recordar que, en la medida en que la actividad de aseguramiento de crédito a la exportación ha quedado liberalizada pasando a formar parte de las actividades privadas, regida por tanto por la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la CE y, teniendo en cuenta que existe una empresa pública que participa en esta actividad en concurrencia con el resto de aseguradoras³⁴⁴ –lo hace además con carácter de empresa dominante en el sector- es aplicable en toda su extensión el principio de paridad de trato³⁴⁵. Formulado este principio como principio jurídico cuyos destinatarios son los poderes públicos y que implica la

³⁴² La actividad de reaseguros ha sido objeto de nueva regulación, primeramente por la Directiva 2005/68/ CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de noviembre, por la que se establece un marco de supervisión prudencial para las actividades de reaseguro en la Unión Europea, texto que ha quedado transpuesto a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley 13/2006, de 2 de julio. Con esta nueva regulación, el derecho comunitario ha armonizado la regulación de la actividad de reaseguros, estableciendo condiciones comunes para el acceso y para la supervisión prudencial de estas actividades, así como la autorización única o licencia comunitaria y el principio de supervisión por el Estado miembro de origen, siguiendo por tanto el modelo ya existente para el resto de las actividades de seguros. Sobre la actividad reaseguradora, *vid.* TIRADO SUAREZ, F.J.; “La sociedad anónima europea y la sociedad reaseguradora”, *RES*, núm. 125, 2006, págs. 135-138.

³⁴³ Así se desprende, también, de lo expuesto por el Consejo en la Directiva 98/28/CE, analizada en el capítulo II y sobre la que se volverá a tratar más adelante, al mencionar al sector del reaseguro. En nota anterior, he apuntado cómo se están ensayando nuevos procedimientos para el cálculo de riesgo de atentado terrorista, con la finalidad de ofrecer seguros que puedan cubrir este tipo de siniestro (*vid. supra*). Ambas menciones manifiestan el dinamismo de este sector económico.

³⁴⁴ Hasta hace unos años, CESCE, S.A., no era el único supuesto de empresa pública en el sector de los seguros. También la aseguradora MUSINI, S.A., perteneciente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, ofrecía servicios de seguros. Su privatización se ha producido en 2003 mediante su adquisición por el grupo Mapfre. Por otra parte, el Estado a través del Consorcio de Compensación de Seguro participaba en un 45% del capital de la aseguradora Crédito y Caución, S.A.

³⁴⁵ Sobre las consecuencias que puede tener el principio de paridad de trato entre empresas públicas y privadas en un sector tan próximo al asegurador como es el bancario, puede verse mi monografía *Banca pública y mercado...cit.*, especialmente, págs. 279 y ss. relativas a la caracterización jurídica del principio de paridad de trato.

ausencia de trato de favor para las empresas públicas respecto de sus competidoras privadas, su aplicación al sector ahora analizado, debe llevarnos a afirmar la necesidad de someter a todas las empresas del sector –públicas o privadas- a un mismo régimen jurídico y, llegado el caso, somete a los poderes públicos que ejercen su influencia dominante sobre las empresas a cumplir con un conjunto de obligaciones jurídico-públicas, cuyo fundamento es precisamente garantizar dicha paridad de trato (entre otras, obligaciones de transparencia, de contabilidad separada, de separación del regulador...) ³⁴⁶. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

Por otro lado, conviene tener presente que el derecho sustantivo vigente, recogido básicamente en la Ley 10/1970, había surgido para ser aplicado directamente a la Administración, ya sea al Gobierno (disposición final segunda, v.g.) ya al Ministerio de Hacienda (art. 3º, art. 7º o disposición final 3ª, entre otras menciones expresas). Se preveía entonces la creación de un ente instrumental (CESCE, S.A.) que si bien no es considerado como Administración en sentido estricto debido a su forma mercantil ³⁴⁷, lo cierto es que en última instancia, era mediatamente público ³⁴⁸. En ese sentido deben interpretarse algunas de las previsiones legales antes señaladas por las que se obligaba al Estado a mantener una mayoría del capital (art. 2, primer párrafo) o a hacerse cargo de las obligaciones asumidas por la Sociedad (por CESCE, S.A.) en caso de que sus recursos económicos resultaren insuficientes (art. 4, segundo

³⁴⁶ Esta afirmación es consecuencia del que DE JUAN ASENJO ha llamado “principio de conformidad con el mercado”, *vid. La Constitución económica española*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 191. Por su parte, ALONSO UREBA prefiere hablar del “estatuto unitario” de empresas públicas y privadas, en *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 174. En una interpretación sistemática de los principios de la Constitución económica, hay quien como LAGUNA DE PAZ llega incluso a plantear la necesidad de repensar la presencia de las empresas públicas de mercado, cuando existan otros mecanismos alternativos que permitan al Poder público intervenir en el sector de que se trate, *vid. Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 187.

³⁴⁷ Sobre el concepto de Administración y el uso instrumental de formas jurídico-privadas, *vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001. págs. 60-61. MARTÍN REBOLLO, en la introducción que hace a la LOFAGE en sus *Leyes Administrativas*, editadas por Aranzadi (12ª ed. 2006), señala también la negación de la calificación de Administración para las sociedades mercantiles (págs. 843). MEILÁN GIL, por su parte, relativiza la importancia de esta *vexata quaestio* acerca de si las empresas públicas son administraciones públicas o propiedad de la Administración pública, desde la perspectiva, cada vez más presente, del Derecho Comunitario, *vid. “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 986. En el mismo sentido se manifiesta LAGUNA DE PAZ, J.C., “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, en la misma obra, pág. 1194.

³⁴⁸ En la medida en que CESCE, S.A. aparezca prestando un servicio “por cuenta del Estado”, comienza en este punto a tener sentido la reflexión, cargada de escepticismo, que hace SANTAMARÍA PASTOR al tratar de la situación actual de las sociedades públicas, en sus *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3ªed., ed. CEURA, Madrid, 2000, págs. 650-651.

párrafo de la Ley 10/1970)³⁴⁹, por ejemplo. En definitiva, la práctica totalidad de las previsiones normativas contenidas en la Ley 10/1970 son Derecho administrativo, en el sentido más clásico, como derecho cuyo destinatario es la Administración pública, en este caso bajo la apariencia de ente instrumental con forma jurídico-privada³⁵⁰.

Con posterioridad, el Decreto 3138/1971, que dictó el Gobierno en uso de la habilitación que le otorgaba la disposición final segunda y por el que se establecía el desarrollo reglamentario de la Ley, contenía previsiones que más pudieran calificarse como de “derecho privado”, en el sentido de que definían cuestiones típicas de esta calificación. Tal es el caso, por ejemplo del art. 1.1 del Decreto 3138/1971 que define el objeto y finalidad del contrato de seguro – la cobertura de los riesgos a que se haya sometido en comercio exterior-, el art. 1.2 relativo al alcance de la cobertura, el art. 1.3 que establece un límite a la cobertura que no podrá alcanzar nunca la totalidad del riesgo³⁵¹, los arts. 2, 3 y 4, relativos al tipo de operaciones asegurables y el tipo de riesgos objeto del seguro de crédito; el art. 6, las modalidades del seguro; el art. 19, sobre la determinación de las partes del contrato; el art. 21, sobre el cálculo de las primas; el art. 22, por el que se establecen las reglas relativas a la liquidación en caso de siniestro, y así un largo etcétera de previsiones que aparecen unidas a otras de marcado carácter administrativo.

El Decreto –insisto, vigente aún- llega incluso a hacer mención a los “usos y costumbres de la Institución aseguradora” (art. 34.2) a la hora de establecer las reglas que determinan el alcance de la responsabilidad directa de la Compañía CESCE frente a los aseguradores³⁵².

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, se observa que el derecho aplicable a la actividad de aseguramiento de crédito a la exportación se configura como un compuesto normativo Ley-Reglamento que ofrece un

³⁴⁹ Tras la Ley 13/1994, de 1 de junio de Autonomía del Banco de España, y concretamente en virtud de lo dispuesto en su art. 13.2, por el que “queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de crédito por el Banco de España al Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales o cualquiera de los organismos o entidades a que se refiere el art. 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según la redacción dada por el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992...” entiendo que debe considerarse derogada la previsión del art. 4, párrafo segundo de la Ley 10/1970.

³⁵⁰ Es decir en el sentido que GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., utilizan en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 29.

³⁵¹ Este punto ha quedado expresamente derogado por el Real Decreto 1327/1998, de 31 de julio, por el que se regulan determinados aspectos del seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado en operaciones de medio y largo plazo.

³⁵² VAQUERO LÓPEZ señala el carácter privado de la relación jurídica que se entabla entre el tomador del seguro y la compañía estatal, *vid. El seguro de crédito a la exportación...* cit. pág. 47.

entreverado de normas de Derecho privado y de Derecho público³⁵³ que es fruto de dos situaciones: a) una de carácter objetivo: el tipo de actividad consistente en el aseguramiento de unos determinados daños –los producidos por la falta de pago- y b) otra de carácter subjetivo: la presencia de una empresa aseguradora pública que desarrolla esa actividad con carácter exclusivo y que, además, en algunos casos va a gestionar esta actividad “por cuenta del Estado”.

Sin embargo, tras la Ley 33/1984 y, en particular, desde 1990 y teniendo presente la liberalización de la actividad que se produce, la aplicación del grupo normativo compuesto por la Ley 10/1970 y el Decreto 3138/1971 a los futuros contratos de seguro de crédito a la exportación resulta más que problemática. Entre otras razones, su aplicación es dudosa desde la perspectiva del principio de reserva de Ley, ya que el régimen jurídico-privado de esta modalidad de seguros estaba –y está- recogida, en gran medida, en el Reglamento. En todo caso, siguiendo en este punto la lúcida exposición de TIRADO SUÁREZ³⁵⁴, no me cabe duda la aplicación supletoria de la Ley del Contrato de Seguro de 1980 en esta materia. La Ley 10/1970 y el Decreto 3138/1971 más que *lex specialis* bien pudieran ser calificados como “ley excepcional” a los efectos de la integración del derecho aplicable³⁵⁵. En 1980, fecha en que ve la luz la LCS, la

³⁵³ SCHMIDT-ASSMANN aporta una explicación al fenómeno, cada vez más frecuente, en particular en el Derecho administrativo económico, de este “desbordamiento” de las fronteras tradicionales entre el derecho público y el derecho privado. Para el profesor alemán la razón de ser de esta situación estaría en la capacidad de dirección y de conformación del derecho, *vid.* “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones internacionales”, *RAP*, núm. 171, 2006, págs. 20-21. Con todo, la distinción de qué es Derecho público y qué Derecho privado en este entramado normativo se hace imprescindible. Este modo de presentarse la regulación –entreverada- no es una excepción. Bien al contrario, viene siendo habitual en la regulación de sectores como el bancario o el bursátil. Así lo pone de manifiesto MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pág. 326. Esta situación llevó en su día a VILLAR PALASÍ a hablar de “inversión de las categorías” al tratar el tema del uso que el Derecho administrativo ha venido haciendo del Derecho mercantil, por una parte, y por otra, de “la progresiva administrativización del Derecho mercantil” manifestada en un adelgazamiento del espacio asignado tradicionalmente a la autonomía de la voluntad: *vid.* “Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas”, en *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, pág. 176. También desde el Derecho mercantil se acoge esta visión de la evolución de ambas disciplinas: *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., “Algunas consideraciones sobre la autonomía de la CNMV”, en *RDBB*, núm. 84, 2001, pág. 13. Aun así y a pesar de la aparente difuminación de las fronteras entre las normas de Derecho público y de Derecho privado, no ha de confundirse la garantía de una más intensa regulación legal de las relaciones *inter-privatos*, que agranda la ordenación imperativa por los poderes públicos de estas relaciones, con la presencia de los poderes públicos y las normas que ordenan el ejercicio de sus potestades en relación con los particulares. Sobre el particular, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 16-19.

³⁵⁴ *Vid.*, “Seguro de crédito”, *op. cit.* 1071-1073.

³⁵⁵ VAQUERO LÓPEZ por su parte sostiene que es el elemento extranjero presente en el contrato de seguro de crédito a la exportación el dato que justifica la existencia de una norma

configuración del mercado de seguros de crédito a la exportación era congruente con el expreso reconocimiento, en su disposición final derogatoria, de la vigencia de la Ley 10/1970. Pero el escenario cambia de modo radical a partir de 1984, y aunque el cambio tarda en ser apreciado en la práctica diaria de la empresa pública³⁵⁶, ello no es óbice para afirmar, como hace TIRADO, que “a falta de norma específica que regule la materia del seguro de crédito a la exportación, entra en juego la disciplina ínsita en la Ley de Contrato de Seguro, (...), respetando los principios típicos del estímulo de la actividad exportadora, dejando obviamente la libertad de las partes para la configuración de las condiciones contractuales habida cuenta de que se trata de un gran riesgo”³⁵⁷.

En definitiva, la mención al seguro de crédito, incluido el de crédito a la exportación, dentro de la categoría de los “grandes riesgos” en virtud del art. 107.2.b) incorporado a la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro en 1990³⁵⁸ permite a las partes del contrato libertad para elegir la Ley aplicable, en el caso de que “el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal o el riesgo se refiera a dicha actividad”. La interpretación de este precepto permite afirmar el carácter no imperativo –al margen de que las partes puedan someterse voluntariamente- de las previsiones contenidas en la Ley 10/1970 y su reglamento en relación con el contrato de seguro de crédito a la exportación.

No obstante, de nuevo hay que distinguir entre los contratos de seguro de crédito a la exportación privados pactados entre empresas aseguradoras privadas y empresas exportadoras –a los que se aplica la libertad de pacto del art. 107 de la LCS- y los contratos, también privados, pactados por la empresa pública aseguradora con sus clientes. Por su parte la empresa pública puede ofrecer dos tipos de pólizas: las que contrata en régimen de mercado y las que cuentan con cobertura pública. El régimen jurídico aplicable a la primera de las pólizas o modalidad de seguro –que no cuenta con apoyo público- será el

específica, *vid. El seguro de crédito a la exportación...* cit. pág. 56. Por mi parte entiendo que son sobre todo las cuestiones institucionales, esto es, la organización existente hasta el momento para prestar el servicio en que consiste el seguro de crédito a la exportación y en particular la cobertura estatal de ciertos riesgos, las que justifican el tratamiento legal “excepcional” que hasta ahora tiene. Creo además que es un tratamiento legal que tiene mucho de “rémora” de una situación histórica ya superada. En este sentido sí comparto con VAQUERO LÓPEZ la necesidad de su próxima adaptación a las disposiciones del Derecho comunitario (pág. 61).

³⁵⁶ Véase en este sentido la referencia que hace TIRADO SUÁREZ, F.J., “Seguro de crédito”, cit. pág. 1073, en la nota núm. 55.

³⁵⁷ *Op. cit.* pág. 1073. En el mismo sentido se manifiestan VARGAS VASSEROT, C., “El seguro de crédito a la exportación...”, cit. págs. 433-434 y VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación...* cit. pág. 439

³⁵⁸ Los arts. 107 y ss. que forman parte del Tit. IV de la Ley de Contrato de Seguro fueron añadidos a la Ley por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

mismo –esto es, la misma libertad de pacto- al que se acogen sus competidoras, las aseguradoras privadas.

Sin embargo, en el caso de las pólizas suscritas con cobertura pública es de aplicación el régimen contenido en la Directiva del Consejo 71/86/CEE, de 1 de febrero de 1971³⁵⁹ y en la Directiva de Consejo 98/29/CE, de 7 de mayo de 1998³⁶⁰, a las que me he referido en el capítulo anterior al tratar de la Política Comercial Común. El contenido de estas dos Directivas de armonización está recogido en el Derecho interno, en lo fundamental, en la Ley 10/1970 y su reglamento de 1971, así como en el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, por el que se regulan determinados aspectos del seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado en operaciones de medio y largo plazo, por el que se traspone la Directiva 98/29/CE citada. Como ya se dijo, los efectos de este Derecho Comunitario derivado en materia de Política Comercial Común son principalmente de carácter jurídico-privado y afectan al contenido y extensión de las cláusulas de los contratos de seguro de crédito a la exportación en el caso de que gocen de cobertura pública. Se puede afirmar que el compuesto de la Ley 10/1971 y sus reglamentos (de 1971 y 1999) se configuran como derecho imperativo para el caso de las pólizas con cobertura pública.

Esta diferencia de trato en cuanto al régimen jurídico aplicable a unas y otras operaciones encaja sin problemas en la previsión contenida en el art. 2.2d) de la Directiva 73/239/CEE, según la redacción de la misma prevista por la Directiva 87/343/CEE, que deja a las operaciones de seguro de crédito a la exportación con apoyo público al margen del proceso de armonización comunitaria en materia de seguros.

B) *-Régimen jurídico aplicable a la autorización para empresas de seguros de crédito a la exportación*

Otra de las perspectivas propias del Derecho administrativo económico al analizar el régimen jurídico de los diversos sectores es, sin duda, la relativa al régimen de establecimiento –normalmente incluye el análisis de las condiciones para la obtención de la correspondiente autorización- y al de control, supervisión y, en su caso, sanción de la actividad.

³⁵⁹ Relativa a la armonización de las disposiciones esenciales en materia de seguro de crédito de operaciones a corto plazo (riesgo político) para compradores públicos y compradores privados.

³⁶⁰ Relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo.

También desde esta perspectiva es oportuno plantear algunas consideraciones en el tema que nos ocupa.

El reconocimiento hecho por la Ley 33/1984, posteriormente completado por la Ley 4/1990, de que los riesgos comerciales³⁶¹ derivados del comercio exterior podían ser cubiertos libremente por cualquier entidad de seguros autorizada para operar en el ramo de crédito, sitúa a la Administración en una posición nueva respecto de su relación con el seguro de crédito a la exportación. Si hasta ese momento su actuación había sido la de protagonista de la actividad, ofreciendo un servicio “al público” allí dónde no llegaba la iniciativa privada, ahora, después de dar un paso atrás, refuerza su papel de árbitro de la actividad. Sigue siendo protagonista indiscutible en una parte de la actividad del seguro de crédito a la exportación –en la medida en que a su costa se cubren ciertos riesgos políticos y extraordinarios, así como ciertos riesgos comerciales a medio y largo plazo-, pero en el resto, la Administración económica, a través de sus órganos correspondientes centra su papel en la ordenación y supervisión del mercado de seguros y en la protección del asegurado³⁶². Todo ello sin olvidar la parte que le corresponde de defensa de la competencia y de garantía de las libertades básicas del sistema (libertad de establecimiento y libertad de servicios, fundamentalmente). En esta última función –defensa de la competencia- tiene un papel destacado la Comisión Nacional de la Competencia³⁶³, en tanto que en la primera –ordenación y supervisión de la actividad aseguradora- es la Administración económica, principalmente el Ministerio de Economía y Hacienda, quien ejerce las competencias a través de la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones.

