

Conferencia del señor Sánchez Calero

«La regulación de la competencia en la actividad aseguradora»

Excelentísimos e ilustrísimos señores, señoras y señores:

Yo agradezco muy sinceramente las palabras cariñosas y llenas de afecto que me ha dedicado el Profesor Lasheras, Presidente del Instituto. Pero verán ustedes ahora cómo, sin duda alguna, ha exagerado. Yo, sin embargo, le agradezco todas esas expresiones y el que haya tenido la deferencia de invitarme a participar en este ciclo de conferencias tan interesantes y ante un público tan versado y especializado, como es el constituido por los actuarios de seguros. Le reitero, por todo ello, mi gratitud.

Voy a comenzar con el tema de la conferencia, que es, como ustedes saben, la regulación de la competencia en la actividad aseguradora.

I. El problema de la disciplina de la competencia entre los empresarios es uno de los que, en el momento actual, ofrece mayor interés dentro del campo del Derecho.

Si ojeamos la literatura jurídica, en particular la mercantilista, vemos que en este siglo, y en especial en los últimos quince años, florecen con intensidad, que va en aumento, los artículos y los trabajos de los estudiosos del Derecho en torno a la competencia. Primero fue el tema de la competencia desleal, luego el de la tutela de la libertad de la competencia, y, más tarde, el estudio general de su disciplina, lo que ha ido ganando la atención de los juristas. La atracción que esta cuestión ofrece a los estudiosos del Derecho, se debe a razones, que derivan por un lado, de la importancia intrínseca del principio que se intenta defender, la libertad de la competencia, que, como es sabido de todos, se considera como fundamental dentro de la llamada economía del mer-

cado. Pero, por otra parte, creo que este tema resulta sugerente a los juristas, hombres cuidadosos del detalle y de la precisión, porque les ofrece especial atractivo ver cómo puede regularse o disciplinarse un fenómeno tan difícil de concretar como es el de la competencia.

Ciertamente, los estudios sobre la competencia tienen una mayor tradición dentro del campo de la ciencia económica, porque se trata de un hecho económico que los teóricos de la economía han investigado con especial cuidado. Estos, para dominar una materia tan compleja, han partido de la hipótesis abstracta, que no encuentra correspondencia en la vida social, de la competencia perfecta y también de la hipótesis opuesta, que resulta igualmente teórica, del monopolio perfecto. Pero junto a estas dos formas extremas, los economistas estudian una serie de ellas intermedias, que, a su vez, se combinan entre sí, dando lugar a una gran variedad de formas del mercado, con las que quieren acercarse a esta realidad económica tan difícil de captar. Además, los mismos teóricos de la economía han valorado, cada vez más, una serie de circunstancias que impiden que las formas de competencia perfecta se dan en la vida real, y hablan de factores reales, personales, espaciales y temporales que producen la competencia imperfecta. En efecto, el deficiente conocimiento de las condiciones del mercado, provocado a veces por la publicidad, el apego a los antiguos proveedores de bienes o servicios, la distinta situación geográfica de las empresas, la existencia de marcas y patentes, etc., son hechos que motivan la competencia imperfecta. Por otra parte, son los propios empresarios los que, por medio de acuerdos de la más diversa naturaleza, tratan de impedir o falsear el juego de la competencia.

II. Cuando el legislador, y luego los juristas, tratan de someter ese fenómeno a un sistema armónico de normas, esto es, cuando intentan regularlo o disciplinarlo, no pueden utilizar, sin más, los conceptos elaborados por los economistas, porque tales conceptos sirven, si es caso, para conocer la realidad económica, mas no para ser trasplantados simplemente al campo del Derecho. El objeto de la ciencia jurídica son normas de conducta para los hombres que actúan en la

vida social, y aun cuando para la formación de esas normas de conducta, pueden ser, sin duda, de interés los esquemas teóricos de los que se sirve la economía, se han de recorrer caminos diversos para poder disciplinar adecuadamente esas conductas.

Estas consideraciones, ciertamente, valen para la disciplina de otros muchos fenómenos económicos. Los mercantilistas modernos ya lo han puesto de manifiesto, por ejemplo, con relación a la problemática de la empresa, y lo mismo puede afirmarse en cuanto a la competencia. Cuando a principios de siglo, un escritor de la categoría de Bonfante trataba de estudiar la competencia desleal partiendo del fenómeno económico de la competencia, decía, con frase que después han repetido muchos autores, que era "una nebulosa de consistencia dudosa, con contornos vagos y oscilantes". Pero tal apreciación se debía, en buena parte, al desenfoque metodológico apuntado.