³⁶¹ La Ley 4/1990, en la nueva redacción introducida al art. 1º de la Ley 10/1970 prescinde del adjetivo “comerciales”, lo cual supone a mi juicio, la liberalización –al menos en teoría- de todo tipo de riesgos, como he afirmado *supra*.

³⁶² Sobre el particular puede verse MARTÍN-RETORTILLO, S., “La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación jurídico-administrativa”, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 59-84. También en LINDE PANIAGUA, E., “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora (arts. 6 a 12)”, en la misma obra, págs. 205-240, en relación a la Ley 33/1984. Del mismo autor, “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora, régimen cautelar y sancionador”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 47-110, en donde comenta los artículos de la LOSSP de 1995 que ordenan el acceso y supervisión de la actividad aseguradora. Actualmente esta norma está contenida en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba su texto refundido. Por su parte DE ANGULO RODRIGUEZ, comenta las “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 111-144.

³⁶³ Así es como se denomina desde la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia al ente heredero de las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, en la antigua Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (*vid.* art. 12 y disp. transitoria 2ª de la Ley 15/2007).

Pues bien, la liberalización efectiva de la actividad de aseguramiento de crédito a la exportación se produce al tiempo que se reconoce, a favor de CESCE, la autorización para operar en cualquier ramo del seguro directo distinto al seguro de vida. Concretamente, la disposición adicional 8ª, uno. 2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, añadió un último párrafo al art. 2 de la Ley 10/1970. En él se especificaba que la “Sociedad podrá, en nombre y por cuenta propios, operar en cualquier ramo del seguro directo distinto al de vida ajustándose a los requisitos exigidos en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del Seguro Privado”. Esta previsión legal plantea una nueva cuestión: ¿opera directamente sustituyendo a la autorización correspondiente³⁶⁴? o bien ¿es necesario que CESCE inicie ante a la Administración correspondiente un procedimiento para obtener el acto administrativo de contenido autorizatorio? No parece lógico pensar que tenga que ser así, pues “quien puede lo más puede lo menos” y sí que, en este caso, CESCE quedó efectivamente autorizada *ope legis* para llevar a cabo las actividades propias del ramo de crédito, así como de cualquier otro ramo del seguro distinto del de vida³⁶⁵. No obstante, los procedimientos administrativos habilitados para la obtención de la correspondiente autorización, a la que LINDE PANIAGUA llama reiteradamente, conformadora³⁶⁶, son excluidos en un proceso de este tipo. Por otra parte ese carácter conformador, u operativo en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ³⁶⁷, pone en conexión a la autorización para la instalación de empresas aseguradoras con todo un régimen jurídico-público de control y supervisión de la actividad, vinculado al cumplimiento en todo momento de las condiciones en que fue otorgada la correspondiente autorización³⁶⁸. En este

³⁶⁴ En 1990, la norma vigente en materia de autorización para la instalación o acceso a la actividad aseguradora eran los arts. 6 a 12 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto de Ordenación del seguro privado y su desarrollo reglamentario contenido en los arts. 8 a 23 del Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto.

³⁶⁵ Análoga situación se planteó en el sector bancario con ocasión de la creación de Argentaria y la transformación de Caja Postal en un banco. Ambas quedaron autorizadas en virtud de Ley –concretamente la Ley 25/1991, de 21 de noviembre- para actuar como bancos. Sobre esta cuestión *vid. mi monografía Banca pública y mercado...* cit. págs. 345-347.

³⁶⁶ *Vid. Derecho Público del Seguro*, ed. Montecorvo, 1977, pág. 25 y del mismo autor “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora (arts. 6 a 12)”, cit. pág. 210.

³⁶⁷ *Vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 138-139.

³⁶⁸ MICHAVILA NÚÑEZ habla de “autorización por inserción”, en el ámbito de las entidades de crédito, una explicación que por analogía bien pudiera aplicarse al sector del seguro, *vid. “Autorizaciones”*, en MARTÍN-RETORTILLO, S., *Estudios de Derecho público bancario*, ed. Ceura, Madrid, 1987, pág. 241. MARTÍN-RETORTILLO, se refiere a las “autorizaciones con funcionalidad operativa”, en “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957, págs. 145. y ss. Este mismo autor, con posterioridad y con relación a la autorización para la creación de bancos, señala que se trata de un acto de “clara naturaleza organizativa que incorpora al sujeto autorizado a un complejo orgánico determinado”, *vid. “Sistema bancario y crediticio”*, en MARTÍN-RETORTILLO, S., (Dir.) *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, cit., pág. 152. Contra esta explicación, se manifiesta ALFARO AGUILA-REAL, J.

régimen encuentra su fundamento precisamente la particular regulación de la revocación de la autorización³⁶⁹, entre otras cosas.

Hay que suponer que CESCE en 1990 cuando la Ley 4/1990 le autoriza a operar en cualquier ramo del seguro distinto del seguro de vida, cumplía todos los requisitos vigentes entonces³⁷⁰ y que, en lo subsiguiente, ha pasado a ser objeto del control prudencial de quien corresponde, es decir de la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensiones, y en última instancia, del Gobierno, en su papel de Administración supervisora.

En este punto permítaseme un último inciso. Aunque quizá no sea este el lugar adecuado para profundizar sobre la naturaleza de la intervención administrativa en el ejercicio de la libertad de empresa en el mercado del seguro, y más concretamente en la naturaleza de la autorización para la instalación de empresas de seguros, no se pueden dejar de apuntar los riesgos que llevan consigo ciertas concepciones de la autorización en el contexto del ejercicio de la libertad de empresa³⁷¹. Explicaciones como la de los ordenamientos sectoriales³⁷² e incluso la extensión a estos sectores de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción³⁷³, o bien, la calificación de estas actividades como de servicios públicos virtuales o impropios, no son de recibo. Como ha

en la recensión que publica del libro de Anabelén CASARES MARCOS sobre *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, publicada en la Revista virtual *Indret*, enero-marzo, 2004, que edita la Universidad Pompeu-Fabra (www.indret.com), ap. 11. Se contiene aquí una escueta pero interesante reflexión sobre el alcance y la legitimidad de la intervención administrativa en el sector bancario, que bien puede extenderse al sector asegurador.

³⁶⁹ Sobre la revocación de la autorización administrativa de entidades aseguradoras, *vid.* la magnífica exposición de SÁNCHEZ CALERO, F., “Revocación de la autorización administrativa, disolución y liquidación de entidades aseguradoras como medidas de intervención”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 145-167, especialmente págs. 147 a 156.

³⁷⁰ La Ley 33/1984 y el Real Decreto 1348/1985, antes mencionados, determinaban un régimen de autorización reglada, siguiendo la tradición ya vigente en nuestro ordenamiento desde la Ley de 14 de mayo de 1908, de registro e inspección de empresas de seguros; *vid.* en este sentido, LINDE PANIAGUA, E., “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora (arts. 6 a 12)”, *cit.* pág. 209. De este modo, el sector asegurador se adelantaba al régimen correspondiente en el sector bancario, en el que hasta 1988, y como consecuencia del Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre, sobre creación de bancos privados, no eliminó la discrecionalidad de su proceso autorizador. Sobre este particular resulta imprescindible el trabajo de MICHAVILA NÚÑEZ, J.M., “Autorizaciones”, *cit.* págs. 201-251.

³⁷¹ Sobre la autorización administrativa como categoría jurídica, *vid.* por todos, LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, ed. Thomson/Civitas, Cizur menor (Navarra), 2006.

³⁷² Sobre la explicación de los ordenamientos sectoriales, particularmente utilizada por parte de la doctrina para referirse a la ordenación del sector bancario, MAGIDE HERRERO hace un lúcida crítica a la luz de los principios constitucionales, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, ed. INAP, Madrid, 2000, págs. 377-387. También, LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, *cit.*, págs. 266-269.

³⁷³ En el mismo sentido, MAGIDE HERRERO, *ibidem*, pág. 327.

afirmado ALFARO ÁGUILA-REAL “la autorización para abrir un banco³⁷⁴ en España es reglada para cualquier ciudadano europeo desde la liberalización provocada por las directivas europeas en esta materia y, sobre todo, la justificación de la intervención administrativa sobre la base de los intereses generales permite explicar suficientemente tanto las medidas concretas como, sobre todo, los límites a tal intervención sobre la base de los derechos fundamentales de los particulares a la libertad de empresa, derecho de propiedad y autonomía privada en general”³⁷⁵. Creo que es en esta clave en la que deben ser interpretadas las potestades administrativas que ordenan este sector y la perspectiva correcta desde la que valorar el régimen jurídico-público al que queda sometida la autorizada CESCE, S.A.³⁷⁶. En virtud del cambio normativo de 1990, CESCE dejó de desarrollar principalmente un servicio o actividad de interés público y pasó a ser un competidor más. Eso sí, con una posición dominante en el mercado en el que opera, dato que puede tener consecuencias en su régimen jurídico. En definitiva, pasó a ser una empresa pública de mercado³⁷⁷ llamada a competir en paridad de trato con el resto del sector que tiene encomendada, por Ley, la tarea de gestionar ciertos servicios por cuenta del Estado, gestión por la que cobra un precio.

2. EL VIGENTE SISTEMA ESPAÑOL DE COBERTURA POR CUENTA DEL ESTADO DE CIERTOS RIESGOS EN EL SEGURO DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN: DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS

Tras apuntar algunas cuestiones jurídicas que han surgido en el sistema español de seguro de crédito a la exportación después de su liberalización operada por la Ley de 1984 de Seguro Privado y confirmada por la Ley 4/1990, de 29 de junio, este apartado pretende describir cómo opera en la actualidad el sistema de cobertura del riesgo político y extraordinario por cuenta del Estado y cómo se ha visto afectado por el Derecho Comunitario.

Hoy, la determinación del riesgo político y extraordinario por cuenta del Estado se contiene en la Orden del Ministerio de Economía de 22 de enero de 2003,

³⁷⁴ Entiendo que esta afirmación es válida también para el caso de la autorización para empresas de seguros.

³⁷⁵ En la recensión al libro de Anabelén CASARES MARCOS, publicada en *Indret*, ya citada.

³⁷⁶ LAGUNA DE PAZ contempla la posibilidad de que los solicitantes de una autorización sean personas jurídico-públicas y recoge algunos supuestos en los que las leyes especiales liberan expresamente de la carga de solicitar una autorización a determinados supuestos de personas públicas. En el caso que aquí se plantea, dicha “liberación” tiene lugar no de modo explícito, sino implícitamente y para un supuesto concreto, *vid. La autorización administrativa*, cit., págs. 166-167.

³⁷⁷ En el sentido que proponía ARIÑO ORTIZ en su trabajo, “La empresa pública”, en *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II., ed. IEE, Madrid, 1981, págs. 14 y ss.

en la que más adelante me detendré. Sí quisiera recordar que, tal y como dispuso la Ley de 1970, el Estado sigue prestando ese servicio a través de CESCE, quien lleva a cabo dicha actividad con carácter de exclusividad, al igual que lo hiciera en el modelo diseñado en 1970. El régimen jurídico en que se presta este servicio está recogido, en parte, en la Ley de 1970, y especialmente –como ya he señalado– en el Decreto de 1971 que desarrolla la Ley así como en Real Decreto 1237/1999, que modifica y completa el Decreto de 1971. Junto con el Estado y CESCE, S.A. el sistema institucional lo completa el Consorcio de Compensación de Seguros, con funciones de intermediario entre uno y otra y de administrador de los fondos.

2.1 Determinación de los riesgos con cobertura estatal

- *Aclaración terminológica*

Al comenzar este apartado conviene aclarar ciertas diferencias y, en su caso, coincidencias entre los términos utilizados por nuestra legislación interna y los utilizados por el Derecho Comunitario mencionados en el capítulo anterior, con objeto de evitar la posible confusión que esta doble referencia pudiera originar.

En primer lugar, la Ley 10/1970 al regular la cobertura por cuenta del Estado de ciertos riesgos, sigue utilizando el concepto de riesgos “políticos y extraordinarios”. Así se refiere a ellos en su art. 7 y en la Disposición Final 3ª. El mismo término utiliza el Decreto de 1971, que desarrolla la Ley, en su art. 4.

En 1999, el Gobierno dictó el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, por el que ha venido a actualizar la regulación de la modalidad de seguro de crédito a la exportación. Esta norma transpone a nuestro ordenamiento aquellos aspectos establecidos en la Directiva 98/29/CE, relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre el seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado a medio y largo plazo, que todavía no estaban contenidos en nuestra legislación, Directiva a la que ya nos hemos referido anteriormente. Pues bien, en 1999 el Gobierno español optó por importar los términos utilizados por la Directiva y prefirió hablar de “operaciones a medio y largo plazo”. Se introduce con ello un elemento de confusión, ya que hasta este momento la cobertura por cuenta del Estado se ha venido identificado con “los riesgos políticos y extraordinarios”. Bien es verdad que ya la OM de 12 de febrero de 1998, y antes que ella la de 19 de abril de 1991, por la que se concretaba la cobertura por cuenta del Estado de riesgos derivados del comercio exterior e internacional, había prescindido de esta expresión, optando por otra menos precisa pero más integradora como es la de riesgos “derivados del comercio exterior e internacional” y que gozan de cobertura por cuenta del Estado³⁷⁸. Por lo demás este cambio terminológico, que eliminaba la expresión clásica de riesgos “políticos o extraordinarios”, resultaba coherente si tenemos

³⁷⁸ Esta orden de 1998 ha sido sustituida por Orden del Ministerio de Economía de 22 de enero de 2003, donde se sigue utilizando esa expresión.

en cuenta que entre los riesgos que allí se enumeraban y que podían contar con cobertura estatal se incluía el riesgo “comercial” en operaciones de más de 36 meses³⁷⁹.

En este sentido, es razonable que el Real Decreto 1327/1999 haya preferido hablar de riesgos “de las operaciones a medio y largo plazo”. Ello es congruente con el criterio de distinción que incorpora el propio Real Decreto y que alude a la diferencia de riesgos asociada al tiempo, diferenciando entre operaciones a corto plazo y operaciones a medio y largo plazo³⁸⁰, sin distinguir el tipo de riesgo, político y extraordinario o comercial. Por otra parte, este es el criterio utilizado por las normas comunitarias, según se vio en el capítulo anterior. Con todo convenía señalar la novedad que supone en nuestra legislación, donde la distinción, desde 1970, se hizo siempre entre riesgos comerciales y políticos y extraordinarios, y no tanto en función del plazo de cobertura. La orden de 22 de enero de 2003, actualmente vigente, que concreta este régimen, al margen de las novedades que ha incorporado, sigue en este punto el mismo criterio terminológico del Real Decreto de 1999.

Las diferencias terminológicas señaladas se explican porque en la regulación actual de la cobertura de ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado conviven normas de periodos históricos distintos y distantes.

- *El ámbito de la cobertura por cuenta del Estado*

La definición de los riesgos que pueden contar con la cobertura del Estado, mediante la correspondiente póliza de seguro de crédito a la exportación, contratada exclusivamente con CESCE, está determinada por la Orden del Ministerio de Economía 180/2003, de 22 de enero, *sobre cobertura por cuenta del Estado de riesgos derivados del comercio exterior de las inversiones exteriores y de las transacciones económicas con el exterior*³⁸¹.

³⁷⁹ Así en el art. primero. 1. cinco, de la O.M. de 12 de febrero de 1998 y en el art. Primero cinco, de la de 19 de abril de 1991, que le precedió. En ambos casos, la norma establece que “el incumplimiento contractual imputable a una entidad privada extranjera, así como la insolvencia de derecho o de hecho de esta última que originen una pérdida en una fase previa a la exportación o con posterioridad a esta última, siempre que la duración de alguno de los riesgos correspondientes sea superior a treinta y seis meses” podrán ser cubiertos a cuenta del Estado.

³⁸⁰ Art. 1 del Real Decreto 1237/1999 concreta la aplicación de lo dispuesto en ella a las operaciones de plazo superior o igual a dos años.

³⁸¹ Esta Orden Ministerial sustituye otra anterior de contenido muy similar, de 12 de febrero de 1998, que a su vez fue precedida de otra de 19 de abril de 1991, del Ministerio de Economía y Hacienda. *Vid.* en este sentido las referencias contenidas en TIRADO SUÁREZ, F. J., “Seguro de crédito”, cit. pág. 1068 y VARGAS VASSEROT, C., “El seguro de crédito a la exportación...”, cit. págs. 432-433. Es razonable aventurar que en próximas fechas el contenido de esta Orden Ministerial pueda quedar ligeramente modificado como consecuencia y en el sentido de las previsiones contenidas en la Comunicación de la Comisión de diciembre de 2005, mencionada

La breve exposición de motivos de esta Orden Ministerial menciona la necesidad de esta nueva regulación debido a la “cada vez más acentuada complejidad e interdependencia de la actividad económica e internacional, la aparición y propagación de nuevos factores de riesgo, la identificación de áreas de actividad empresarial merecedoras de singular apoyo y soporte, junto con la progresiva liberalización de los mercados más desarrollados, en atención al potencial de los sectores privados”. A lo que se viene a unir una segunda justificación para esta reforma: la adaptación a las últimas regulaciones del Derecho Comunitario³⁸². Este último dato resulta esclarecedor y permite interpretar el actual sistema en clave comunitaria e internacional.

¿Cuáles son entonces los riesgos derivados del comercio exterior e internacional que pueden gozar de cobertura por cuenta del Estado? El art. primero 1 de la OM de 22 de enero de 2003³⁸³ establece que el Estado podrá asumir la cobertura de los “riesgos de pérdidas o daños económicos derivados del comercio exterior, de las inversiones exteriores y de las transacciones económicas con el exterior” resultantes de alguna de las siguientes situaciones:

Uno. Incumplimiento de los contratos por cualquiera de las partes.

Omisión, alteración, retraso del pago o de la transferencia de las sumas debidas, de los fondos de maniobra constituidos para la ejecución de los contratos o de los fondos procedentes de las inversiones.

Imposibilidad de recuperación, destrucción o avería del objeto de la inversión, o de los bienes objeto del contrato, o de los activos utilizados en su ejecución³⁸⁴.

en el capítulo II de este trabajo, por la que se modifica la Comunicación de 1997, de aplicación de los arts. 87 y 88 del TRCE al seguro de crédito a la exportación, incluyéndose temporalmente las operaciones de seguro de crédito a la exportación con PYMES entre los riesgos no negociables. De hecho, la última modificación de la Orden ECO/180/2003, de 22 de enero ha tenido lugar en virtud de la Orden ITC/962/2006, de 13 de marzo. En esta ocasión la modificación ha consistido en ampliar la posibilidad de obtener cobertura pública también a seguros de crédito a la exportación contratados “en monedas no admitidas a cotización oficial por el Banco Central Europeo, siempre que éstas sean de libre acceso, fungibles y puedan servir de unidad de cambio “siempre” previa autorización expresa de la Secretaría de Estado de Turismo y Comercio”.

³⁸² Este motivo también era aludido en la Orden Ministerial de 1998 en la que se mencionaba la necesidad de actualizar el régimen del seguro de crédito a la exportación “mediante su adaptación a los principios y reglas liberalizadores introducidos por la Unión Europea y su adecuación a las nuevas realidades del tráfico y de las transacciones internacionales”.

³⁸³ En desarrollo de la previsión contenida en el art. 1.2 de la Ley 10/1970, de 4 de julio, redactada de nuevo por la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado, en su disp. ad. 8ª, uno.

³⁸⁴ En 2003 la estructura de la norma ha cambiado ligeramente respecto de las dos anteriores de 1991 y de 1998. La norma vigente comienza mencionando el siniestro –incumplimiento, retraso en el pago, imposibilidad de recuperación...y posteriormente sigue enumerando las

Tales situaciones deberán obedecer a alguna de las siguientes causas:

- a) La guerra civil o internacional, revolución, revuelta, terrorismo³⁸⁵, alteraciones sustanciales del orden público o cualquier acontecimiento análogo, acaecidos en el extranjero.
- b) Circunstancias o sucesos catastróficos tales como ciclones, inundaciones, terremotos, erupciones volcánicas o maremotos, así como los accidentes nucleares y los ocasionados por sustancias químicas, bioquímicas o similares acaecidos igualmente en el extranjero.
- c) Acontecimientos políticos o económicos de especial gravedad producidos en el extranjero, como crisis de balanzas de pagos o alteraciones de la paridad monetaria de significativa cuantía que originen una situación generalizada de insolvencia.
- d) Expropiación, intervención, incautación, imposibilidad de recuperación, destrucción o avería del objeto de la inversión o de los bienes objeto del contrato, o de los activos utilizados en su ejecución.
- e) Medidas expresas o tácitas adoptadas por un gobierno extranjero.
- f) Medidas expresas o tácitas adoptadas por las autoridades españolas.

Dos. El incumplimiento contractual imputable a entidad pública extranjera que origine la pérdida o daño económico, en la fase previa a la expedición de los bienes o a la prestación de los servicios, o a partir de estas últimas, e igualmente los incumplimientos de dichas entidades públicas respecto a acuerdos, contratos, concesiones o compromisos suscritos con los financiadores o inversores que den lugar a una pérdida o daño, o a la imposibilidad de desarrollar el contrato.

Tres. La ejecución de fianzas y la retención de garantías.

Cuatro. El incumplimiento contractual imputable a entidad privada extranjera, así como la insolvencia de derecho o de hecho de esta última, que originen una pérdida o daño económico en la fase previa a la expedición de los bienes o a la prestación de los servicios, o a partir de

causas –los riesgos- que hubieran podido originarlo. En 1991 y 1998 se mencionaba primero la causa –el riesgo- que podía dar lugar al siniestro que se mencionaba después.

³⁸⁵ La mención al terrorismo es nueva respecto de la lista anterior, contenida en la Orden Ministerial de 1998 y sin duda es consecuencia de la creciente sensibilidad hacia el fenómeno terrorista surgido tras el atentado del 11 de septiembre de 2001.

estas últimas, siempre que la duración total de los riesgos cubiertos (resolución y crédito) sea igual o superior a veinticuatro meses³⁸⁶.

Junto a esta lista cerrada, el número 3 del artículo primero, ha recogido la posibilidad de que también puedan ser cubiertos por cuenta del Estado los riesgos “correspondientes a las modalidades de seguro de prospección de mercados, asistencia a ferias, diferencias de cambio, garantías bancarias (prefinanciaciones y financiaciones), obras y trabajos en el extranjero, inversiones en el exterior, crédito suministrador en la submodalidad de operaciones de compensación, estudios de viabilidad de proyectos y programas y *cualesquiera otros riesgos y modalidades que con este carácter puedan autorizarse por el Ministerio de Economía, a iniciativa de la Administración General del Estado, o a solicitud de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima, Compañía de Seguros y Reaseguros*”. Ésta última, como se ve, es una cláusula abierta que deja al poder público (Ministerio de Economía, en la actualidad de Economía y Hacienda) la decisión final de asegurar, o no, ciertos riesgos, que de este modo pasarían a contarse entre los *políticos o extraordinarios por cuenta del Estado*, según la terminología utilizada por la Ley de 1970 que da cobertura legal a todo el sistema.

La Orden Ministerial de enero de 2003 ha incorporado una novedad que a mi juicio constituye su aportación más importante. Así, en el número de 2 del mencionado artículo primero se contiene por primera vez un conjunto de supuestos para los que queda excluida la cobertura por cuenta del Estado. Concretamente, para el caso de las situaciones previstas en los apartados c), d), e) y f) antes transcritos, “no serán objeto de cobertura por cuenta del Estado los riesgos enumerados en ellos que tengan una duración total, considerando el riesgo de resolución y el riesgo de crédito, inferior a veinticuatro meses sobre deudores públicos y no públicos establecidos en los países de la Unión Europea, Australia, Canadá, Islandia, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza y Estados Unidos”³⁸⁷. Con esta mención, que transpone las exigencias comunitarias, se delimita negativamente el campo de acción de la cobertura pública al ampliarse el ámbito territorial de los “riesgos negociables”

Se trata, como puede verse, de una referencia extensa y, sin embargo, imprescindible. He creído necesario reproducirla aquí porque ayuda a hacerse

³⁸⁶ También en el plazo de cobertura se ha producido un cambio en relación con la norma anterior, como consecuencia de la armonización comunitaria, habiéndose rebajado de treinta y seis a veinticuatro meses (*vid.* Directiva 98/29/CE).

³⁸⁷ Esta mención obedece a la adaptación del sistema español a la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 2 de agosto de 2001 (DOCE 217/C), por la que se modifica otra anterior de 1997, con arreglo al art. 88.1 del TRCE, por la que se aplica los arts. 87 y 88 del TRCE al seguro de crédito a la exportación a corto plazo. En esta Comunicación se incorpora un Anexo que incluye la lista de países cuyos riesgos son negociables, que coinciden con los recogidos en la Orden de 2003.

cargo del tipo de circunstancias que pueden ser entendidas como “riesgos derivados del comercio exterior” y que, por tanto, van a poder ser cubiertos en última instancia por el Estado, por la mediación, eso sí en todo caso, de CESCE. Permite incluso apreciar el grado de adaptación a la realidad política y económica que el mercado de seguro de crédito a la exportación requiere.

A pesar de la novedad que supone la mención de un conjunto de riesgos a los que, en todo caso, no va a alcanzar la cobertura estatal –los llamados riesgos “negociables” en la terminología comunitaria, esto es, los mencionados en el art. primero. 2 de la Orden ECO/180/2003, de 22 de enero reproducidos *supra*³⁸⁸-, y que, como se ha señalado, delimitan negativamente el ámbito del apoyo estatal, hay que subrayar el carácter abierto de la definición de los riesgos que podrán ser cubiertos por cuenta del Estado. Entiendo que esta circunstancia deja un margen de discrecionalidad relativamente amplio en manos del Estado -en la práctica, gestionado por CESCE- en la determinación de los riesgos que el Derecho Comunitario llama “no negociables”³⁸⁹.

Esta situación implica cierta inseguridad respecto del ámbito de los riesgos no negociables y, en consecuencia, del ámbito de los riesgos negociables. Lo cual, en definitiva, determina el mercado en el que el sector opera en competencia. La relativa indeterminación que posibilita la Orden Ministerial de 2003 entiendo que puede dificultar la posición competitiva del resto de empresas de seguros al generar incertidumbre. Aunque la Orden de 2003 también reduce esta inseguridad no llega, sin embargo, a eliminarla. Téngase en cuenta, además, que –como ya se vio en el primer capítulo- la armonización que se impone desde las normas comunitarias para el sector de no vida, en particular en los ramos de caución y crédito, se extiende hasta “las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con apoyo del Estado”³⁹⁰. A partir de este punto la liberalización que llega de la Unión Europea ya no se impone a los Estados miembros, que disponen de un espacio propio para decidir cómo van a llevar a cabo su política de seguro a la exportación con apoyo público. Un espacio propio que se manifiesta en la no aplicación de la obligación de provisionar ciertas operaciones –las que cuentan con cobertura estatal-. Aunque entiendo que esta diferencia de trato no entra en conflicto desde la perspectiva de la supervisión prudencial de las empresas aseguradoras, su justificación es más compleja en la medida en que las operaciones –competitivas y no competitivas o con cobertura estatal- se

³⁸⁸ Se trata de riesgos comerciales vinculados a operaciones con países desarrollados en operaciones de menos de veinticuatro meses.

³⁸⁹ Así, en el apartado 1.4 de la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1997, dirigida a los países miembros con arreglo al apartado 1 del art. 93 (actual 88) del Tratado CE por la que se aplican los arts. 92 y 93 (actuales 87 y 88) del Tratado al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

³⁹⁰ Art. 2.2d) de la Directiva 73/239/CEE según la redacción dada al mismo por la Directiva 87/343/CEE.

presten por una misma entidad y puedan no quedar suficientemente diferenciadas.

En resumen, la determinación del ámbito de los riesgos que van a poder contar con cobertura estatal –según lo dispuesto por la Orden Ministerial 180/2003/ECO- se concreta en la actualidad como resultado de la transposición y adaptación al Derecho Comunitario, en particular a la Directiva 98/29/CE y a la Comunicación de la Comisión de 17 de diciembre de 1997, cuyo contenido ha quedado expuesto en la primera parte de este trabajo. Por esta vía, el Derecho interno acoge además los principios y compromisos de origen internacional –algunos de carácter no estrictamente jurídico- gestados en la Unión de Berna, en la OCDE y en la OMC, que a su vez han inspirado las normas comunitarias. Sin duda se trata de un ejemplo de lo que comienza a llamarse en algunos foros Derecho administrativo global³⁹¹.

2.2 Régimen jurídico de la cobertura pública de ciertos riesgos

- *Del régimen jurídico-público aplicable a la potestad administrativa para determinar qué riesgos gozan de cobertura estatal*

Un vez expuestos qué riesgos van a poder contar con cobertura estatal y a la vista de la facultad que el art. primero.3 *in fine* de la Orden Ministerial 180/2003/ECO³⁹² reconoce al Ministro del ramo para autorizar la cobertura por cuenta del Estado a “cualesquiera otros riesgos” derivados del comercio exterior, se plantea la pregunta relativa al régimen jurídico aplicable al ejercicio de dicha potestad. Hay que tener en cuenta que además de esta posibilidad de extender los riesgos que pueden gozar de cobertura estatal en el seguro de crédito a la exportación mediante autorización, la Administración determina límites genéricos al volumen de cobertura por cuenta del Estado para cada país³⁹³.

³⁹¹ Sobre la construcción de este concepto y su contenido puede consultarse el trabajo de KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. *The emergence of global administrative law*, cit. Desde otra perspectiva puede verse el artículo ya citado de SCHMIDT-ASSMANN, E., “La ciencia del derecho administrativo ante el reto...”.

³⁹² Es la disp. final 3ª de la Ley 19/1970, la que habilita al Ministro de Economía y Hacienda para adoptar “las medidas adecuadas para la constitución de CESCE y las que se requieran para la gestión de los riesgos políticos y extraordinarios”.

³⁹³ Como expone el TRIBUNAL DE CUENTAS, en su “Informe de fiscalización relativo a los riesgos asegurados por la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima (CESCE), por cuenta del Estado para 1997”, es habitualmente la propia CESCE, o si no, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos económicos, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda quien determina el volumen de riesgo que pueden asumir con cada país. En este segundo caso, la intervención se produce en aquellos casos en que así lo requiera “el

A) -Aspectos competenciales

El primer dato aparece ya en el propio art. primero.3 de la Orden Ministerial 180/2003/ECO y hace referencia a los aspectos competenciales.

Así, la autorización podrá ser solicitada o instada por la “Administración General del Estado”. No se especifica qué órgano de la misma será competente. También podrá ser solicitada por la propia *Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima, Cía. de Seguros y Reaseguros*. Aunque según lo dispuesto por el art. 8 de la Ley 10/1970, es la Comisión delegada del Gobierno para asuntos económicos la competente con carácter general en esta materia, la Orden Ministerial de 2003 encomienda expresamente al Ministerio de Economía (en 2008 habrá de ser, el de Industria, Comercio y Turismo³⁹⁴) la competencia para autorizar nuevos riesgos susceptibles de beneficiarse de la cobertura estatal. Parece razonable que el destinatario de dicha autorización sea CESCE, encargado de la gestión. Con todo la respuesta no es evidente, ni mucho menos. Será CESCE la autorizada si es CESCE quien inicio el procedimiento para obtener la autorización, pero si la iniciativa ha partido de “la Administración General del Estado” como reza el precepto que se analiza, es razonable pensar que se trata de un interés preferentemente político el que se esconde tras esta intervención y no tanto comercial. El precepto dibuja un ámbito de actuación deliberadamente discrecional. Más que una autorización a CESCE, la así llamada “autorización” estaría encubriendo un mandato o dirección, lo que manifiesta en este punto el carácter instrumental de la sociedad mercantil pública por parte de su Administración-matriz.

B) -Aspectos sustantivos

Esa misma discrecionalidad se manifiesta si pensamos en los límites en relación con su objeto: qué riesgos –diferentes de los que expresamente se recogen en la Orden Ministerial- serán susceptible de esta autorización. A la luz de lo que he expuesto en este trabajo en relación con el marco comunitario, entiendo que el Gobierno español, en su caso, estaría llamado a asegurar aquellos riesgos –políticos, extraordinarios o comerciales a largo plazo-

desarrollo de la política comercial española”, casos que “juzguen un tratamiento especial”, *vid. Boletín Oficial de Estado*, núm. 25, de 29 de enero de 2003, págs. 3806-3819.

³⁹⁴ En 2008 las competencias en materia de Comercio exterior están atribuidas al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a resultas del Real Decreto 553/2004, de 17 de abril, por el que quedó determinada la planta ministerial tras el cambio de Gobierno de 2004. Los cambios habidos en 2008, tras las elecciones generales, no han afectado a la distribución de competencia en esta materia.

vinculados al comercio exterior e internacional que no encuentren cobertura en el mercado del seguro³⁹⁵. El problema se suscita en la medida en que la determinación de qué riesgos son susceptibles –y por consiguiente, cuáles no- de cobertura pública está a su vez delimitando la propia extensión del mercado y por tanto el ejercicio de la libertad de empresa en el sector. La cuestión radica en saber si el hecho de que el Estado ofrezca cobertura a ciertos riesgos, implica la expulsión del mercado de esa modalidad de cobertura o si, por el contrario, el Estado sólo acude en auxilio del mercado cuando no existe oferta suficiente

Valorar los límites de esta actuación pública desde la perspectiva jurídico-económica exige tener presente su contexto. En primer lugar, se impone conocer qué fines de interés general se busca satisfacer mediante este mecanismo de actuación de la Administración. En este sentido, la política de cobertura pública de determinados riesgos conecta con el ejercicio de la política comercial exterior³⁹⁶, concretamente mediante el fomento, a través de este sistema de financiación de la actividad exportadora de empresas nacionales. Desde un punto de vista económico, los objetivos finales de la política comercial exterior están vinculados a la mejora de la balanza de pagos³⁹⁷, constituyendo, en general, un apoyo al progreso económico. La situación de la balanza de pagos es, sin duda, un objetivo que incumbe al

³⁹⁵ Prueba de ello es que el mecanismo de salvaguarda previsto en el ap. 4.4 de la Comunicación de 1997, ya citada, exige a los Estados aportar informes acerca de la situación del mercado privado. Se exige justificar la insuficiencia del mercado de seguros y reaseguros privados para cubrir determinados riesgos. La propia Comisión Europea, en su Comunicación de 2 de agosto de 2001, que modifica la ya citada de 1997, dice expresamente que “se propone emprender un nuevo estudio en 2003 a fin de comprobar la capacidad del mercado privado de reaseguros. Este objetivo se ha llevado a cabo y ha dado lugar a la elaboración del estudio, *The report on market trends of private reinsurance in the field of export credit insurances*, ya citado en este trabajo, presentado a la Comisión por el grupo IMCC (Internacional Management and Communications Corp.).

³⁹⁶ Sobre el comercio exterior puede verse el magnífico estudio, ya clásico, de MANZANEDO MATEOS, J.A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, ed. INAP, Madrid, 1968. También HERNANDO DELGADO, J., *La exportación. Manual de su regulación jurídico-administrativa*, ed. IEAL, Madrid, 1973. En el nuevo marco constitucional destaca el trabajo de TORNOS MAS, J. “Comercio Exterior”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Derecho Administrativo económico*, vol. II, ed. La Ley, Madrid, 1991, págs. 699-744.

³⁹⁷ En este sentido, los números 10 y 11 del art. 149.1º de la CE encomiendan al Estado, con carácter exclusivo, importantísimas competencias vinculadas con esta cuestión (el régimen aduanero y arancelario; el comercio exterior y la política monetaria) sobre las que el Estado español ejerce un papel protagonista, tanto desde un punto de vista interno –donde su competencia es exclusiva en relación con las Comunidades Autónomas- como desde un punto de vista comunitario –en el marco de las competencias en materia de Política Comercial Común que se ejercen de manera compartida entre el Consejo y los Estados miembros-. Todo ello al margen del papel fundamental que en este ámbito poseen ya la Unión Europea y el Banco Central Europeo en la determinación de la Política Comercial Común y en el ejercicio de la política monetaria respectivamente.

poder público en el contexto de las políticas de estabilidad económica aludidas expresamente en el art. 40 de la CE.

Ahora bien, no debe olvidarse que la prohibición de otorgar ayudas mediante cobertura estatal de nuevos riesgos en el seguro de crédito a la exportación que pudiera favorecer a determinadas empresas o producciones y que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros de la Unión Europea falseando o amenazando falsear la competencia (art. 87.1 TRCE) es otro de los límites que circunscribe la facultad del Ministro de Industria, Comercio y Turismo para autorizar nuevos riesgos con cobertura estatal. A ello hay que unir la limitación que supone el principio de igualdad así como el papel encomendado a los poderes públicos de garantizar el ejercicio, entre otros, del derecho a la libertad de empresa. Por otro lado, la incorporación al derecho interno del derecho internacional mediante el oportuno proceso de ratificación, ha convertido –como se señala en el capítulo anterior– al Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias en norma vinculante para los poderes públicos. Ello supone aceptar que en materia de fijación de primas en el seguro de crédito a la exportación, éstas deberán seguir el principio de suficiencia reiteradamente citado con anterioridad. La vinculación a este límite viene dada tanto por esta vía como por la de la transposición del derecho comunitario (Directiva 98/29/CE) y está recogido en la OM 180/2003/ECO. Hay que tener presente que la aplicación del criterio de suficiencia llevará, en su caso, a determinar que ciertos países o destinos así como ciertas operaciones, no podrán en ningún caso acceder a la cobertura pública: todos aquellos cuyos riesgos no puedan calcularse y, por tanto, resulten inasegurables. En definitiva, la técnica actuarial ejercería, pues, como límite técnico de la potestad de otorgar cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación.