La competencia, vista desde el campo del Derecho, interesa esencialmente desde un doble ángulo. Por un lado, como libre ejercicio de una actividad económica tendente a la producción o al cambio de bienes o servicios para el mercado, puesto que la libertad de la competencia está vinculada al libre ejercicio de la empresa, entendida ésta como actividad. Por otro lado, la competencia es relevante para el Derecho, en cuanto que crea una relación entre los empresarios que ejercitan una actividad paralela y que se concreta en actos que, directa o indirectamente, son capaces de producir daños a los concurrentes. Estos dos aspectos, libertad y situación de competencia, están relacionados íntimamente entre sí, pero creemos que conviene señalarlos para la mejor comprensión de las normas relativas a la competencia. Porque con el primer aspecto de la disciplina de la competencia se relacionan las normas que, de forma abstracta o concreta, intentan garantizar la libertad de la competencia, y las que limitan o coartan esa libertad. A la situación de competencia se refieren las normas sobre competencia desleal, de las que se induce la existencia de un deber a cargo de los empresarios, de comportarse lealmente en la competencia.

El estudio de todas estas normas escapa, como es natural, del ámbito de esta intervención, pero he querido hacer referencia a ellas para centrar su objeto, que se concreta en el estudio de la regulación de la competencia en la actividad aseguradora. Pero si bien es cierto que hemos de limitarnos al sector de esta actividad, no debe perderse de vista que la disciplina de la competencia entre los aseguradores, se inserta en un sistema más amplio de la disciplina general de la competencia entre los empresarios. Precisamente el que se discuta en estos días un proyecto de "Ley de represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia", o, si se quiere, la que en forma incorrecta, pero expresiva, ha dado en llamarse Ley antimonopolio, es lo que nos ha movido a escoger este tema. En verdad, no he de hacer aquí una exposición, ni siquiera en síntesis, del contenido de esta Ley, sino que queremos ver su alcance con relación a la actividad aseguradora, y, al hacer este intento, replantear el problema de la regulación de la competencia en el mercado de seguros.

III. Como hemos apuntado, existen normas que afectan, al menos indirectamente, a la disciplina de la competencia, en cuanto que se refieren a la libertad del ejercicio de una actividad económica. En materia de seguros, la Ley del seguro privado de 1954, impone la necesidad de la autorización administrativa previa, y de la inscripción en el registro especial del Ministerio de Hacienda, para poder ejercitar lícitamente la actividad aseguradora, y sólo aquellas personas que sean sociedades anónimas o mutuas y que cumplan determinados requisitos, podrán obtener esa autorización administrativa, para un ejercicio que, después, sigue bajo el control de la Administración.

Este régimen constituye una de las excepciones al principio de la libertad de iniciativa económica que mantuvo el Código de Comercio vigente de 1885, que se inspiró en la amplia orientación liberal del Decreto de Bases del 20 de septiembre de 1869, en cuya Exposición de motivos se decía que era preciso que "el orden económico estuviera regido por la libertad de trabajo y la acción espontánea del individuo como opuesta a toda traba reglamentaria, a toda protección

artificial y a toda gubernamental intervención". Consecuentemente con este principio, el párrafo segundo del artículo 117 del Código de Comercio declaró: "Será libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas, y de emisión y descuento; de sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósito, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, *de seguros*, y demás asociaciones que tuvieran por objeto cualquiera empresa industrial o de comercio". Como se ve, la libertad de constitución de sociedades, afectaba también a las de seguros, pero esta libertad ya fue cercenada por la Ley de seguros de 1908, y después, las limitaciones con la creciente intervención del Estado en la vida económica, se extendieron a otros muchos sectores económicos. Pero, al variar, de nuevo, el rumbo de nuestra política económica, últimamente, se han ido reduciendo tales limitaciones en el sentido de facilitar, con la eliminación de trabas administrativas, la libertad de iniciativa económica. Los redactores del Decreto de 23 de noviembre de 1962, que establece las directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo Económico, con un lenguaje más técnico y comedido, no están excesivamente lejos, en algunos puntos, de los que se contienen en el Decreto de Bases de 1869, al que antes nos hemos referido.