Por otro lado, en el ejercicio de la política comercial exterior existe una segunda derivada, si bien, a mi juicio, de orden subordinado a la antes aludida de carácter fundamentalmente económico. Se trata de la ejecución de las políticas de ayuda o cooperación al desarrollo en el contexto internacional. Pues bien, es esta segunda coordinada la que explica los criterios políticos que en ocasiones determinan las decisiones de la Administración económica acerca de qué países quedan cubiertos y en qué medida³⁹⁸ por el seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado³⁹⁹ y las preferencias de unos países sobre

³⁹⁸ El artículo quinto de la OM de 22 de enero de 2003 determina que en ningún caso la cobertura por cuenta del Estado alcanzará el riesgo total de la operación. Algo que, por otra parte, es habitual en el mundo del seguro de crédito, pues al quedar una parte del riesgo asumida por el asegurado, éste mantiene su interés en el buen fin de sus operaciones comerciales.

³⁹⁹ Así se prevé expresamente en el art. 8 de la Ley 10/1970, cuya redacción vigente fue determinada por la disposición adicional 6ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1992, según el cual:

“El límite máximo de cobertura para nueva contratación excluida la modalidad Póliza Abierta de Gestión de Exportaciones, que podrá asegurar y distribuir la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima, por cuenta del Estado durante cada ejercicio se

otros⁴⁰⁰. Un ámbito en el que la discrecionalidad es muy amplia. Esta situación contrasta, no obstante, con el marco jurídico aplicable a la determinación del ámbito de la cobertura estatal que está vinculado al principio de suficiencia de las primas. Dicho principio es susceptible de convertirse así en límite de las políticas de cooperación al desarrollo. Esta conclusión no deja de ser contradictoria con los propios fines de las políticas de cooperación al desarrollo, que inevitablemente verían así coartadas sus posibilidades para favorecer a los países que probablemente más ayuda requieran.

- *Del régimen jurídico aplicable a los contratos acordados entre CESCE y particulares*

La aplicación de las novedades contenidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público va a exigir algunas adaptaciones en el régimen al que se sujeta la actividad contractual desarrollada por CESCE. En particular las previsiones de la LCSP relativas a la determinación de su ámbito subjetivo así como al sometimiento a ciertos afectos –en concreto en lo relativo a la adjudicación y preparación de ciertos contratos (art. 20.2 LCSP)- para

fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, acordará y comunicará a la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima, los criterios de cobertura aplicables a aquellos casos, que, por así requerirlo el desarrollo de la política comercial española, justifiquen un tratamiento especial en función de los riesgos implícitos o de cualquier otro factor que se estime relevante.”

El artículo cuarto de la OM de 22 de enero de 2003 faculta a la Comisión Delegada de asuntos económicos a delegar en el Secretario de Estado de Comercio, Turismo y Pequeña y Mediana Empresa, la posibilidad de dirigir instrucciones al CESCE, en el caso de importes inferiores a 25 millones de dólares por país, “determinando los criterios, límites de cobertura y condiciones máximas a aplicar en cada caso”.

Un ejemplo de este modo de actuar lo encontramos en el Diario *Cinco Días* correspondiente al 3 de abril de 2001, donde se daba cuenta del viaje del Ministro de Economía a Rusia y de la decisión de aumentar de 40 a 250 millones de dólares el techo de la cobertura para ese país que ofrecía CESCE, SA, con objeto de fomentar las exportaciones e inversiones en Rusia. Como puede deducirse de todo ello, los objetivos económicos y los de la ayuda al desarrollo, parecen claramente mezclados en este tipo de relaciones internacionales bilaterales.

⁴⁰⁰ La actividad estatal de cooperación al desarrollo se encuentra actualmente regulada por la Ley 23/1998, de 7 de julio de cooperación internacional al desarrollo. En ella se establecen los principios y objetivos que ordenan el ejercicio de estas políticas (arts. 2 y 3), así como las prioridades geográficas (art. 6, donde se menciona expresamente a los países iberoamericanos, países árabes del norte de África y de Oriente Medio) y sectoriales (art. 7). El art. 11, con carácter genérico, menciona las formas que puede adoptar la cooperación financiera para el desarrollo. No parece, no obstante, que entre éstos se incluya la cobertura estatal para ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación. En este contexto de ayuda financiera al desarrollo hay que situar la nueva regulación del Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD) que ha incluido la disp. ad. vigésimo segunda de la Ley 63/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuya gestión se encomienda al Instituto de Crédito Oficial (ICO), en el marco del Acuerdo de la OCDE sobre Directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial, al que se ha hecho referencia en la primera parte de este trabajo y cuya última versión es de 2005.

determinadas empresas públicas bajo formas jurídico-privadas⁴⁰¹, condicionará el régimen jurídico contractual de la empresa pública aseguradora. No obstante, estas previsiones no alcanzan a los contratos “inherentes al ejercicio de la actividad aseguradora”, como correctamente, a mi juicio, ha interpretado la propia empresa pública⁴⁰².

Por su parte, la relación jurídica contractual que se establece entre el tomador de la póliza por la que se cubren los riesgos susceptible de cobertura pública y la aseguradora CESCE sigue por los cauces propios del derecho privado, siendo CESCE responsable directo frente al asegurado de todos los derechos y obligaciones que éste tenga frente aquella, ajustándose a las “*condiciones pactadas en las pólizas y a los usos y costumbres de la Institución aseguradora privada*”⁴⁰³ (art. 34 del Decreto 3138/1971). El Real Decreto 1327/1999, transponiendo la Directiva 98/29/CE –cuyo contenido es, recordemos, en su mayor parte derecho privado–, establece además ciertas disposiciones que afectan a la relación asegurado-aseguradora, completando así las previsiones ya contenidas en el Decreto de 1971, para el caso de la cobertura por cuenta del Estado. En concreto, se regula la limitación del alcance de la cobertura, que no podrá cubrir la totalidad de la operación (art. 2)⁴⁰⁴; la determinación del

⁴⁰¹ El sometimiento a la normativa de contratos públicos de “las sociedades mercantiles en cuyo capital la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento” (art. 3.1.d) LCSP) se hace depender de que: a) hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y b) siempre que uno o varios sujetos que tengan carácter de poder adjudicador (...) financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (art.3.3 LCSP). Ambas circunstancias concurren en el caso de CESCE. Así lo ha considerado la propia aseguradora, que ha hecho público a través de su página *web* su “perfil de contratante”, así como sus *Normas internas de procedimiento aplicables a la adjudicación de contratos*.

⁴⁰² *Vid.* art. 2.1 de la citadas *Normas internas de procedimiento...*cit. aprobadas y hechas públicas por CESCE. Puede consultarse en su página *web*.

⁴⁰³ El destacado es mío.

⁴⁰⁴ Este precepto ha venido a sustituir al art. 1.3 del Decreto 3138/1971, que ahora se deroga y que también hacía mención a la prohibición de que la cobertura alcanzase el total de la operación. Esta sustitución entiendo que obedece a la voluntad de aplicar dicha prohibición sólo al ámbito de las pólizas por cuenta del Estado y que no tenga una aplicación general a todo el ámbito del seguro de crédito a la exportación como parecería desprenderse del derogado art. 1.3 de la Ley 10/1971. Con fecha de 29 de abril de 2002 se publicó un informe de la Comisión relativo a la *Experiencia adquirida y la convergencia lograda en la aplicación de las disposiciones establecidas en la Directiva sobre seguro de crédito a la exportación con cobertura para operaciones a medio y largo plazo* (COM 212 final). En el apartado 4.2 del Informe, la Comisión parece sugerir la modificación futura en este punto del porcentaje de cobertura, proponiendo que se cubra el 100% del riesgo. Sin embargo, apunta también la existencia en varios países miembros del principio de participación del asegurado en las pérdidas. El art. quinto de la Orden del Ministerio de Economía de 22 de enero de 2003, vuelve a recoger el principio de participación, al establecer que el porcentaje de cobertura por cuenta del Estado “no alcanzará nunca el riesgo total de la operación”. El ap. 8º del Anexo de la

alcance de la cobertura (art. 3)⁴⁰⁵; la posibilidad de contratar la cobertura en divisas (art. 4)⁴⁰⁶; la adquisición por parte del asegurador de la condición de titular de los derechos y acciones del asegurado, una vez pagada la indemnización, relativos al crédito asegurado, así como su condición de representante del asegurado respecto de la porción no cubierta por el seguro (art. 5)⁴⁰⁷; la determinación del plazo en el que la aseguradora deberá pagar la indemnización (art. 6)⁴⁰⁸ y las posibilidades de aplazar el pago de la indemnización por parte del asegurador en caso de litigio (art. 7)⁴⁰⁹.

Con todas estas reglas se actualiza la parte de derecho necesario de la relación jurídico-privada que se entabla entre la aseguradora y el tomador del seguro y que deberá quedar recogida en las correspondientes pólizas, adaptándose así a los principios comunes del seguro de crédito a la exportación que el Consejo ha recogido en el Anexo de la Directiva 98/29/CE.

No obstante hay que señalar que el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, no hace mención alguna al tema de las primas del seguro de crédito a la exportación que nuestro derecho interno regula en el art. 21 de Decreto 3138/1971, de 22 de diciembre, por el que se desarrolló la Ley 10/1970, de 4 de julio⁴¹⁰. Téngase en cuenta que, en este punto, el cap. II del Anexo de la

Directiva 98/29/CE que recoge los principios aplicables en este punto, no fija un porcentaje concreto, ni siquiera opta por la necesaria participación del tomador en el riesgo. De la letra *b*) del ap. 8º deduzco que la Directiva admite que la cobertura llegue a alcanzar el 100 por 100, siempre que se respete el principio de prima adecuada o suficiente.

⁴⁰⁵ La redacción del art. 3 del Real Decreto de 1999 coincide casi literalmente (se ha invertido el orden de los apartados) con el ap. 7º del Anexo de la Directiva 98/29/CE.

⁴⁰⁶ La redacción de nuevo coincide con el ap. 10º del Anexo citado. *Vid.* también el art. tercero de la Orden del Ministerio de Economía de 22 de enero de 2003. La Orden ITC/962/2006, de 13 de marzo ha modificado parcialmente este precepto de la Orden de 2003, incorporando a la cobertura en divisas la posibilidad de contratar también en monedas no admitidas a cotización por el Banco Central Europeo, previa autorización expresa de la Secretaría de Estado de Turismo y Comercio, y "siempre que éstas sean de libre acceso, fungibles y puedan servir de unidad de cambio".

⁴⁰⁷ En este punto el Decreto no hace sino recoger lo dispuesto por el art. 1.4 de la Ley 10/1970, según redacción dada al mismo en la disp. ad. 8ª, uno de la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado. Sobre los problemas que se plantean en el seguro de crédito a la exportación en caso de siniestro y posterior indemnización, resultan muy interesantes las reflexiones de MARCHÁN MARTÍN, R., "Reflexiones sobre un seguro singular: el de crédito a la exportación", *Hacienda Pública Española*, núm. 98, 1986, págs. 243-253, en especial pág. 252, donde se refiere a la asunción de riesgos especiales, políticos y extraordinarios, y el papel de los Estados en caso de aparición del siniestro.

⁴⁰⁸ *Vid.* ap. 28º del Anexo de la Directiva 98/29/CE.

⁴⁰⁹ *Vid.* ap. 29º del Anexo de la Directiva 98/29/CE.

⁴¹⁰ El contenido del art. 21 es el siguiente: "1. las primas de este seguro se calcularán por el asegurador atendiendo a las circunstancias propias de las áreas o mercado exteriores, a la

Directiva 98/29/CE (aps. 32 a 38) relativo a la prima sí incorporó novedades importantes. Sobresale de esta regulación su intención de lograr que la cuantía de las primas converja (entre los distintos países de la CE), para lo cual se establecen criterios entre los que se incluye expresamente el de la adecuación de la prima con los riesgos que cubre así como con los costes de explotación y las pérdidas a largo plazo (ap. 32). Con ello el Consejo alude directamente a la necesidad de fijar primas suficientes, tal y como el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias exige.

En este punto entiendo que, al margen de la corrección o no del proceso de transposición de las normas comunitarias, el Gobierno –a través de CESCE– está obligado directamente por el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias ratificado por España. Por tanto, deberá fijar las primas incluidas en las pólizas de los seguros de crédito a la exportación a cuenta del Estado según los criterios de adecuación y suficiencia. Esta exigencia viene a completar lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 10/1970, con el que, por otra parte, no entra en conflicto, sino que complementa. Bien es cierto que esta conclusión, sin duda importante, tiene consecuencias no tanto en el derecho aplicable a la relación entre asegurador y asegurado, cuanto en el margen de maniobra del Gobierno en el ejercicio de su política comercial exterior, pudiendo entrar en contradicción con los criterios que demandan otras políticas, como es el caso de la política de cooperación al desarrollo, problema ya señalado en el apartado anterior. Con todo hay que tener en cuenta que los posibles conflictos que puedan surgir entre Estados con ocasión del incumplimiento del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, por primas insuficientes en los seguros de crédito a la exportación serán, en su caso, competencia del Órgano de Solución de Diferencias.

- *De su control judicial*

Más compleja es la cuestión relativa al orden jurisdiccional competente para resolver los posibles conflictos que pudieran surgir con ocasión de la aplicación de este régimen jurídico y el control de su incumplimiento. Y es que no parece probable que el tomador del seguro tenga interés en denunciar el posible incumplimiento del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias puesto que su interés pasa, lógicamente, por encontrar cobertura y porque las primas que pague sean lo más bajas posible. En la práctica –que no en teoría– esta situación eliminaría la vía ordinaria correspondiente a los conflictos entre la aseguradora –CESCE– y sus asegurados.

calificación crediticia de exportadores e importadores y a las garantías que se aporten para la operación.

2. Para la adecuada estimación de los riesgos, la Entidad aseguradora podrá recabar cuantos informes estime oportunos de los Órganos de la Administración Pública española.

3. La tarifas de primas y sus modificaciones deberán ser sometidas a la aprobación del Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Ministerio de Comercio.”

Por otra parte el mecanismo de control judicial contencioso-administrativo frente al acto de fijación de primas se encuentra con el obstáculo de que dicho acto no se adopta formalmente por la Administración, sino por un ente instrumental de derecho privado, una circunstancia que dificulta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. El acto consiste materialmente en la fijación de un precio⁴¹¹ –la prima- en el contexto de un contrato de seguro de crédito. Si éste incumple la norma vigente –el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias o, en su caso, el posible efecto directo que pueda reconocérsele a la Directiva 98/29/CE- sólo quedaría quizá, el recurso, en manos de las empresas aseguradoras competidoras, de acudir a la Comisión Nacional de la Competencia⁴¹². Esta vía de control llevaría el asunto, en definitiva a la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien correspondería entonces, la última palabra⁴¹³.

2.3 Sistema institucional de prestación del seguro de crédito a la exportación con apoyo oficial

- *Descripción*

De lo expuesto hasta aquí sabemos que en la actualidad el modelo institucional que opera en España para gestionar la cobertura por parte del Estado de ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación sigue siendo el que diseñó, en 1970, la Ley 10/1970. Como entonces, siguen siendo tres sus protagonistas: el propio Estado, CESCE y el Consorcio de Compensación de Seguros.

Sin embargo, el entorno jurídico y comercial en el que ahora se desenvuelve esta actividad ha variado sustancialmente.

La empresa pública CESCE, S.A., desarrolla su actividad y negocio en el sector del seguro de crédito a la exportación en una posición dominante como

⁴¹¹ Sobre las diversas modalidades en que puede presentarse la potestad pública de fijación de precios pueden consultarse las obras de TORNOS MÁZ, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia-Zaragoza, 1982 y Villar Rojas, F. J. *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos* ed. Comares, Granada, 2000.

⁴¹² En su caso, mediante la oportuna denuncia a la empresa pública por infracción de las leyes, siempre que, lógicamente, la situación implicase una ventaja significativa (art. 15 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal) y un falseamiento de la libre competencia que afectase al interés general. En cuyo caso el art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, considera que es atribución de la Comisión Nacional de la Competencia.

⁴¹³ *Vid.* la Disposición Adicional cuarta.3 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, según la redacción dada por la Disposición Adicional séptima.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, que atribuye el conocimiento de los recursos contra los actos y resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia a la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional.

consecuencia, en parte, de su anterior posición de monopolio. En este sentido, destaca su carácter de empresa pública que ha permanecido invariable desde su fundación, como sociedad anónima en la que la Administración General del Estado participa con un porcentaje de capital superior al 50 por ciento⁴¹⁴. Es más, cualquier modificación posterior de esta circunstancia habrá de requerir una norma con rango de Ley⁴¹⁵.

Por otra parte y por lo que se refiere a su actividad empresarial, recordemos que desde 1990 quedó autorizada por Ley a operar “en cualquier ramo del seguro directo distinto al de vida”⁴¹⁶. Ello le ha permitido incorporarse al mercado de seguro de crédito interno, en el que compite con el resto de empresas del sector⁴¹⁷. Por otra parte, y fruto del dinamismo de sus gestores CESCE ha diversificado mucho su actividad. Así, se ha introducido en un mercado nuevo, el de comercialización de información empresarial, financiera y comercial. Para ello creó en 1992 la empresa INFORMA, S.A. en la que participa en un 60 por ciento, y a través de ella en la empresa EXPERIAN, S.A.

⁴¹⁴ Queda, pues contemplado dentro del supuesto recogido por el art. 166.1c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, relativo a las sociedades mercantiles estatales. Por su parte, la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, también se refiere a las sociedades mercantiles estatales en su art. 2.1.e). También será empresa pública tal y como se contempla en el Derecho Comunitario. Esto es, según se establece en el art. 2.1.b) de la Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio. La numeración actual de este precepto es resultado de la modificación que ha introducido en esta Directiva la nueva Directiva 2000/52/CE, de la Comisión, de 26 de julio, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. De esta calificación se infiere, a su vez, la aplicación del régimen especial de transparencia financiera que para este tipo de empresas prevé la citada Directiva y que en el Derecho interno ha transpuesto la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y la transparencia financiera de determinadas empresas. En el caso de CESCE, S.A., ésta cae claramente bajo el ámbito de aplicación de la Ley.

⁴¹⁵ *Vid.* el art. 2 de la Ley 10/1970, de 4 de julio.

⁴¹⁶ *Vid.* párrafo tercero del art. 2 de la Ley 10/1970, de 4 de julio, incorporado a la Ley en virtud de la disp. ad. 8ª de la Ley 4/1990, de 29 de junio. Esta disposición sustituye a la autorización administrativa para operar en los distintos ramos del seguro que regulan las normas de Derecho público de seguros.

⁴¹⁷ CESCE ofrece un variado elenco de productos: así ente los productos a corto plazo ofrece: la Póliza Abierta de Gestión de Exportaciones (PAGEX), la Póliza 100 Seguro de Crédito a la Exportación para PYMES, la Póliza Individual de crédito suministrador, la Póliza de Confirmaciones de créditos documentarios, la Póliza abierta de crédito interior, la Póliza abierta de seguro de caución. Entre los productos a largo plazo ofrece: la Póliza de crédito comprador, la Póliza individual de crédito suministrador a medio/largo plazo, la Póliza de confirmaciones de créditos documentarios abierta e individual, la Póliza de ejecución de fianzas, la Póliza de garantías bancarias, la Póliza de seguro de operaciones de compensación, las operaciones de proyect-finance y la Póliza de seguro de inversiones en el exterior. Puede consultarse la página *web* de CESCE. En todas aquellas que incluyen comercio exterior, los productos CESCE ofrecen la cobertura del riesgo político. La información comercial que la empresa “cuelga” en la red no permite saber si la cobertura del riesgo político es por cuenta propia o por cuenta del Estado.

creada en 1998, que opera también en este sector aunque con carácter más especializado⁴¹⁸. También se ha introducido en mercados extranjeros mediante la participación accionarial en empresas de seguro de crédito a la exportación de otros países: entre otros, en Brasil, México, Colombia, Venezuela, Perú, Argentina o Chile, lo que ha dado lugar a la creación de un grupo empresarial con presencia en varios países iberoamericanos⁴¹⁹.

El resultado de este proceso empresarial ha sido la ampliación de la actividad que CESCE venía realizando y con ello una participación creciente en el mercado internacional, en tanto que su actividad de agente y gestor del Gobierno en la cobertura de riesgo político y extraordinario ha pasado, paulatinamente, a tener un papel complementario.

No obstante, CESCE mantiene, sin modificaciones, su función originaria para la gestión, por cuenta del Estado, de la cobertura de determinados riesgos políticos y extraordinarios. Como sabemos, en esta tarea CESCE actúa como agente y gestor del Estado, y lo hace con carácter exclusivo (art. 1.3 de la Ley 10/1970, de 4 de julio). Recibe en contraprestación un canon por el servicio que presta al Estado (que incluye la gestión de las pólizas, el cobro de las primas, el pago en caso de siniestro y la gestión del recobro). Entre tanto, el Consorcio de Compensación de Seguros sigue llevando a cabo un papel de intermediario-gestor entre CESCE y el Estado, como se ha apuntado antes. La cuestión radica en que ahora esta función CESCE la realiza en un entorno liberalizado, del que ella misma participa. A la vista de la actividad económica que desarrolla, bien puede calificarse a CESCE como una empresa pública competitiva⁴²⁰ que gestiona un servicio de interés general por cuenta de la Administración, gestión por la que recibe la correspondiente remuneración.

Esta nueva circunstancia, derivada del cambio operativo en la actividad de la empresa pública hacia actividades de mercado, hace necesario reforzar la afirmación relativa a la plena aplicación en este caso del principio de paridad de

⁴¹⁸ Con relación a la actividad que CESCE, a través de INFORMA y EXPERIAN, ofrece en el sector del mercado dedicado a la información económica, se planteó un asunto ante el TDC, que dio lugar a la Resolución de 28 de noviembre de 2000 del TDC. En este caso la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) denunció a CESCE ante el SDC, argumentando que la creación de INFORMA suponía una actuación contraria al art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. El asunto no prosperó, pero sí pone de manifiesto la existencia de ciertas tensiones en el sector.

⁴¹⁹ Este grupo empresarial se agrupa en la actualidad bajo el nombre de CIAC, Consorcio Internacional de Aseguradoras de Crédito, S.A., compañía en la que CESCE participa con su 51,78 % de su capital.

⁴²⁰ ARIÑO ORTIZ prefiere referirse a ellas como “empresas económicas o de mercado”, *vid.* “La empresa pública”, en GARRIDO FALLA, F. (coord.), *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. II, ed. IEE, Madrid, 1981, pág. 136. Sobre la distinción entre empresas públicas de mercado y empresas públicas de servicio público, *vid.* también ALONSO UREBA, A., *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, ed. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1988, págs. 124-127.

trato entre empresas públicas y privadas y de sus implicaciones. En virtud de este principio las empresas públicas que operan en mercados competitivos habrán de someterse a un *plus* regulatorio de derecho público que incluye, entre otras cuestiones, obligaciones de información, de separación de actividades, de separación contable, e incluso, pueden quedar vinculadas a algunas de las condiciones establecidas en la normativa pública de contratos⁴²¹. Todo ello con objeto de garantizar que en su actuación en los mercados no gozan de privilegios o ventajas derivadas de su condición pública. Así, se explica que recientemente, y con ocasión de la publicación de su “perfil de contratante”, previsto en la LCSP⁴²², CESCE afirme de sí misma que “desarrolla una actividad mercantil de interés general, constituyendo un instrumento de asistencia técnica, de cooperación, de promoción y de fomento de la actividad exportadora por cuenta del Estado Español”, cumpliendo así con las obligaciones que se derivan de la legislación pública de contratos.

- *De las relaciones entre CESCE y el CCS, entre el Estado y el CCS y entre CESCE y el Estado, para la gestión de la cobertura estatal de los riesgos políticos y extraordinarios*

La regulación de los aspectos jurídico-públicos de las relaciones que surgen entre los tres protagonistas del seguro de crédito a la exportación se encuentra recogida en el capítulo V del Decreto 3138/1971 y está completada por el Real Decreto de 1327/1999. Se trata de normas que regulan básicamente los aspectos vinculados con sus relaciones financieras.

Así por ejemplo, el art. 35.1 del Decreto de 1971 regula el papel que el sistema de cobertura por cuenta del Estado de determinados riesgos encomienda al Consorcio de Compensación de Seguros. El CCS aparece como gestor de los fondos destinados para este tipo de cobertura y que se forman por la suma de las primas recaudadas por CESCE provenientes de las pólizas contratadas, los recobros de siniestros y las cantidades aportadas por el Estado que sean necesarias para la cobertura técnica de los riesgos asumidos. Según dispone el art. 36, el CCS es quien administra estos fondos, debiendo separar su gestión financiera, patrimonial y contable del resto de sus actividades. Por su parte el art. 37 establece el marco jurídico relativo a los movimientos de fondos correspondientes a las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado entre la compañía aseguradora CESCE y el Consorcio de Compensación de Seguros. Se establece la obligación de CESCE de transferir

⁴²¹ En mi *Banca pública y mercado...* dedico un capítulo, el V, a reflexionar acerca de la caracterización jurídica y las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación del principio de paridad de trato al caso de las empresas públicas competitivas. Me remito a él *in extenso*, págs. 279-337.

⁴²² Como se ha señalado *supra* en nota, la nueva LCSP obliga a determinadas empresas públicas a someterse a ciertos efectos a su regulación. Así, en concreto a lo dispuesto en su art. 42 LCSP en relación con el “perfil de contratante”.

mensualmente a la cuenta corriente que el CCS puede abrir en el Banco de España⁴²³, los ingresos por la primas recibidas, una vez deducida la comisión por gestión que el art. 37.1 reconoce a favor de CESCE, así como cualquier otro que pueda recibirse en concepto de recobro o devolución, incluidos en su caso los ingresos que puedan derivarse del reaseguro. También el Estado deberá ingresar en esta cuenta los fondos provenientes del correspondiente crédito presupuestario. El art. 37.3 prevé incluso que cuando los medios financieros disponibles resulten insuficientes para hacer frente a las obligaciones derivadas del seguro por cuenta del Estado, “el Ministerio de Hacienda podrá autorizar al Consorcio de Compensación de Seguros la apertura de cuentas de crédito en el Banco de España, de la cuantía y duración que estime necesarias”⁴²⁴. Finalmente, el número 4 del citado art. 37 hace mención, aunque sin concretar, al establecimiento del régimen de provisión de fondos entre la compañía CESCE y el Consorcio para satisfacer las obligaciones que surjan con ocasión de estos seguros por cuenta del Estado.

Aunque no se diga de modo expreso, queda claro el papel que el Estado se reserva en el sistema de seguro de crédito a la exportación con cobertura estatal: ser responsable *en última instancia* de las obligaciones que nazcan con ocasión de dichos seguros, en el supuesto, claro está, en el que tenga lugar el siniestro cuyo riesgo –político, extraordinario o comercial a largo plazo- cubrió.

Otras obligaciones que incumben a CESCE en relación con el Estado, son:

a) la contenida en el art. 38 del mencionado Decreto de 1971 relativa al modo de contabilizar estas operaciones⁴²⁵.

La “obligación de llevar cuentas separadas” a la que hace mención el art. 4 de la Directiva 2006/111/CE, de transparencia⁴²⁶, analizada en el capítulo anterior, se ha incorporado a nuestro Derecho interno mediante la aprobación de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las

⁴²³ El propio art. 37.1 dispone que el CCS abra una cuenta corriente a la vista a estos efectos en la sede central del Banco de España, bajo el título de “Consorcio de Compensación de Seguros. Seguro de Crédito a la Exportación por cuenta del Estado”.

⁴²⁴ La lectura de este artículo de 1971 ha de hacerse hoy en el nuevo contexto de disciplina bancaria que suponen los arts. 101 y 102 del TRCE, y que limitan intensamente el margen de maniobra de los Bancos Centrales Europeos a la hora de conceder vías de crédito a cualquier tipo de Administración u organismo público, incluidas también empresas públicas. Por otra parte, el sometimiento del Banco de España al TRCE ha quedado expresamente recogido en el art. 1.3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio de Autonomía del Banco de España, según la redacción dada por el art. 1 de la Ley 12/1998, de 28 de abril.

⁴²⁵ Se cumple así lo previsto en la Comunicación de 17 de septiembre de 1997, en su ap. 4.3, que exige “como mínimo, tener una administración y llevar una contabilidad separadas de sus seguros de riesgos negociables y no negociables”.

⁴²⁶ Recordemos que este artículo fue incorporado a la Directiva originaria de 1980, por la Directiva 2000/52/CE y alude a ciertos principios de contabilidad de gestión aplicables al caso de las empresas que estén obligadas a llevar cuentas separadas.

Administraciones públicas y las empresas públicas, y la transparencia financiera de determinadas empresas. En la Directiva, el cumplimiento de la obligación de llevar cuentas separadas recaía sobre los Estados miembros, destinatarios de la norma comunitaria. A partir de 2007 dicha obligación, en España, se transforma en un deber legal que recae sobre las empresas públicas, siendo responsable de su cumplimiento el órgano de administración de dichas empresas (art. 12 de la Ley 4/2007). La Intervención General del Estado es el órgano de la Administración al que la Ley encomienda la recepción de esta información (art. 9.1 de la Ley 4/2007).

Las empresas obligadas a llevar cuentas separadas serán aquellas que tengan concedidos “derechos especiales o exclusivos o le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general” y reciban “cualquier tipo de compensación por gestionar ese servicio de interés económico general o explotar esos derechos especiales o exclusivos” (art. 8.1 de la Ley 4/2007).

Tanto si entendemos que la gestión en monopolio de la cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación es un derecho especial o exclusivo como si interpretamos que se trata de la gestión de un servicio de interés económico general, CESCE se encuentra bajo este supuesto y, por tanto, obligada a cumplir lo previsto en el capítulo III de la Ley 4/2007. De esta forma, la obligación de contabilizar de modo separado las operaciones con cobertura pública prevista en el art. 38 del Decreto del 1971 se amplía y concreta a partir de abril de 2007, al determinarse en la Ley algunos criterios contables de asignación e imputación de ingresos y gastos (art. 12).

Hay que señalar que aunque la obligación de contabilidad separada prevista en el art. 38 del Decreto de 1971 y la del art. 8 de la Ley 4/2007 pudieran materialmente coincidir, difiere sustancialmente la finalidad a la que esta obligación sirve en un caso y en otro. Si en el primer caso se trata de garantizar la salud financiero-contable de la empresa CESCE, en el segundo, en el de la Ley de Transparencia, se pretende –en la medida en que la Ley sea capaz de asumir el espíritu de la Directiva cuyo contenido transpone– evitar la existencia de subvenciones cruzadas. Será importante tomar en consideración esta cuestión en orden a la correcta interpretación de su contenido y régimen jurídico.

b) por otra parte hay que reseñar la obligación impuesta por la disposición adicional única del Real Decreto 1237/1999, de 31 de junio, por la cual CESCE deberá notificar *aquello que resulte necesario en materia de información y decisión* al resto de compañías aseguradoras que actúen por cuenta de los Estados miembros de la Unión Europea, así como a la Comisión Europea⁴²⁷. En este caso los destinatarios de la información son las ECAs del resto de los

⁴²⁷ La incorporación de esta obligación responde al contenido en el capítulo IV del Anexo incluido en la Directiva 98/29/CE, relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre el seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo, sobre procedimientos de notificación.

Estados miembros, potenciales competidoras de CESCE en un mercado globalizado. Poco aclara el Real Decreto sobre qué “resulta necesario en materia de información y decisión”, cuándo habrá de aportarse dicha información o qué grado de detalle habrá de facilitarse.

c) A la obligación de información prevista en el Real Decreto de 1999 se añaden también las obligaciones de información a las que se refiere la nueva Ley 4/2007, de 3 de abril, antes citada. De entre estas obligaciones de información se distinguen, de una parte, la “información” sobre las relaciones financieras a la que se refiere el art. 3.1 de la citada Ley 4/2007 y que deben enviar a la Intervención General del Estado todas las empresas públicas estatales (en el caso de autonómicas o locales la información ha de remitirse por conducto del órgano competente)⁴²⁸ y, de otra, la “información” contable a la que se refiere el art. 9.1 de esa misma Ley, vinculada a la anteriormente referida obligación de llevar cuentas separadas⁴²⁹ y que también tiene como destinataria a la Intervención General del Estado.

Como ha podido apreciarse, el resultado de estas novedades normativas incide en la idea de *transparencia* (contable, de informe...). Este tipo de técnicas, que pretende incrementar la transparencia y favorecer el control, está en línea con el moderno derecho de la empresa y con los mecanismos jurídicos tendentes a impulsar el llamado *corporate governance* o “buen gobierno” en expresión castellana. Ciertamente los objetivos que pretenden satisfacerse en un caso y otro –transparencia de las relaciones financieras de las empresas públicas y buen gobierno de las empresas cotizadas- difieren, sin embargo las soluciones que el sistema jurídico ha elaborado poseen rasgos comunes.

⁴²⁸ Se trata de la información relativa a: la puesta a disposición de los fondos que hubiera efectuado la Administración estatal, autonómica o local, directa o indirectamente, la utilización efectiva de dichos fondos así como los objetivos perseguidos en la utilización de dichos fondos (art. 3.4 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y la transparencia financiera). Esto es, la información necesaria para conocer y controlar la posible existencia de ayudas de Estado, tal y como preveía desde su inicio la originaria Directiva 80/723/CEE.

⁴²⁹ En concreto: información separada sobre los ingresos y costes correspondiente a cada una de las actividades realizadas por la empresa, así como de los métodos de asignación e imputación empleados (art. 9.4, de la citada Ley 4/2007). En esta ocasión se trata de controlar y supervisar el cumplimiento de la obligación de llevar cuentas separadas prevista en el art. 8 de la misma Ley referida anteriormente. Sobre los criterios de asignación e imputación de ingresos y costes, el art. 11 de la Ley 4/2007 concreta una serie de principios contables que deberán ser tenidos en cuenta por las empresas públicas obligadas a llevar cuentas separadas.

- *El sistema institucional de prestación de la cobertura estatal de los riesgos políticos y extraordinarios español a la luz de las normas comunitarias de la competencia*

A) -Régimen jurídico-público derivado del principio de paridad de trato aplicable al caso del seguro de crédito a la exportación

Como ya se ha ido exponiendo, la presencia de una empresa pública de carácter competitivo determina la aplicación de ciertas reglas especiales del Derecho Comunitario de la competencia, cuya razón de ser viene condicionada precisamente por su carácter público, y que tiene su fundamento, en última instancia, en el principio de paridad de trato⁴³⁰.

La primera de estas reglas es el ya mencionado sometimiento al régimen de transparencia. Esto es, al conjunto de obligaciones que la Directiva de la Comisión 2006/111/CE impone a los Estados miembros: obligación que recae sobre los poderes públicos y que consiste principalmente en mantener informada a la Comisión acerca de las relaciones financieras que esos poderes tienen con sus empresas públicas. Para facilitar el cumplimiento de este régimen comunitario de transparencia se ha dictado la Ley 4/2007 de 3 de abril, citada en el apartado anterior. Como ya se ha señalado, la Ley transforma la obligación de los Estados miembros en deberes legales que recaen ahora sobre las empresas públicas -estatales, autonómicas o locales- precisamente por el hecho de ser públicas, configurando un régimen jurídico particular de derecho público, distinto de aquel al que se someten las empresas privadas y cuyo fin -al menos en la norma comunitaria- es el de garantizar que el mercado no resulte falseado por la interferencia de ayudas de Estado.

A este régimen general de transparencia, para el caso de las empresas que presten cobertura pública en los seguros de crédito a la exportación, se añaden con carácter especial las previsiones contenidas en la Comunicación de 17 de septiembre de 1997, reiteradamente citada en la primera parte de esta trabajo, y en la que se recomienda a los Estados la adopción de una serie de medidas en relación con la gestión que llevan a cabo en sus correspondientes sistemas de seguro de crédito a la exportación, con vistas a evitar la posible existencia de ayudas incompatibles con el Tratado, en el caso de los riesgos negociables. Concretamente la Comisión recomienda poner fin a:

- a) la concesión de garantías estatales sobre empréstitos o pérdidas;

⁴³⁰ Vid. Capítulo II. Epígrafe B.2

- b) la existencia de exenciones de la obligación de constituir reservas adecuadas y de las demás obligaciones derivadas de la legislación de supervisión en materia de seguros⁴³¹;
- c) la reducción o exención de impuestos y otros gravámenes;
- d) la concesión de ayudas o aportaciones de capital u otras formas de financiación *en circunstancias en las que un inversor privado que actuase en unas condiciones normales de mercado* no hubiera invertido en la empresa o en condiciones que no aceptaría un inversor privado⁴³²;
- e) la prestación, por parte del Estado, de servicios en especie, tales como acceso y utilización de infraestructuras e instalaciones estatales, o información privilegiada (por ejemplo, información sobre deudores obtenida por embajadas) en condiciones que no reflejan su coste⁴³³;
- f) el reaseguro por parte del Estado, ya sea directa o indirectamente a través de otro asegurador de crédito a la exportación público o con apoyo público, en condiciones más favorables que las ofrecidas en el mercado privado de reaseguros. Esta situación, lógicamente, conduce a un nivel de precios del reaseguro más bajo o a la creación artificial de capacidad que, de otro modo, no se obtendría en el mercado privado. En cuanto al reaseguro, puede incluso que el mero hecho de acceder al mercado de reaseguros privado como empresa pública, vinculada por tanto a la solvencia del propio poder público titular, puede favorecer en si misma la contratación de reaseguros en mejores condiciones. No cabe duda que en la contratación del reaseguro en las mismas condiciones para empresas públicas y privadas en el caso de los riesgos negociables, se encuentra una parte nada despreciable de la eficacia real del principio de paridad de trato en este sector⁴³⁴.