En este momento, creo que cabe preguntarse si el retorno a las medidas liberalizadoras de la economía puede influir en la eliminación de la autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad aseguradora. A esta pregunta, estimo que puede contestarse, sin grave riesgo de equivocación, en sentido negativo. En el Congreso que celebró el pasado año en Roma la Asociación Internacional del Derecho de Seguros, fue objeto de detenido estudio el tema del control Estatal, y aun cuando se discutió el alcance del mismo, tanto el ponente, Profesor Besson, como la mayoría de los participantes que abordaron la cuestión, estuvieron de acuerdo en este punto. "El control, como hemos visto, decía el Profesor Besson, no se limita solamente a la vigilancia de la actividad de las empresas aseguradoras, implica necesariamente medi-

das preliminares, con el fin de que pueda, en el futuro, ejercitarse eficazmente. Podríamos decir que el control actúa anticipadamente sobre la constitución misma de la empresa. Todos los regímenes, aun los más liberales, establecen una reglamentación, más o menos importante, que precede el funcionamiento, y está destinada, en especial sobre el plano financiero, a imponer a las empresas bases sólidas”.

Esta preocupación, tras la que late el deseo de protección a los futuros asegurados, es la que ha de dominar la concesión de la autorización, que se desvirtuaría si se entrase a valorar por la Administración, por ejemplo, y como a veces se ha pretendido, la abundancia de aseguradores sobre el mercado. La garantía de la solidez y la solvencia de la sociedad aseguradora a la que se hace cumplir con los presupuestos establecidos por la Ley, es la única justificación del control del Estado. Por eso hemos dicho en otro lugar, que “la limitación a la libre iniciativa, que establece la Ley del seguro privado, no llega a anular tal libertad, sino que al restringirla, en cierto sentido la ratifica, ya que admite la posibilidad de que cualquier sujeto que cumpla con los requisitos establecidos por la Ley pueda ejercer esa actividad aseguradora”.

Al lado de esta restricción legal de la competencia que se deriva de la necesidad de la autorización previa al ejercicio de la actividad aseguradora y del control constante de ese ejercicio, aparecen las establecidas por la Ley a favor de algunas empresas públicas, como son las relativas al Consorcio de Compensación de Seguros, y a la Comisaria del Seguro Obligatorio de Viajeros, o a la concedida a la Sociedad de Crédito y Caución para la explotación del seguro de crédito a la exportación. En todos estos casos se impone un deber absoluto de abstención a todos los aseguradores en lo relativo a las operaciones confiadas a estas personas a favor de las cuales se crea un monopolio legal, y que, como veremos, el proyecto contra las prácticas restrictivas de la competencia, justamente respeta.

IV. Los aseguradores autorizados que operan en un mismo ramo, al ejercitar una actividad económica similar se

hallan en situaciones de competencia o concurrencia. De estas dos palabras, la primera expresa con mayor vigor la lucha que se crea entre esos empresarios para la atracción de clientes, en este caso de asegurados. Por el contrario, la palabra concurrencia es más expresiva de la dinámica que desarrollan los empresarios, los cuales, al ejercitar la misma actividad, corren conjuntamente. De ahí la etimología de la palabra concurrencia, que deriva, como se sabe, de *concurrere* (*cum currere*).

En general, las normas que el Derecho ha dictado para regular esta situación de competencia tienden, por un lado, a procurar que la lucha o la carrera que la competencia lleva implícita, se desarrolle dentro de unos cauces de lealtad. La protección contra la competencia desleal tiene la finalidad de evitar actos que lesionen a los competidores con medios que, según las costumbres del tráfico, se consideren no leales. Nótese que, en principio, la libertad de la competencia consiente a un empresario dañar lícitamente a otro, ya que puede absorber su clientela y destruir su empresa, si es que utiliza medios que no puedan calificarse desleales. El ofrecer mejores servicios o mejores precios, quizá cause la ruina del concurrente, y el dañado no puede recurrir al artículo 1.902 del Código Civil, el cual, si bien establece que “el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, resulta, en este caso, inoperante, porque es de aplicar el principio romano, aducido tantas veces por nuestro Tribunal Supremo, de que “quien usa de su derecho no ofende ni perjudica a ninguno”, y todo empresario está autorizado, por el principio de la libertad de la competencia, a entrar en colisión con sus concurrentes. Pero siendo esto cierto, la libertad no significa arbitrio y no pueden utilizarse todos los medios en la competencia, sino que algunos, considerados desleales, deben abandonarse. La regulación de la competencia desleal se preocupa, precisamente, de señalar los márgenes dentro de los cuales ha de discurrir esa lucha, o, si se quiere, de establecer el orden en el que ha de ejercerse la libertad de la competencia.

Junto con estas normas que, como decimos, en definitiva pretenden fijar el contenido de la libertad de la competencia, aparecen otras de signo contrario. Esto es, se dictan normas que intentan salvaguardar la libertad de la competencia frente a las limitaciones voluntarias de la misma. Podría decirse, empleando una expresión metafórica, que, mientras las normas de la competencia desleal aspiran a que la lucha no degenera con la utilización de medios no correctos, las normas de defensa de la competencia tienden a que la lucha se mantenga, prohibiendo que los contendientes se pongan de acuerdo, es decir, que se desvirtúe el juego. Tanto unas normas como otras, quieren defender la libertad de la competencia, que se considera como un bien. Pero no es una defensa a ultranza, sino dentro de ciertos límites.

En todos estos casos, las normas que el Derecho dicta desean tutelar, tanto los intereses de los competidores que participan, o quieren participar, en esa lucha, como los que se benefician de ella, o sea, los consumidores. Pero conviene hacer una observación. Mientras en los supuestos de competencia desleal puede confiarse, en gran parte, la defensa de los intereses en juego a los competidores dañados, en los casos de las prohibiciones de las restricciones de la competencia, el interés público pasa a primer plano y es necesario articular un sistema de normas de carácter público para la mayor eficacia de esa tutela.

Prueba de que en los casos de competencia desleal se defiende, en primer término, los intereses de los empresarios perjudicados, es que en todos los países, y también en el caso de las propias normas internacionales dictadas para regular esta materia, ha sido la presión de los empresarios, a través de sus órganos corporativos y, en particular, de las Cámaras de Comercio e Industria, la que ha movido al legislador a establecer esas normas, sin que esta observación quiera negar que también en este caso están en juego intereses generales. Por el contrario, la legislación contra las prácticas restrictivas, o legislación anti-trusts, se ha dictado, en general, bajo la presión, más o menos apasionada, de la opinión pública, lo que nos demuestra que, con ella, se intenta proteger, en

primer término, un interés público. Como se insiste en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley español, se quiere defender el "orden público económico".

Aparte de esta diferencia, nótese también las distintas funciones que cumplen unas normas y otras. Las normas relativas a la competencia desleal tratan de impedir que se den ciertos actos de competencia, que por los medios utilizados se califican como desleales, mientras que las leyes anti-trusts lo que pretenden es que se produzcan ciertos actos de competencia de los que las partes se abstienen. Como ha dicho el Profesor Bartholomeyczik, "la Ley alemana sobre los carteles se propone dar vida a una concurrencia inexistente, mientras que la Ley sobre la competencia desleal, de excluir la concurrencia ilícita existente".

V. Al volver a la parte concreta de nuestra intervención, esto es, a la regulación de la competencia en la actividad aseguradora, habríamos de ocuparnos con cierto detalle, en primer lugar, de la disciplina de la competencia desleal entre los empresarios de seguros, pero, por razones obvias, simplemente hemos de limitarnos a esbozar las líneas generales de la misma.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que las normas generales sobre competencia desleal, dictadas para todos los empresarios mercantiles, son de aplicar, en principio, a los empresarios de seguros, tanto sean sociedades anónimas como mutuas. Ciertamente, las normas que nuestro Derecho contiene sobre la competencia desleal son insuficientes, y es éste uno de los campos del Derecho Mercantil de los que el legislador debiera ocuparse. Hace casi treinta años, el Profesor Garrigues ponía de manifiesto esta necesidad, que quizá ahora se atienda, porque el Ministro de Comercio ha declarado recientemente que las disposiciones complementarias a la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia, ha de ser una nueva Ley que regule la competencia desleal. Pero, además de la insuficiencia de estas normas generales, algunas de ellas resultan inaplicables a la actividad aseguradora. Sin embargo, insistimos en que los principios en los que ha de

asentarse la disciplina de la competencia desleal resultan sin duda válidos.

Nuestro ordenamiento específico del Derecho del seguro privado contiene algunas normas relativas a la publicidad, y otras sobre ciertos actos de los agentes de seguros que se consideran de competencia ilícita. En el aspecto de la publicidad, es fundamental el artículo 20 de la Ley del seguro privado. Este artículo, que eliminó la censura previa de la publicidad, exige que ésta se ajuste a la realidad y, además, que no se hagan comparaciones con otras empresas de seguros. Aparte de este artículo, es de gran interés el artículo 5.º del Real Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1927, que ha de considerarse no derogado por la Ley de 1954, ya que se limita a especificar o detallar una serie de supuestos que han de calificarse de competencia ilícita por medio de la publicidad. En general, este artículo tiende no sólo a prohibir la publicación de datos o hechos que no sean verdaderos o que presenten comparaciones con la actividad de otras sociedades, sino que, además, prohíbe el descrédito, bien sea de una sociedad competidora en particular, o del seguro nacional en general. Estos supuestos han de comprenderse dentro de los casos que la doctrina mercantilista denomina actos de competencia desleal por denigración. Esta denigración puede realizarse no simplemente a través de la difusión de noticias falsas, sino también verdaderas. Como señala Ferri, “la difusión de noticias o apreciaciones que responden a la verdad, constituye acto de competencia desleal, con tal de que estas noticias o estas apreciaciones sean idóneas para determinar el descrédito. No me parece —sigue diciendo este autor— que se pueda decir que noticias o apreciaciones que responden a la verdad no pueden desacreditar, cuando sean difundidas. El crédito de una persona o de un productor no está, en efecto, exclusivamente en función de sus méritos sustanciales”.