Como se puede apreciar la Comisión es particularmente detallista cuando se enfrenta a la competencia en el sector de los riesgos negociables del seguro de crédito a la exportación. Intenta así controlar la posible existencia de

⁴³¹ En este punto, me permito señalar la necesidad de habilitar sistemas de supervisión que garanticen la separación entre regulador y regulado. Una situación que, al margen de la consideración que ciertamente nos merece la Dirección General de Seguros, en España no se cumple, al menos formalmente.

⁴³² ¿Sería factible la privatización de la empresa pública aseguradora en sus circunstancias empresariales actuales sin la gestión de la cobertura pública?

⁴³³ Ya me he referido a esto *supra*. Insisto en la dificultad de medir y controlar este punto, si este tipo información discurre por cauces informales.

⁴³⁴ En este sentido han de interpretarse las consideraciones que hace la Comisión en el ap. 4.2, *in fine*, de la Comunicación de 17 de septiembre de 1997.

subvenciones cruzadas⁴³⁵. Con carácter instrumental y para a dar respuesta al riesgo de subvenciones cruzadas la Comisión sugiere el establecimiento de sistemas de contabilidad separada, al que ya me he referido con anterioridad.

Con todo, la pregunta sigue siendo si no sería preferible la separación de actividades –competitiva y no competitiva- en estructuras empresariales diferenciadas⁴³⁶. Una solución de este tipo implicaría para los poderes públicos una limitación sobre su potestad de autoorganización, que plantea muchas dudas desde la aplicación del principio de neutralidad del art. 295 TRCE⁴³⁷. La respuesta se sitúa necesariamente entre los criterios de oportunidad, fuera por tanto del juicio de conformidad a la luz del Derecho Comunitario. Sí es cierto, no obstante, que una solución que optase por la separación institucional, plantearía menos dudas y problemas desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Esta reflexión cobra importancia si, como han señalado CALVO-CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, el art. 86.1 se configura como una *lex specialis* frente a los arts. 81 y 82 del TRCE, esto es cuando se aplica al caso de las ententes o de los abusos de posición dominante. Se trata de una consecuencia del deber de lealtad de los Estados miembros a la Comunidad⁴³⁸. Este argumento resulta interesante en el contexto de este estudio en la medida en que nos encontramos ante un mercado, el de seguro de crédito a la exportación en su modalidad de riesgo negociable, en el que la posición de la empresa pública es, sin lugar a dudas, de dominio. ¿Hasta dónde deberá llegar ese deber de lealtad especial que implica el principio de paridad de trato del art. 86.1?

⁴³⁵ Tal y como apunta, por ejemplo, la Sentencia el Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2000, as. T-613/97, Ufex y otros/Comisión, (ap. 74) en relación con la consideración como ayuda de Estado del apoyo comercial o logístico que la parte reservada o no competitiva del negocio puede facilitar a la parte competitiva del mismo. En sentido semejante parece también sugerirlo el *Report of the European Commission to the Council of Ministers: Services of general economic interest in the banking sector*, tercer párrafo del ep 3.3, en relación con ciertas actividades bancarias con apoyo oficial.

⁴³⁶ Una solución de este tipo es la que se adoptó en 1991, para el caso de los créditos con apoyo público y su gestión por el ICO, en el sector bancario *Vid.* Real Decreto-ley 3/1991, de 3 de mayo y la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, que lo convalida.

⁴³⁷ También desde la interpretación de la neutralidad del art. 128.2 de la CE tal y como la interpreta FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 183.

⁴³⁸ *Vid.* *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 76. En este sentido destaca la STJCE de 10 de diciembre de 1991, as. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, *Rec. I*, págs. 5889 y ss.

¿Hasta el punto de evitar la adopción de medidas que, como el otorgamiento de derechos exclusivos, pueden reforzar las posiciones de dominio de las empresas públicas⁴³⁹?

B) -Algunas propuestas alternativas

Según se ha descrito hasta aquí, el mecanismo institucional escogido para dar cobertura pública a ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación pasa por encomendar, en exclusiva, a una empresa pública competitiva la gestión de la actividad de aseguramiento de los riesgos políticos y extraordinarios en el seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado. Una gestión que CESCE realiza a cambio de una contraprestación. Al tiempo que CESCE lleva a cabo esta función, desarrolla una intensa actividad comercial y ofrece a sus clientes un variado elenco de productos del ramo del seguro de crédito⁴⁴⁰ entre los que incorpora –comercialmente de modo indiferenciado- la posibilidad de contratar la mencionada cobertura pública del riesgo político y extraordinario⁴⁴¹. Esto es, comercializa una oferta de servicios globales, bien adaptada a la demanda de servicios de seguros que los potenciales clientes-asegurados requieren.

En estas circunstancias no es aventurado afirmar que la actual gestión, otorgada en exclusiva, de la cobertura pública de ciertos riesgos a la exportación por una de las empresas del sector *ope legis*, pone a esta empresa en situación de dominio en el mercado en el que opera, al facilitarle lo que en la práctica es una importante ventaja comercial, al favorecer la captación de clientes, sin ir más lejos⁴⁴². Cabe preguntarse si esta situación, o “medida” en

⁴³⁹ Esta es la situación que se plantea, entre otras, en las SSTJCE de 19 de marzo de 1991, A. C-202/88, Francia/Comisión y la de 17 de noviembre de 1992, A. ac. 271/90, 281/90 y 289/90, España, Italia, Bélgica y otros/Comisión, interpuestas respectivamente contra las Directivas 88/301/CEE, relativa a la competencia en el mercado de los terminales de telecomunicación y 90/388/CEE, relativa a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

⁴⁴⁰ Entre éstos están la Póliza Abierta de Gestión de Exportaciones (PAGEX), la Póliza 100 Seguro de Crédito a la Exportación para PYMES, la Póliza Individual de crédito suministrador, la Póliza de Confirmaciones de créditos documentarios, la Póliza abierta de crédito interior, la Póliza abierta de seguro de caución; todos ellos a corto plazo. Entre los productos a largo plazo ofrece: la Póliza de crédito comprador, la Póliza individual de crédito suministrador a medio/largo plazo, la Póliza de confirmaciones de créditos documentarios abierta e individual, la Póliza de ejecución de fianzas, la Póliza de garantías bancarias, la Póliza de seguro de operaciones de compensación, las operaciones de *project-finance* y la Póliza de seguro de inversiones en el exterior. La información puede consultarse en la página *web* de CESCE.

⁴⁴¹ La información comercial que la empresa ofrece en la red no permite saber si la cobertura del riesgo político es por cuenta propia o por cuenta del Estado.

⁴⁴² Ésta que apunto sería una ventaja no mencionada en la Comunicación de 1997, de difícil cuantificación, pero no por ello despreciable. Por su parte, el Tribunal de 1ª Instancia, en su

expresión del art. 86.1 TRCE, puede, quizá, *amenazar con falsear* la competencia en este ramo del sector asegurador.

Para neutralizar este riesgo existen, al menos, dos vías: que la actividad de cobertura por cuenta del Estado de ciertos riesgos en el seguro de crédito a la exportación se preste directamente, por la propia Administración o bien, que se preste indirectamente, a través de un tercero mediante alguna de las modalidades contractuales que prevé la legislación en materia de contratos públicos para la prestación de servicios⁴⁴³.

Así, la gestión directa podría tener lugar a través de alguna dependencia administrativa especializada, o bien, mediante la creación de un ente público *ad hoc* –organismo autónomo, entidad pública empresarial o agencia estatal⁴⁴⁴-. Sin ir más lejos ésta es la opción que se ha seguido para el caso de la reparación de los daños catastróficos por parte del Consorcio de Compensación de Seguros. También es la opción escogida en el sector crediticio por la Ley 25/1991, de 21 de noviembre al separar, por un lado, la actividad bancaria en competencia –que iba a llevar a cabo el grupo Argentaria- y la actividad crediticia subvencional, que siguió encomendada al ICO⁴⁴⁵. Quizá podría hacerse también creando una sociedad mercantil especializada de capital enteramente público a la que se le encomendase en exclusiva esta función y cuyo único objeto social fuese la gestión de las pólizas de riesgos políticos y extraordinarios con cobertura estatal en los seguros de crédito a la exportación. Podría tener la condición de medio propio y servicio técnico de los que aparecen mencionados en el art. 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público y constituir una encomienda de gestión en el sentido señalado en dicho precepto. Una opción semejante –aunque con capital mixto, pero mayoritariamente público por disposición de la Ley- fue la que se adoptó al crearse CESCE en 1971, si bien en un contexto histórico muy diferente, en el que no existía mercado asegurador para este tipo de riesgos,

sentencia de 7 de junio de 2006, as. T-613/1997, UFX y otros/Comisión, contempla la posibilidad de considerar como ayuda de Estado la “transmisión de la clientela” (ap.171).

⁴⁴³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2ªed., ed. CEURA, Madrid, 2000, págs. 322 y ss. Sobre las formas de gestión de los servicios públicos me remito al siempre actual trabajo de SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 4ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1999.

⁴⁴⁴ Sobre las agencias estatales, como nueva modalidad de administración institucional, puede verse PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos*, ed. Comares, Granada, 2007; MARTÍN-CARO GARCÍA, F., BETTSCHEN CAPA, A. y ESTOA PÉREZ, A., *Las Agencias Estatales*, ed. Iustel, Madrid, 2007 y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “Modelo de administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos”, en ALENZA GARCÍA, J.F. y RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., (dirs.), *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje a Francisco González Navarro*, ed. Gobierno de Navarra/Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 397-426.

⁴⁴⁵ Vid. mi *Banca pública y mercado...* cit., págs. 254 y ss.

constituyendo un ejemplo de iniciativa pública económica de carácter subsidiario⁴⁴⁶.

En este sentido, la opción más realista entiendo que pasa por hacer uso de los elementos institucionales ya existentes, concretamente del Consorcio de Compensación de Seguros, que podría pasar a hacerse cargo no sólo de la intermediación, como hasta ahora, sino de toda la gestión de la cobertura pública del riesgo político y extraordinario. Las dificultades más importantes estarán, en este caso, en la necesidad de dotar al Consorcio de medios personales especializados en esta gestión, que incluye desde el análisis de riesgos, hasta la contratación, el seguimiento de las operaciones, la verificación de los siniestros y, llegado el caso, la gestión eficaz del recobro.

Al margen de esta vía de gestión directa mediante organismo o ente diferenciado, la Administración puede recurrir a las vías de gestión indirecta⁴⁴⁷. Es decir, a la gestión del servicio mediante contrato. Esta vía pasa por exigir la apertura de procedimientos de adjudicación para seleccionar la empresa de seguros –pública de mercado o privada- a la que se le encomiende la gestión de este servicio. Una forma de gestión indirecta, en la que la empresa concesionaria ponga al servicio de la Administración sus medios personales y materiales para el cálculo y cobro de las primas, el pago de los siniestros si los hubiera y la gestión de los recobros cuando ello sea posible, -por ejemplo- en las condiciones que la propia Ley 10/1970 determina y que lleva a cabo CESCE en la actualidad. Sin duda, el mecanismo de la contratación pública permitiría neutralizar las posibles ventajas económicas que la gestión de la cobertura del riesgo político y extraordinario por cuenta del Estado pudiera reportar⁴⁴⁸.

De entre los contratos administrativos típicos, la modalidad que mejor puede adaptarse para satisfacer la necesidad de los poderes públicos, entiendo que

⁴⁴⁶ Sobre el principio de subsidiariedad durante el franquismo, *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad..." cit., págs. 171-172.

⁴⁴⁷ Es decir, a lo dispuesto por los arts. 154 y ss. del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones públicas.

⁴⁴⁸ Un problema parecido se planteó ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, con ocasión precisamente de la creación de Argentaria y en relación con el uso que, hasta fin de 1997, hizo el banco Caja Postal, S.A. de las oficinas de correos, pertenecientes al entonces organismo público Correos y Telégrafos. El TDC resolvió el asunto mediante la Resolución de 3 de febrero de 1999, a favor de Caja Postal y Argentaria y desoyó los argumentos de los demandantes que aducían prácticas colusorias y actos desleales que falseaban la competencia. No obstante, una vez finalizado el plazo del contrato con Caja Postal, el Estado, a través de Correos y Telégrafos optó por sacar a concurso el contrato para la utilización de sus oficinas, que finalmente ganó otro banco privado. Sobre esta resolución, *vid.* mi *Banca pública y mercado...* cit. págs. 366-367.

podiera ser la del contrato de servicios (arts. 10 y 277 y ss. de la LCSP), modalidad contractual que la LCSP configura con un cierto carácter residual⁴⁴⁹.

Con todo, la opción por la solución contractual plantea algunas cuestiones. Así, considerando que el art. 277.1 de la LCSP determina que la modalidad de contrato de servicios regulada en dicha Ley, no implica ejercicio alguno de autoridad, habrá que tener en cuenta que, en el caso de la gestión de la cobertura pública en los seguros de crédito a la exportación, la calificación final sobre si un siniestro determinado queda incluido o no dentro de la lista de riesgos no negociables –ocurrió por ejemplo con ocasión del “corralito financiero” en Argentina-, es competencia de la Administración y sí supone ejercicio de autoridad. Esta decisión, que queda al margen de la tarea y de la gestión que en su caso llevaría a cabo como intermediario-gestor quien resultase adjudicatario del mencionado procedimiento contractual, incide sin embargo directamente en el contenido del contrato.

También podría resultar problemática la regulación que hace el art. 279.1 de la LCSP, en relación con la duración máxima en este tipo de contratos y que ha quedado fijada en cuatro años. Bien es cierto que, a diferencia de la normativa anterior, el legislador del 2007 ha previsto la posibilidad de que, con carácter excepcional, el Consejo de Ministros pueda autorizar, de forma singular, para contratos determinados, plazos de duración superior. En este punto, como he dicho, la LCSP modifica la anterior normativa, flexibilizando la regulación de la duración, lo cual podría favorecer la opción por esta vía alternativa de prestación indirecta de un servicio de interés general.

Es más, tras la aprobación de la LCSP, cabe incluso plantear como hipótesis la posibilidad de que la Administración competente pudiera poner en marcha un contrato de colaboración público-privada. En particular bajo el supuesto que recoge su art. 11.1d); esto es, en el caso de que el objeto del contrato consista en la prestación de “servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”. Formulada de este modo tan difuso permite, al menos, elucubrar sobre esta hipotética solución siempre que suponga “una actuación global e integrada” que incluya, junto con la citada prestación, la necesaria financiación de la actividad.

Al margen de los contratos administrativos típicos⁴⁵⁰, la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas contempla la posibilidad de que puedan acordarse otras modalidades contractuales “por su especial vinculación al giro o tráfico administrativo ..., *por estar vinculados a satisfacer de forma directa o*

⁴⁴⁹ El art. 10 de la LCPS ha delimitado como “contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado *distinto de una obra o suministro*”. En el Anexo II de la LCSP se enumeran las diversas categorías de contratos, en una lista abierta.

⁴⁵⁰ Me refiero a los que aparecen mencionados en el art. 19.1a) LCSP.

inmediata una finalidad pública... o por declararlo así una Ley” (art. 19.1b) LCSP). También éstos, lógicamente, están sometidos a las exigencias que la legislación contractual administrativa establece para la adjudicación y selección del contratista con objeto de garantizar la concurrencia⁴⁵¹, esto es, la igualdad de oportunidades de los agentes privados ante los recursos disponibles de los poderes públicos, la transparencia y la publicidad.

Incluso el diseño de un contrato privado adaptado a las particularidades que exige la gestión de la cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación celebrado por la Administración, (art. 20.1 LCPS) exigiría que en su preparación y adjudicación la Administración se sometiese a la normativa de contratos públicos (art. 20.2 LCSP). Esta posibilidad de diseñar un contrato adaptado, también permitiría neutralizar el posible falseamiento o amenaza de falsear el mercado asegurador, mediante la aplicación de los principios de “libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos” (art. 1.1 LCSP) propios de las normas de contratación pública, al tiempo que podría favorecer una solución más eficiente desde el punto de vista económico.

⁴⁵¹ Según se desprende del art.19.2 LCSP.