La denigración en su sentido amplio se prohíbe por nuestro Derecho de seguros tanto por medio de la publicidad, pues el apartado b) del artículo 5.º del Decreto-Ley, al que nos acabamos de referir, prohíbe la “insinuación pública de

deficiencias o posibles figuras de delito sancionadas por la vigente Ley de seguros o por el Código penal ordinario”, como por medio de los agentes, pues el artículo 57 del Reglamento de 1935 considera acto de competencia ilícita “la obtención de la contratación de pólizas usando la difamación o falso informe sobre la situación económica en contra de la compañía de la competencia”.

Por otra parte, y esto, ciertamente, señala una singularidad de la competencia dentro de la actividad aseguradora, el Decreto-Ley de 1927 prohíbe también “la propaganda de cualquier índole destinada a fomentar los cambios de pólizas, las rescisiones, los rescates, los desistimientos, etc.”. Con ello no se quiere que en el campo asegurador se realice la publicidad tendente a la sustitución del asegurador. Los anuncios tipo “cambie usted a Omo”, por ejemplo, no son lícitos dentro del mercado de seguros.

También son ejemplos frecuentes de actos de competencia desleal, que nuestro Derecho prohíbe expresamente, los supuestos de abono o retrocesión de la comisión del agente al asegurado, y más en general, los descuentos sobre las tarifas, fuera de aquellos casos expresamente autorizados.

VI. Estos casos de competencia desleal han de complementarse con la referencia al principio general que rige en este campo y que afecta a todos los empresarios: la necesidad de comportarse en la competencia con corrección profesional. Cuando se regula la competencia desleal no hay más remedio que, junto a una enumeración de supuestos de competencia desleal, acudir a una cláusula general, porque sólo a través de este procedimiento, como nos dice el Profesor Girón Tena, puede disciplinarse una realidad tan cambiante. La fórmula utilizada varía según los ordenamientos, pues mientras que la Ley alemana habla de actos contrarios a las buenas costumbres, el Derecho suizo se refiere al abuso de la competencia económica y a la buena fe, el Código Civil italiano toma como pauta la corrección profesional. El Convenio Internacional de París sobre la propiedad industrial, revisado en Londres en 1934, y al que se adhirió España en 20 de diciembre de 1955, utiliza la referencia a los “usos honestos”, o,

como dice la versión española que aparece en nuestro *Boletín Oficial*, a las “costumbres de probidad en materia industrial y comercial”. Estos usos honestos o costumbres de probidad han de ser aquellos practicados por los empresarios del sector económico respectivo, y, por lo tanto, en el caso concreto de la actividad aseguradora, han de tenerse en cuenta las costumbres sociales de comportamiento en la competencia practicadas por los aseguradores.

Precisamente, porque las normas concretas sobre la competencia desleal entre los aseguradores, según hemos apuntado, son quizá más rígidas que en otros sectores, los usos de la competencia, o el grado de corrección profesional que se exige dentro del campo asegurador, son más severos. Pero si profundizamos un poco en esta cuestión y queremos saber su causa, la encontraremos en la especial naturaleza del acto en que se concreta la actividad aseguradora: el contrato de seguro, que es un contrato de ubérrima buena fe, y que exige amplia confianza entre las partes. “El nacimiento y desarrollo de los seguros, además, como ha dicho el Profesor Möller, se fundan sobre la aspiración del hombre a la seguridad”. Para la satisfacción de esta necesidad, los asegurados conceden crédito a los aseguradores pagando anticipadamente unas primas, y como contraprestación, éstos indemnizarán a aquellos determinados daños eventuales. En los seguros se produce la llamada “inversión del ciclo productivo”, y, por consiguiente, cualquier duda que pueda insinuarse sobre la solvencia o la seriedad de un asegurador, tiene mayor gravedad que la que pueda lanzarse sobre la mayoría de los empresarios de bienes o de servicios que operan en el mercado. No debe olvidarse que, dadas las características de la explotación del seguro y la necesidad de que los asegurados concedan crédito a sus aseguradores, se impone un control estatal, y si éste ha de cuidar de que en el tráfico no operen los empresarios de seguros que no ofrezcan las suficientes garantías, los aseguradores competidores han de abandonar toda insinuación pública sobre la mayor solvencia y garantía de su empresa respectiva. Esto hace, por consiguiente, que la libertad de la competencia en este mercado esté más res-