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA CITADA

Tribunal de Justicia

- STJCE de 14 de julio de 1981, as. C-172/80, Gerhard Züchner/Bayersiche Verinsbank
- STJCE de 6 de julio de 1983, ass. C-188/80 a C-190/80, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión, Rec. I, págs. 2545 y ss.
- STJCE de 16 de junio de 1987, as. 118/85, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato
- STJCE de 13 de marzo de 1985, ass. 318/82 y 296/82, Pays Bas et Leewarder Papierfabriek/Comisión, Rec., págs. 817 y ss.
- STJCE de 10 de julio de 1986, as. 40/85, Bélgica/Comisión (Boch), Rec., págs. 2321 y ss.
- STJCE de 10 de julio de 1986, as. 234/85, Bélgica/Comisión (Meura), Rec., págs. 2263 y ss.
- STJCE de 24 de febrero de 1987, as. 310/85, Deufil, Rec. págs. 901 y ss.
- STJCE 14 de febrero de 1990, as. 301/87, Francia/Comisión (Boussac), Rec. págs. 307 y ss.
- STJCE de 21 de marzo de 1990, as. 142/87, Bélgica/Comisión (Tubemeuse), Rec. págs. 595 y ss.
- STJCE de 21 de marzo de 1991, as. 303/88, Italia/Comisión (INI-Lanerossi), Rec. I, págs. 1433 y ss.
- STJCE de 3 de octubre de 1991, as. 261/89, Italia/Comisión, Rec. I, págs. 4437 y ss.
- STJCE de 19 de marzo de 1991, as. C-202/88, Francia/Comisión, Rec. I, págs. 1223 y ss.
- STJCE de 18 de abril de 1991, as. C-63/89, Assurances du Crédit/Consejo y Comisión.
- STJCE de 10 de diciembre de 1991, as. C-179/90, Mercati Convenzionali Porto di Genova, Rec. I, págs. 5889 y ss.
- STJCE de 16 de junio de 1993, as. C-325/91, Rec. I, págs. 3283 y ss., Francia/Comisión

- STJCE de 27 de octubre de 1993, as. C-46/90 y C-98/90, Lagauche y otros/RTT Bélgica, Rec. I, págs. 5267 y ss.
- STJCE de 27 de octubre de 1993, as. C-69/90, Decostter, Rec. I, págs. 5335 y ss.
- STJCE de 15 de marzo de 1994, as. C-387/92, Banco de Crédito Industrial, S.A./Ayuntamiento de Valencia, Rec. I, págs. 877 y ss.
- STJCE de 22 de junio de 1994, A. C-44/93, Rec. I, págs. 3831 y ss., Namur- Les assurances du crédit
- STJCE de 26 de marzo de 1996, as. 238/94, García y otros, Rec. I, págs. 1675 y ss.
- STJCE de 4 de marzo de 1999, as. C-119/97, Ufex y otros/Comisión
- STCE de 20 de abril de 1999, as. C-241/97, Försäkringsatibolaget Skandia
- SJTCE de 21 de septiembre de 1999, as. C-67/97, Albany Internacional BV
- SJTCE de 21 de septiembre de 1999, ass. C-115/97, C-116/97 y 117/97, Brentjens
- STJCE de 23 de noviembre de 1999, as. C-149/96, Portugal/Consejo
- STJCE de 16 de diciembre de 1999, as. C-239/98, Comisión/Francia
- STJCE de 11 de mayo de 2000, as. C-296/98, Comisión/Francia
- STCE de 18 de mayo de 2000, as. C-206/98, Comisión /Bélgica
- STCE de 12 de septiembre de 2000, ass. C-180/98, C-181/98, C-182/98, C-183/98 y C-184/98, Pavel Pavlov y otros
- STCE de 21 de septiembre de 2000, as- C-222/98, A. Hendrik van der Wonde
- STCE de 21 de septiembre de 2000, as. C-109/99, Association basco-béarnaise des opticiens indépendantes
- STJCE de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, B.S.M. Smits, esposa de Geraets
- STJCE de 5 de marzo de 2002, as. C-386/00, Axa Royale Belge y otros

- STJCE de 25 de julio de 2002, as. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo
- STJCE de 26 de septiembre de 2002, as. C-351/98, Reino de España/Comisión (Plan RENOVE)
- STJCE de 12 de diciembre de 2002, as. C-209/00, Comisión/República Federal de Alemania.
- STJCE de 24 de julio de 2003, as. C-280/00, Altmark Trans
- STJCE de 24 de noviembre de 2003, ass. C-34/01 a C-38/01, Enirisorse SpA.
- STJCE de 1 de abril de 2004, as. C-263/2P, Comisión/Jégo-Quééré et Cie. SA.
- STJCE de 5 de junio de 2005, as. C-174/2005, Comisión/ Italia

Tribunal de Primera Instancia

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 1997, as. T-77/95, SFEI y otros/Comisión
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de noviembre de 1997, as. T-149/95, Etablissements J. Richard Ducros/Comisión
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2000, as. T-613/97, UFEX y otros/Comisión
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 29 de septiembre de 2000, a.T-55/99, Confederación de Española de Transportes de Mercancías /Comisión
- Sentencia el Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2000, as. T-613/97, Ufex y otros/Comisión
- Sentencia el Tribunal de Primera Instancia, de 19 de septiembre de 2001, as. T-58/99, Munkand Ltd. y otros
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de mayo de 2002, as. T-177/01, Jégo-Quééré et Cie. S.A./Comisión
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2003, ass. T-228/99 y T-233/99, asunto Westdeutsche Landesbank Girozentrale
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 7 de junio de 2006, as. T-613/97, UFEX y otros/Comisión

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988.

AAVV, *Crédito Oficial*, ed. IEF, Madrid, 1971.

AAVV, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

AAVV, *El seguro y el crédito a la exportación en los países de Europa Occidental*, ed. Instituto de Desarrollo Económico, Madrid, 1972.

AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003.

AAVV, *Estudios y comentarios a la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997.

AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*. Colloque 1986, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988.

ABATE, A., "Droit communautaire , privatisations, dérèglementations", *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, núm. 3, págs. 11-73.

ADRIÁN ARNÁIZ, A.J Y SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Política Comercial Común", en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Coors.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, ed. Instituto de Estudios Europeos/Caja Duero/Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 271-302.

ALMANJO PABLOS, L.M., "El nuevo estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros", *RES*, núm. 67, 1991, págs. 75-92.

ALMANJO PABLOS, L.M., "Los riesgos extraordinarios y el reaseguro en el Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros", en *Previsión y Seguro*, núm. 12, 1991, págs. 11-26.

ALMANJO PABLOS, L. M., "Las claves jurídicas de la ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados", en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 139 y 140, agosto-septiembre, 1996, págs. 7-23.

ALONSO GARCÍA, R., "El *soft law* comunitario", *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 63 y ss.

- ALONSO UREBA, A., *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985.
- ALONSO UREBA, A., *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, ed. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1988.
- ALSEM, K.F., ANFUFJEW, J., HUIZINGH, K.R.E., KONING, R.H., STERKE, E. y WOLTIL, M., *Inasegurability of export credit risks*, publicado en SOM Reserch Report 03F07 (disponible en <http://ideas.repec.org/p/dgr/rugsom/03f07.html>), de 2003.
- ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J.M., “Libre circulación de mercancías: Unión aduanera y política comercial”, en ILLIESCAS ORTIZ, R. Y MOREIRA GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, ed. Colex, Madrid 2001, págs. 19-54.
- ARIAS MOREIRA, J.C., *La Banca Oficial en España*, ed. IEF, Madrid, 1986.
- ARIÑO ORTIZ, G., “La empresa pública”, en *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II., ed. IEE, Madrid, 1981, págs. 14 y ss.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, ed. Comares, Granada, 1999.
- ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- ÁVILA, A.M., CASTILLO, J.A. y DÍAZ MIER, M.A., *Política comercial exterior de la Comunidad Europea*, ed. Pirámide, Madrid, 1997.
- BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., *El consorcio de compensación de seguros*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BASSOLS COMA, M., “Los principios económicos de la Constitución y la ordenación del Seguro privado”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 85-106.
- BASTIN, J., *L'Assurance-crédit dans le monde contemporain*, ed. Editions Jupiter et Editions de Navarre, París, 1978.
- BASTIN, J., (trad. PÉREZ DE AGREDA, E., y GAMBRA GUTIÉRREZ, I.), *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, ed. Mapfre, Madrid, 1980.
- BASTIN, J., *Le paiement de dette d'autrui. La caution, la garantie, les fonds de garantie, etc...* ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1999.

BERMEJO GARCÍA, R. y SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., “Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro”, en *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 12, 1996, págs. 147-200.

BIANCARELLI, “L’ evolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de prestations des services dans le secteur des assurances”, *Revue du Marché Commun*, núm. 303, 1987, págs. 35 y ss.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La libre prestación de servicios en materia de seguro. Algunas reflexiones sobre la STJCE de 4 de diciembre de 1986”, *La Ley*, 30 de noviembre de 1987.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del seguro privado ante la libre prestación de servicios del TCEE. Un análisis a la luz de los principios de la jurisprudencia del TJCEE”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 285-306.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., voz “Seguro (Derecho Comunitario)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 6128-6135.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., y CARBONELL, J., “Actividad en régimen de establecimiento y libre prestación de servicios”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 291-332.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del Derecho de la Competencia a la actividad aseguradora”, en *RES*, núm. 104, 2000, págs. 731–766.

BOTANA AGRA, M., “Aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del art. 90.2 del Tratado CEE”, en AAVV, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 349-362.

BOURGOIS, J.H.J., “Les engagements internationaux de la Communauté et leurs implications sur le plan interne”, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*. Colloque 1986, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988, págs. 161-184.

BOURGOIS, J.H.J., “L’avis de la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de la l’Uruguay Round: une vis mitigé”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 4, 1994, págs. 11 y ss.

BUSTAMANTE, A., SUÁREZ, M., e IBÁÑEZ, L.A., “El futuro del seguro de crédito a la exportación en la Comunidad Económica Europea.”, *Información Comercial Española*, núm. 718, 1993, págs. 25-35.

CABALLERO SÁNCHEZ, A., “Anotaciones al sistema de seguro de crédito a la exportación”, en *Riesgo y Seguro*, núm. 21, 1968, págs. 11 y ss. y 22, págs. 11 y ss.

CABANILLAS ALONSO, P., “La aplicación del Derecho de la Competencia al sector seguros”, *Noticias/CEE*, 1988, núm. 46, pp. 17-32.

CADENAS CORONADO, J., “Derecho Comunitario de la Competencia en el sector bancario”, *RDBB*, núm. 45, 1992, págs. 167-186.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex-Nova, Valladolid, 2004.

CALVO SOTELO, J. *Mis servicios al Estado. Seis años de gestión. Apuntes para la Historia*, 2ª edición, ed. IEAL, Madrid, 1967.

CALVO-CARAVACA, L.A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y Derecho de la Competencia en el CEE: una aproximación”, *RGD*, núm. 583, 1993, págs. 3379-3447.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Acceso y ejercicio de la actividad aseguradora en la Unión Europea. La licencia única”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 333-348.

CALVO-CARAVACA, L.A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, ed. Colex, Madrid, 2001.

CAMINO BLASCO, D. y CARDONE RIPORELLA, C. “El seguro de crédito a la exportación en los países de la OCDE (Evaluación de los resultados de los aseguradores públicos)”, *Cuadernos de la Fundación*, núm. 18, Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 1994.

CANDELARIO MACÍAS, M.I., *Seguro de crédito y práctica concursal*, ed. Dykinson, Madrid, 1999.

CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

CASSIA, P. “Continuité et rupture dans le contentieux de recevabilité du recours d’annulation des particuliers. À propos d l’arrêt *Jégo-Quéré* du 3 de mai 2002 du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (Aff T-177/01)”, *Revue du Marché commun et de L’Union européenne*, núm. 461, septembre, 2002, págs. 547-559.

CEBADA ROMERO, A., “El efecto directo de los acuerdos OMC: la sentencia de 23 de noviembre de 1999 (Portugal c. Consejo, C-149/96) o la obstinación del TJCE”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, págs. 171-193.

CLAROTTI, P., “Vers un marché común des banques”, *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 1989, págs. 504-516.

CLAROTTI, P. “Estructura de la supervisión bancaria en el mercado interior europeo”, *Papeles de Economía Española*, núm. 58, Madrid, 1994, págs. 14-25.

CONDE LÓPEZ, F. y HURTADO OCAÑA, I., *Política comercial de la Comunidad Europea*, ed. Pirámide, Madrid, 2000.

CONTANTINESCO, V., “Les compétences internationales de la Communauté et les États membres à travers l’Acte Unique européen”, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988(?), págs. 63-78.

COSCULLUELA MONTANER, L., “Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico”, en AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 109-138.

DAS, B. L., *La OMC y el sistema multilateral del comercio: pasado, presente y futuro*, trad. M. L. MAZZA, ed. Icaria, Barcelona, 2004.

DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 111-144.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DE LA MANO BOJ, M. “El sector público en el seguro privado: especial consideración del consorcio de compensación de seguros”, *Hacienda Pública Española*, núm. 98, 1986, págs. 105-115.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam”, *Aranzadi Administrativo*, Boletín mensual núm. 4, junio, 1998, págs. 1-7.

DE LA RIVA, I.M., *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Seguro de crédito a la exportación*, Madrid, 1969.

DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros*, 3º ed., Madrid, 1983.

DEL CAÑO ESCUDERO, “El marco normativo del sector de seguros español”, *Hacienda Pública Española*, núm. 98, 1986, págs. 61-71.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Estudio de la nueva Corporación Bancaria de España, S.A., particularmente a la luz del Derecho Comunitario Europeo”, *RDBB*, núm. 44, 1991, págs. 939-966.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Presupuestos jurídico-públicos de las instituciones paraconcursoales”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, págs. 63-98.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

DEL VALLE SCHAAN, M., “La incorporación de las terceras Directivas comunitarias”, en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 139 y 140, agosto-septiembre, 1996, págs. 121-126.

DÍAZ LEMA, J.M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, ed. Instituto de Estudios Fiscales/Instituto Oficial de Crédito, Madrid. 1985.

DÍAZ LEMA, J.M., “Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre”, *Justicia Administrativa*, 2005, núm. 27, págs. 5-34.

DÍAZ MIER, M. A., *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, ed. Síntesis, Madrid, 1996.

DIDIER, P. *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne*, ed. Bruylant, Bruselas, 1997.

DIEZ PICAZO, L.M., “La idea de servicios de interés general”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, págs. 249 y ss.

DONY-BARTHOLOME, M., “La notion d'aide d'État”, *Cahiers de Droit Européen*, 1993, págs. 399-416.

EHLERMANN, C.D., “L'Acte Unique et les compétences externes de la Communauté: un progrès?”, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988, págs. 79-90.

EHLERMANN, C.D., “Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État”, *Revue du Marché Común et de l'Union Européenne*, 1992, págs. 613- 620.

EHLERMANN, C-D. "Le huile et la sel: le secteur bancaire et le droit européen de la competence", *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 3, 1993, págs. 457-475.

EMBID IRUJO, A., *Ordenación del seguro y competencias de los poderes públicos*, ed. CEDECS, Madrid, 1997.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C., "El Consorcio de Compensación de Seguros", en SÁNCHEZ CALERO, F, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.) *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, ed. Thomson/Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, págs. 567-600.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *La subvención: concepto y régimen jurídico*, ed. IEF, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., "El control de las ayudas financieras nacionales", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 619-647.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, ed. Civitas/Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica", AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 165-184.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ciudad Argentina-INAP, Buenos Aires, 2003.

FERNÁNDEZ PONS, X., *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional: un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, ed. Marcial Pons, Madrid 2006.

FERRANDO VILLALBA, M.L., "Comentario a los arts. 69 y ss.", en AAVV, *El Contrato de seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 402 y ss.

FLORY, T., *L'organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, ed. Bruylant, Bruselas, 1999.

FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

FONTAINE, M., *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruselas, 1966.

GALLARDO RODRÍGUEZ, J., “Instrumentos de cobertura del riesgo de crédito comercial a la exportación”, en AAVV, *Factbook Comercio Exterior*, ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, págs. 1185-1239.

GALLEGOS ROMERO, J.E., “El seguro de crédito”, en AAVV, *El seguro y el crédito a la exportación en los países de Europa Occidental*, ed. Instituto de Desarrollo Económico, Madrid, 1972, vol. III.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA RUIZ, J., “Instituciones y técnicas crediticias”, en AAVV, *El seguro y el crédito a la exportación en los países de Europa Occidental*, ed. Instituto de Desarrollo Económico, Madrid, 1972, vol. II.

GARCÍA SANTOS, Mª N., “Análisis del impacto de la regulación financiera”, *ICE-Evaluación de Políticas públicas*, Mayo-Junio, 2007, pp. 51-74.

GHERARI, H y THOUVENIN, J-M., “Chronique de l’Organe de Règlement des Différences OMC 2002-I”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, núm. 466, 2002, págs. 183-193.

GOEBBELS, R, *Informe sobre el sistema monetario internacional –cómo conseguir que funcione mejor y evitar las crisis en el futuro (2000/2017 (INI))*, de 13 de septiembre de 2001, Parlamento Europeo.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *Política Comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “La Política Comercial Común”, en LÓPEZ ESCUDERO, M. Y MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, ed. McGrawHill, Madrid, 2000, págs. 411-437.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “¿Del servicio público a los mercados de interés general?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm, 12, Madrid, 2001, págs. 63-78.

GUATIA, A., *Derecho Administrativo especial*, vol. III, 2ª ed., ed. Librería General, Zaragoza, 1967, pags. 163 y 164.

HERNÁNDEZ ARMENTEROS, J., *La Banca pública española (1962-1988). La modernización de sus estructuras financieras*, ed. IEF-ICO, Madrid, 1986.

HERNANDO DE LARRAMENDI, I., “Intervención económica estatal en el seguro privado”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 29, 1950, págs. 1185-225.

HERNANDO DELGADO, J., *La exportación. Manual de su regulación jurídico-administrativa*, ed. IEAL, Madrid, 1973.

HERRMANN, C.W., "Common commercial policy after Nice: Sisyphus would done a better job", *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, págs. 7-29.

HUERGO LORA, A., "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas", *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 129-171.

ILLIESCAS ORTÍZ, R., "La construcción del mercado comunitario de seguros: cuatro sentencias del TJCE (casos 220/83, 252/83 y 206/84)", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 14, 1987, págs. 741 y ss.

ILLIESCAS ORTÍZ, R., *Ley de Ordenación de los seguros privados*, ed. Tecnos, Madrid, 1996.

IRURZUN MONTORO, F., *Honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras y otras actividades*, ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

JACKSON, J. H. Y SYKES, A.O., *Implementing the Uruguay Round*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1997.

JACKSON, J. H., *The World Trade Organization: constitution and jurisprudence*, ed. Royal Institute of International Affairs, Londres, 1999.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., *El seguro de crédito a la exportación*, ed. Tecnos, Madrid, 1965.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., "De nuevo sobre el seguro de Crédito a la exportación", en *Riesgo y Seguro*, núm. 25, 1969, págs. 62-81.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Régimen de infracciones y sanciones", en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 191-198.

JORDANA DE POZAS, L., "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho Administrativo", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, págs. 41-54.

JORDANO FRAGA, J., *La reparación de daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, ed. Marcial Pons e Instituto Universitario de Derecho Público "García Oviedo", Madrid, 2000.

KAPTEIN, P.J., "Quelques précisions sur les effets des accords internationaux lian la Communauté dans l'ordre juridique communautaire", *Hacia un nuevo*

orden internacional europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco, Madrid, 1993, págs. 1001 y ss.

KINDLEBERGER, F., *Historia financiera europea*, ed. Crítica, Barcelona, 1988.

KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, R. *The emergence of global administrative law*, 2005, <http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/17>

KOVAR, R. “Les compétences implicites: la jurisprudence de la Cour et pratique communautaire”, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988, págs. 15-36.

KOVAR, R., “La legalité de la Directive 87/343/CEE du Conseil de Communautés européennes sur l’assurance-crédit”, *Bulletins des Assurances*, 1989, núm, 286, pág. 30 y ss.

KOVAR, R., “Les prises de participations publiques et le régime communautaire des aides d’État”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1992, págs. 109-131.

LAGUNA DE PAZ, J.C., *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1991.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1191-1232.

LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, ed. Thomson/Civitas, Cizur menor (Navarra), 2006.

LENAERTS, K., “Les répercussions des compétences de la Communauté Européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la “preemption””, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988, págs. 37-62.

LEVIT, J. K., “The dynamics of International trade finance regulation: the Arrangement on officially supported export credit”, *Harvard International Law Journal*, 2004, núm 45, págs. 65-141.

LEVIT, J. K., “A bottom-up approach to international lawmaking: the tale of three trade finance instruments”, *Yale Journal International Law*, 2005, núm, 30, págs. 125-210.