tringida. Si a esto añadimos que existe un interés general en la pervivencia de los aseguradores, dada la larga duración de algunos contratos de seguros, no hemos de extrañarnos que el mercado asegurador pueda calificarse como bastante conservador, visto desde el aspecto de la agresividad en la competencia. Pero también nos parece que es cierto que operan en sentido contrario, por un lado, la falta de rigor por parte de nuestra legislación en materia del control estatal, y por otro, el hecho de ser la oferta del seguro ilimitada en su aspecto cuantitativo, mientras que la demanda, en buena parte por nuestro bajo nivel de vida, es bastante reducida.

Hay, por último, un dato que a nuestro entender —y sin querer entrar a terciar en la polémica que mi predecesor en esta tribuna, Fornés, ha mantenido con un ilustre asegurador— es altamente significativo a estos efectos, y es el elevado número de sociedades aseguradoras, anónimas y mutuas, que operan en el tráfico español. Ciertamente que, como señala Fornés, no se puede manejar sin matizar el número de las ochocientas sociedades, sino que, a los efectos de la competencia entre aseguradores, ha de tenerse más bien en cuenta tanto las que operan en los mismos ramos, como aquellas otras que, por actuar vinculadas de alguna forma, no se hacen la competencia entre sí. Pero creo que una de las pruebas del poco grado de competencia, me refiero a la lucha y no al saber, del mercado asegurador español, es la pervivencia de tantas sociedades pequeñas. Esto muestra que el seguro puede convivir con costos comerciales y administrativos elevados, o, si se quiere, con empresas no racionalizadas, que distan mucho de alcanzar lo que los economistas llaman la dimensión óptima de la empresa.

VII. El proyecto de Ley sobre la represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia tiene como razón de ser el deseo de crear una competencia donde no existe. Sus redactores no creo que hayan pensado especialmente en el sector asegurador, pero parece evidente que ha de tener repercusiones también en él.

El Decreto de 23 de noviembre de 1962, al que antes nos hemos referido, encargó al Ministro de Comercio la prepa-

ración de esta Ley siguiendo los criterios usuales en las legislaciones de los países de la Organización de cooperación y desarrollo económico, y en esta línea, el proyecto acoge con algunas modificaciones de detalle, los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, al mismo tiempo que organiza todo un sistema administrativo y jurisdiccional, que se encargue de modo especial de la aplicación de esta Ley. Ciertamente, en este momento no podemos hacer una exposición, siquiera sucinta, del proyecto. Hemos de dejar por completo toda referencia al servicio y al Tribunal de Defensa de la competencia, y limitarnos a hacer unas someras indicaciones a los artículos primeros del proyecto para ponerlos en relación con el tema que nos ocupa.

El proyecto, en su artículo 1.º, establece la prohibición general de los acuerdos restrictivos de la competencia, mientras que, en el 2.º, la prohibición se refiere a las prácticas abusivas de las empresas con dominio del mercado. Si bien este segundo artículo tiene menor trascendencia dentro de la actividad aseguradora, el primero, tanto por la amplitud de la prohibición como por la frecuente existencia de pactos de ese tipo dentro del ambiente asegurador, tiene gran importancia a estos efectos.

El artículo primero del proyecto, como hemos dicho, ha seguido la misma orientación del artículo 85 del Tratado constitutivo del Mercado Común, al enunciar, en primer término, una cláusula general de prohibición de los acuerdos restrictivos, y después de enumerar algunos supuestos que, en concreto, se consideran prohibidos. La cláusula general del artículo primero de la Ley proyectada dice así: "quedan prohibidos los acuerdos entre empresas ultimados por medio de contrato, convenio, acción concertada en común, conducta conscientemente paralela, cláusulas estatutarias, condiciones generales comunes, y las decisiones adoptadas en el seno de consorcios, agrupaciones, federaciones, juntas o asociaciones de empresas, cualquiera que sea la forma jurídica de su constitución, que de cualquier modo puedan impedir, falsear o limitar la competencia en el mercado nacional o en una parte de él". Si comparamos esta fórmula con la del artículo 85,

vemos que existe alguna diferencia. Una de ellas, la lógica de que, mientras el artículo 85 se refiere a las limitaciones de la competencia que "afecten al comercio de los Estados miembros", el proyecto español, habla del "mercado nacional o una parte de él". Pero, aparte de esto, existen otros cambios en los que no podemos entrar ahora, pero sí hemos de señalar que nuestra Ley ha ido más allá que el texto del Tratado de Roma en seguir el sistema de enumerar casuísticamente, y sin grave preocupación terminológica, aquellos supuestos que quiere comprender. En esto, la Ley española abandona el tradicional sistema europeo de procurar legislar con formulaciones precisas y claras y que dejen traslucir la razón de ser de la Ley, su "ratio legis", que es la que ha de guiar al intérprete. Frente a este sistema, las leyes anglosajonas se caracterizan por su casuismo y detalle, ya que el juez anglosajón se cuida, sobre todo, de seguir la letra de la Ley. Pues bien, conviene recordar que el casuismo del artículo 85 del Tratado del Mercado Común proviene del artículo 65 del Tratado de la CEEA, cuyas reglas sobre la competencia se inspiraron en la filosofía antitrust americana, y como señala el Profesor Del Marmol, "fueron redactadas por un estudio de abogados de Washington que tenía una sede en París".

De cualquier forma, interesa destacar que la prohibición es amplísima y que abarca toda clase de acuerdos que de forma directa o indirecta limiten la competencia.

Después de hacer esta formulación general de la prohibición, el artículo 1.º del proyecto, de igual forma que el artículo 85 del Tratado, hace una enumeración de unos supuestos que, en particular, considera prohibidos. Tal enumeración se hace a modo de ejemplo, y la lista puede ser ampliada. El párrafo segundo de este artículo dice así: "En particular quedan prohibidos los acuerdos y decisiones incluidos en el párrafo anterior que consisten en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de las transacciones; b) limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartir los mercados o las fuentes de suministros; d) aplicar en las relaciones comerciales con terceros contratantes, condiciones diferentes

para prestaciones similares, o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdades en su situación competitiva; e) subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones comerciales suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guardan relación con el objeto de tales contratos”.

El interés de esta enumeración es grande, sobre todo si se piensa que la aplicación de la fórmula general en muchos supuestos puede dar lugar a dificultades. Estos casos concretos, que la doctrina y la jurisprudencia han de ir perfilando y ampliando, resultan de más fácil aplicación. Veamos su conexión con la actividad aseguradora.

En el apartado a) se prohíbe, según hemos visto, los acuerdos o decisiones que fijen de una manera directa o indirecta los precios u otras condiciones de la contratación, con lo que se prohíbe tanto los acuerdos de los aseguradores sobre tarifas, como aquellos que imponen cláusulas, condiciones generales o formulario tipo de póliza. A nadie se le escapa la gravedad de esta prohibición, ya que, dada la redacción de la Ley, comprende también a los acuerdos del Sindicato Nacional del Seguro. Esta interpretación se basa, en primer término, en que la cláusula general habla de “agrupaciones, federaciones, juntas o asociaciones de empresas, cualesquiera que sea la forma jurídica de su constitución”. En segundo lugar, la Ley excluye expresamente de su campo de aplicación los “convenios sindicales colectivos”, los cuales, dicho sea de paso, con una interpretación lógica de la Ley, siempre hubieran quedado excluidos, pero esta precaución quizá esté justificada ante el precedente americano, ya que se llegó a aplicar la legislación *antitrust* a los acuerdos sindicales sobre salarios. Pero volviendo a la Ley española, hemos de decir que si se preocupa expresamente de excluir de su campo de aplicación a los convenios colectivos, los acuerdos sindicales de otro tipo que afecten a la competencia caerán dentro de las limitaciones de la Ley.

Sin embargo, si desde un punto de vista general, esta conclusión nos parece coherente, en el campo del seguro pueden hacerse algunas reservas que indicaremos más adelante, des-

pués de examinar los demás casos a los que se refiere el artículo 1.º de la Ley.

Porque el apartado *b*), que prohíbe los acuerdos tendentes a la limitación de la prohibición, la distribución del desarrollo técnico o las inversiones, también puede encontrar alguna aplicación en la actividad aseguradora, si bien menor que en otros campos de la actividad económica. En este párrafo quedan prohibidos los acuerdos de no explotación de un determinado ramo, o de no explotar determinada modalidad contractual de seguros, etc. Relacionado con este punto, aparece el apartado *c*), relativo a la repartición de mercados, que prohíbe los pactos entre sociedades de seguros sobre distribución del mercado en zonas, los pactos de exclusiva, etc. Por último, este artículo declara ilícitas las prácticas discriminatorias, y los llamados contratos vinculados sin justificación o *tying contracts*. Estos supuestos, que como la mayoría de los anteriores provienen de la enumeración de la *Clayton Act* americana de 1914, estaban enunciados en el artículo 3.º de esta Ley americana con referencia a los contratos de compraventa o alquiler de máquinas o productos condicionados a la adquisición de otros productos o máquinas del arrendador o vendedor. La Ley española, siguiendo el Tratado de Roma, prohíbe subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos del comercio, no guardan relación con el objeto de tales contratos. En el mercado del seguro puede tener aplicación esta norma en aquellos supuestos en los que las partes se han puesto de acuerdo tácita o expresamente para coaccionar al comprador de una determinada cosa, al arrendatario de un local o al solicitante de un crédito, a asegurarse con una determinada sociedad. Estos son supuestos típicos de contratos vinculados que implican una restricción de la competencia y que, como decimos, resultan prohibidos.