LEVIT, J. K., “A cosmopolitan view of bottom-up transnational lawmaking: the case of export credit insurance”, *Wayne Law Review*, 2005, núm. 51, págs. 1193 y ss.

LICKOVA, M. *La communauté européenne et le système GATT/OMC : perspectives croisées*, ed. CERDIN, Paris, 2005.

LINDE PANIAGUA, E. *Derecho público del Seguro*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

LINDE PANIAGUA, E., "Condiciones de acceso a la actividad aseguradora (arts. 6 a 12)", en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 205-240

LINDE PANIAGUA, E., "Condiciones de acceso a la actividad aseguradora, régimen cautelar y sancionador", en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 47-110.

LÓPEZ ESCUDERO, M., y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario material*, de. McGrawHill, Madrid, 2000.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B., "Alcance y aplicación del art. 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la Jurisprudencia Comunitaria", *REDA*, núm. 102, 1999, págs. 297-314.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B., "Finalidad y realidad en el derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica", *Revista Empresa y Humanismo*, vol. VII, I/04, Pamplona, 2004, págs. 61-81.

LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *El derecho de las subvenciones en la OMC*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

MAGIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, ed. INAP, Madrid, 2000.

MANSILLA F., *Integración del Seguro en la Comunidad Económica Europea. Libertad de prestación de servicios: aceleración del proceso, problemática y actuaciones posibles*, ed. Editorial Española de Seguros, Madrid, 1988.

MANZANEDO MATEOS, J.A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, de. INAP, Madrid, 1968.

MANZANEDO MATEOS, J.A. y otros, *Curso de Derecho Administrativo económico*, ed. INAP, Madrid, 1970.

MARCHÁN MARTÍN, R., "Reflexiones sobre un seguro singular: el de crédito a la exportación", *Hacienda Pública Española*, núm. 98, 1986, págs. 243-253.

MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La competencia de la CE para celebrar el acuerdo de la OMC (Comentario al Dictamen del TJCE 1/94, Acuerdo OMC, de 15 de noviembre de 1994)”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, págs. 593-617.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Derecho Comunitario de la Competencia (III): actuaciones anticompetitivas de los poderes públicos”, en LÓPEZ ESCUDERO, M., y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario material*, de McGrawHill, Madrid, 2000, págs. 189-206.

MARTÍN-CARO GARCÍA, F., BETTSCHEN CAPA, A. y ESTOA PÉREZ, A., *Las Agencias Estatales*, ed. Iustel, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ CORTINA, R., “El crédito a la exportación”, en AAVV, *El seguro y el crédito a la exportación en los países de Europa Occidental*, vol. II, ed. Instituto de Desarrollo Económico, Madrid, 1972.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Los consorcios en el Derecho español (Análisis de su naturaleza jurídica)*, ed. IEAL, Madrid, 1974.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho administrativo*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Transparencia de las relaciones financieras a las empresas públicas”, *Noticias/CEE*, núm. 33, 1987, págs. 13-25.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “*La ayuda Estatal*” a las empresas en el derecho comunitario europeo, pro manuscrito, Valladolid, 1987.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública (Comentario a Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 1987, causa 118-85, asunto Comisión v/Italia, “Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato”), *Noticias/CEE*, núm. 42, 1988, págs. 163-167.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de la acción de la Administración pública”, en *Libro Homenaje al profesor Jose Luis Villar Palasí*, ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 751-768.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Subvenciones e igualdad”, *REDA*, núm. 65, 1990, págs. 119-129.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La nueva regulación económica en España”, en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *El nuevo servicio público*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 185-269.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., voz “empresa pública”, en BIGLINIO CAMPOS, P., *Diccionario de términos comunitarios*, ed. McGraw-Hill/Universidad de Valladolid, Madrid, 1997, págs. 170-177.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Nuevo sistema conceptual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 1999, (Privatización y liberalización de servicios), a cargo de Gaspar ARIÑO ORTIZ, ed. Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, págs. 133-152.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual”, en SOSA WAGNER, F., (coord.), *El derecho español en el umbral del siglo XXI. Homenaje al prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. III, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, págs. 2795-2823.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Servicios públicos y obligaciones de servicio público en la perspectiva del derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000, págs. 25-52.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La nueva “Constitución” de la Unión Europea”, *Cuadernos de pensamiento político*, núm. 1, 2003, págs. 175-197.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La *publicatio* de recursos y servicios”, en AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 687-718.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El Consejo”, en CALONGE VELÁZQUEZ, A., *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Lex-Nova, Valladolid, 2004, págs. 59-60.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas Públicas”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A., (coord.) *Derecho de la Competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 487-579.

MARTÍN-RETORTILLO, L., “Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades”, *RAP*, núm. 130, 1993, págs. 23-96.

MARTÍN-RETORTILLO, L., “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Europa”, en AAVV, *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 493-523.

MARTÍN-RETORTILLO, S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *RAP*, núm. 24, 1957, págs. 145, y ss.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *Crédito, banca y Cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, ed. Tecnos, Madrid, 1975.

MARTÍN-RETORTILLO, S., “La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación administrativa”, *REDA*, núm., 50, 1986, págs. 165-183.

MARTÍN-RETORTILLO, S., “La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación jurídico-administrativa”, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 59-84.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, 1ª ed., La Ley, Madrid, 1988.

MARTÍN-RETORTILLO, S. “Sistema bancario y crediticio”, *Derecho Administrativo económico*, vol. II, ed. La Ley, Madrid, 1991, págs. 39-277.

MARTÍN-RETORTILLO, S., (Dr.) *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991.

MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, núm. 144, 1997, págs. 7-44.

MATTERA, A., “L’achèvement du marché intérieur et ses implications sur les relations extérieures”, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988, págs. 201-224.

MATTERA, A. *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

MEHDI, R., “La recevabilité des recours formés par personnes physiques et morales à l’encontre d’un acte de portée générale: l’aggiornamento n’aura pas eu lieu...”, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 39, 2003, págs. 23-50.

MEILÁN GIL, J.L., . “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 971-988.

MENÉNDEZ, A. y URÍA, R., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 2001.

MENGOZZI, P. “Les droits de citoyens de L’Union Européenne et l’application directe des accords de Marrakech”, *Revue du Marché Unique et de l’Union Européenne*, núm. 4, 1994, págs. 165-174.

MERTENS DE WILMARS, J., “Réflexions sur l’ordre juridique-économique de la Communauté Européenne”, en DUTHEUIL DE LA ROCHERE, J. y VANDAMME, J.

- Intervenctions publiques et Droit communautaire*, ed. Pédonne, París, 1988, págs. 15-36.
- MESTRE CASAS, M.P., *Aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca*, ed. Eurolex, Madrid, 1997.
- MICHAVILA NÚÑEZ, J.M., “Autorizaciones”, en MARTÍN-RETORTILLO, S., *Estudios de Derecho público bancario*, ed. Ceura, Madrid, 1987, págs. 201-251.
- MICHAVILA NÚÑEZ, J.M., “Relación especial de sujeción en el sector crediticio Estado de Derecho”, *REDA*, núm. 54, 1987, págs. 254 y ss.
- MILGROM, P. y ROBERTS, J., *Economics, Organization and Management*, ed. Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, USA, 1992.
- MONTAÑA MORA, M., “El acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de ronda Uruguay”, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 27, 1997, págs. 239-280.
- MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, ed. McGrawHill, Madrid, 1997.
- MORRAL SOLDEVILLA, R., *El seguro de crédito*, ed. Civitas, Madrid, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S. “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad”, en *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1251-1282.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, ed. Civitas, Madrid, 1998.
- NAVARRO RUBIO, M., *El caso Matesa: datos para la Historia*, ed. Dossat, Madrid, 1978.
- NUÑEZ LOZANO, M.C., *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- OCDE, *Les systèmes de financement des crédits à l’exportation dans les pays Membres de l’OCDE*, 4ª ed, ed. OCDE, París, 1990.
- ORRIOLS SALLÉS, M.A., “El código de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo”, *RDBB*, núm. 89, 2003, págs. 219 y ss.
- OTAZU NAVARRO, Mª.J. “La actual cobertura de los daños producidos por riesgos extraordinarios” *RES*, núm. 123-124, 2005, págs. 675-689.

PALOMARES AMAT, M., “El procedimiento para la celebración de acuerdos internacionales con las Comunidades Europeas”, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 30, 1999, págs. 59-93.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. Organización y empleo*, vol. II, 14ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

PELLICER ZAMORA, R.C., “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, ed. Colex, Madrid 2001, págs. 151-211.

PEÑAS MOYANO, M.J., “El plan de acción de servicios financieros (PASF) como instrumento de integración para la consecución del mercado financiero único”, *RDBB*, núm. 88, 2002, págs. 159-180.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos*, ed. Comares, Granada, 2007.

PIELOW, J-C., “Il “service public” e l’art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco”, en FERRARI, E. (dir.) *Il servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, ed. Raffaello Cortina Editore, Milán, 2000, págs. 53-74.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 17-56.

POMED SÁNCHEZ, L.A., “Algunas reflexiones sobre los problemas actuales del derecho público bancario”, *RDBB*, núm. 62, 1996, págs. 375-393.

PRIETO ALVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales en el derecho comunitario*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

PRIETO PÉREZ, E. “El modelo actuarial en el que se apoya la Ley sobre ordenación del seguro privado y su reglamento”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 859-881.

REMIRO DE BROTONS, A., “Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. Y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 637-708.

REMIRO DE BROTONS, A., “Pelagattos y aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC”, en *Gaceta Jurídica de la CEE y del Derecho Comunitario*, núm. 26, 1996, págs. 7-82.

RODRIGUES, S. “Les services publics et le Traité d’Amsterdam. Gènes et portée juridique du projet de nouvel article 16 du Traité CE”, *Revue du Marché Común et de l’Union européenne*, núm. 414, 1998, págs. 37-46.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, 2002, págs. 59-75.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 232, 2004, págs. 64-84.

RODRÍGUEZ-CURIEL, J.W., *Ayudas de Estado a empresas públicas. Las aportaciones de capital y otras medidas de financiación de empresas públicas o con participación pública, como ayudas de Estado según el Tratado de la CEE*, ed. Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ-CURIEL, J.W., “La nueva Comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado a empresas públicas”, *Noticias/CEE*, núm. 89, 1992, págs. 35-42.

RODRÍGUEZ-CURIEL, J.-W., “Actual concepto de ayuda de Estado (art. 92.1 del Tratado CE)”, *Gaceta Jurídica de la CE*, boletín. núm. 138, noviembre 1998, págs. 5-11.

RODRIGUEZ-CURIEL, J.W., “Recursos contra la Comisión europea en materia de ayudas de Estado interpuestos por personas físicas o jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, págs. 259-289.

RODRÍGUEZ-CURIEL, J.-W., “El juez nacional en el sistema de control comunitario de las ayudas estatales”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, 2003, págs. 49-59.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, ed. INAP, Madrid, 2000.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “Una aproximación a las Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, págs. 99-132.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., “Modelo de administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la Mejora del Servicios Públicos”, en ALENZA GARCÍA, J.F. y RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., (dirs.), *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje a Francisco González Navarro*, ed. Gobierno de Navarra/Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 397-426.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.) *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, ed. Thomson/Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Manifestaciones del empresario público de seguros”, en *La empresa pública, dirigida por Verdura y Tuells, E.*, ed. Studia Albornotiana, Zaragoza, 1970, págs. 1017 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Presentación”, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. XI-XIII.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Algunas consideraciones sobre la autonomía de la CNMV”, en *RDBB*, núm. 84, 2001, págs. 7-26.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Revocación de la autorización administrativa, disolución y liquidación de entidades aseguradoras como medidas de intervención”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados*, ed. Mapfre, Madrid, 1997, págs. 145-167.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3ªed., ed. CEURA, Madrid, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2ªed., ed. CEURA, Madrid, 2000.

SCHMIDT-ASSMANN, E., “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones internacionales”, *RAP*, núm. 171, 2006, págs. 7-34.

SCHMIT, J. T., “A new view of the requisites of inasurability”, *Journal of Risk and Insurances*, núm. 53, 1986, págs. 320-329.

SCISO, E., *L'OMC 1995-2005: bilanci e prospettive*, ed. Luiss University Press, Roma 2006.

SECO SERRANO, E., “Nueva organización de la nueva empresa pública bancaria española en 1991”, en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1367-1410.

SERRANO SANZ, J.M., “Un siglo de política comercial española en perspectiva”, en VELARDE, J., GARCÍA DELGADO, J.L. y PEDREÑO, A. (coord.), *El sector exterior de la economía española. Doce estudios*. II Jornadas de Alicante sobre economía española, ed. Economistas, Madrid, 1988, págs. 13-52.

SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho Público de la Competencia*, ed. Marcial Pons/IDELCO, Madrid, 1998.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 4ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1999.

TAPIA HERMIDA, A.J., "El derecho comunitario de seguros", en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario económico (volumen I) Las libertades fundamentales*, ed. Colex, Madrid 2001, págs. 243-278.

TIMMERMANS, C.W.A., "La libre circulation des marchandises et la politique commerciale commune, en AAVV, *Relations extérieures de la Communauté et le marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels. Colloque 1986*, ed. P. Demaret, Bruselas, 1988, págs. 91-108.

TIRADO SUÁREZ, F. J., "Propuesta de Directiva en materia de seguro de crédito a la exportación", *RDBB*, núm. 21, 1986, pág. 204.

TIRADO SUÁREZ, F.J., "Las modificaciones introducidas por la Ley 21/1990 en la Ley de contrato de seguro y las nuevas normas de Derecho Internacional Privado en materia de seguro", en *Previsión y Seguro*, núm. 13, 1991, págs. 11-26.

TIRADO SUÁREZ, F. J., "Seguro de crédito", en SÁNCHEZ CALERO, F., (coord.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1055 y 1115.

TIRADO SUÁREZ, F.J., "Disposiciones finales, transitorias, finales y derogatoria", en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. II, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 301-346.

TIRADO SUÁREZ, F.J., "La sociedad anónima europea y la sociedad reaseguradora", *RES*, núm. 125, 2006, págs. 135-138.

TORNOS MÁS, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia-Zaragoza, 1982.

TORNOS MAS, J. "Comercio Exterior", en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Derecho Administrativo económico*, vol. II, ed. La Ley , Madrid, 1991, págs. 699-744.

TORNOS MAS, J., "Las competencias de las Comunidades Autónomas en la Ley 33/1984, de 2 agosto sobre ordenación del Seguro privado", en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 107-132.

TORRENT, R., "El futuro de la Unión Europea visto desde sus entrañas, la Unión Aduanera", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, 2002, págs. 649 y ss.

TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España*, ed. Tecnos, Madrid, 1973.

TORTELLA CASARES G. y JIMÉNEZ, J.C., *Historia del Banco de Crédito Industrial*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1986.

TORTELLA CASARES, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994.

TOUSCOZ, J., “Le Marché Unique et l’assurance crédit export”, *Revue des Affaires Européennes*, 1993, págs. 5 y ss.

TRIBUNAL DE CUENTAS, “Informe de fiscalización relativo a los riesgos asegurados por la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima (CESCE), por cuenta del Estado para 1997”, *Boletín Oficial de Estado*, núm. 25, de 29 de enero de 2003, págs. 3806-3819.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 2001.

VAQUERO LÓPEZ, M.C., “La libre prestación de servicios en el sector de los seguros directos dentro de la Comunidad Europea y su tratamiento por el legislador español”, *RES*, núm. 98, 1999, págs. 287-303.

VAQUERO LÓPEZ, M.C., *El seguro de crédito a la exportación (Derecho español y comunitario)*, ed. EDERSA, Madrid, 2003.

VARGAS VASSEROT, C., “El seguro de crédito a la exportación y su reciente desarrollo normativo en el marco de la Unión Europea”, *RES*, núm. 107, 2001, págs. 421-443.

VEGAS ASENSIO, J., “Criterios de elaboración de tarifas en los seguros no vida según lo dispuesto en la Ley 33/1984 de ordenación del seguro privado”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, vol. I, ed. CUNEF, Madrid, 1988, págs. 885-904.

VELARDE FUERTES, J., *Política económica de la Dictadura*, Madrid, 1968.

VICENT CHULIÁ, F., “Poderes públicos y Derecho de la Competencia”, *RGD*, núm. 583, 1993, págs. 3313-3378.

VILÁ REYES, J., *El atropello MATEA: toda la verdad sobre un caso abierto hace veintitrés años que ni la dictadura ni la democracia han querido cerrar*, ed. Plaza & Janés, Barcelona, 1992.

VILLAR PALASÍ, J.L., “Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas”, en *Administración*

Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 171-184.

VILLAR ROJAS, F. J. *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos* ed. Comares, Granada, 2000.

ZABALLA GÓMEZ, J.J., VÍA OZALLA, A. y GARCÍA GRANDE, E., “El crédito a la exportación con apoyo oficial. Marco general actual e instrumentos”, *Información Comercial Española*, núm. 718, 1993, págs. 11-23.

ZAPATER, E., “Las relaciones económicas exteriores en la Unión Europea: principales instrumentos”, en BARBÉ, E., (coord.), *Política exterior europea*, ed. Ariel, Barcelona, 2000, págs. 25-53.

ZELADA DE ANDRÉS MORENO, F. “El Banco Exterior de España: su historia, características y problemática actual”, en *La empresa pública*, dirigida por Verdura y Tuells, E., ed. Studia Albornotiana, Zaragoza, 1970, págs. 1001-1014.

COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”

Instituto de Ciencias del Seguro

PARA CUALQUIER INFORMACIÓN O PARA ADQUIRIR NUESTRAS PUBLICACIONES PUEDE
ENCONTRARNOS EN:

FUNDACIÓN MAPFRE

Publicaciones

Monte del Pilar, s/n – 28023 El Plantío, Madrid – (España)

Tel.: + 34 915 818 768

Fax: +34 913 076 641

publicaciones.ics@mapfre.com

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

131. La cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación en España: cuestiones prácticas-jurídicas. 2009
130. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio legislativo. 2009
129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2008
128. Cuestiones sobre la cláusula *cut through*. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
123. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento *bootstrap*. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008

120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008
119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007
111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El *Fair Value* de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006

102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos “ART”: situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004

81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001

61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
 60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
 59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
 58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
 56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
 54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
 53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
 52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000
 50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
 49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
 48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
 47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
 46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
 45. Los Impuestos en una economía global. 1999
 42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998
 41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998
- Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1997
Fundación MAPFRE Estudios
39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997

38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1996
Fundación MAPFRE Estudios

32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
30. El tiempo del directivo. 1996
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1995
Fundación MAPFRE Estudios

28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1994
Fundación MAPFRE Estudios

22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994

Nº Especial Informe sobre el mercado español de seguros 1993

FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS

16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de *controlling* estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991