VIII. La Ley declara nulidad radical de todos estos acuerdos, y después de un expediente administrativo, el Tribunal de Defensa de la competencia puede dirigir intimación a los autores de las prácticas restrictivas para que cesen en ellas,

pasar el tanto de culpa a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, o proponer al Consejo de Ministros la aplicación de unas sanciones administrativas. Aparte de esto, las personas dañadas por estos acuerdos podrán ejercitar ante la jurisdicción ordinaria la acción de indemnización de daños y perjuicios.

El proyecto trata de templar la severidad de que parte, al consentir algunas excepciones a la prohibición general del artículo 1.º. En efecto, el artículo 4.º establece que, “no obstante lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º, el Tribunal de Defensa de la Competencia, a petición de parte interesada y previa audiencia de quienes justifiquen un interés legítimo, personal y directo, los acuerdos y decisiones que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones, y siempre que las restricciones autorizadas sean indispensables para aquella finalidad”.

A continuación, este artículo menciona algunos casos concretos de los que sólo nos interesa el primero, que afecta a los “acuerdos y decisiones que se refieren a aplicación y normas y tipos comunes de carácter técnico, comercial o de organización, y cuyo propósito sea exclusivamente racionalizar los procesos económicos y elevar el nivel de eficiencia o productividad de las empresas partícipes”. Aquí la Ley hace referencia a los carteles y consorcios de racionalización, esto es, aquellos que tienden a la “standardización” de los productos, a su unificación, normalización o tipificación. Todos estos acuerdos están excluidos, sin necesidad de autorización alguna, del ámbito de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia (parágrafo 5, apartado uno), y también por el apartado final del artículo 4.º del Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE, aprobado el 6 de febrero de 1962. Pero nosotros no queremos hacer notar simplemente esta diferencia de que no es necesaria la autorización expresa para poner en funcionamiento estos acuerdos que, en general, se consideran beneficiosos, y que

mucho más han de serlo en un mercado como el nuestro, que está atomizado en tantos sectores, sino que la Ley alemana de 1957 considera, al propio tiempo, excluidos de su campo prohibitivo los carteles de condiciones (*Konditionenkartelle*). El párrafo segundo de esa Ley considera válidos los carteles que determinan las condiciones generales de los contratos, con tal de que no contengan acuerdos sobre la determinación del precio o de elementos del precio. Esta exclusión se ha realizado teniendo en cuenta las necesidades de una economía moderna que impone en muchos supuestos la adopción de condiciones generales uniformes. Es más, se ha negado por algunos autores, como Liefmann, Brunn y Dörinkel, la calificación de estos acuerdos como auténticos carteles, ya que asumen la función de concentrar la competencia sobre los puntos más importantes, el servicio y el precio, y por tanto colaboran a hacer parangonables sobre el mercado ofertas diversas, favoreciendo la "transparencia del mercado". Sin embargo, dentro de la proyectada Ley española, está claro que los acuerdos sobre condiciones generales comunes están prohibidas por el apartado a) del artículo 1.º. Esto puede ser un inconveniente para la explotación del seguro, en el que se admite generalmente la oportunidad del establecimiento de condiciones generales uniformes.

Pero es que, además, en el campo de la actividad aseguradora surgen otros acuerdos entre empresarios que se imponen por necesidades de la explotación. Donati señala que existen coaliciones entre empresas que tienen la "función de repartir los negocios de seguros de los miembros del consorcio, a menudo previa autorización o aprobación interna de su conclusión. El método con el cual el reparto se realiza varía. Primero: a veces se verifica con el sistema del coaseguro con la participación pro cuota no solidaria de todos o parte de los miembros del consorcio, así como por los simples acuerdos de coaseguros conocidos, pero mediante una organización común. Es el sistema adaptado por Lloyd de Londres. Segundo: a veces se realizan, al contrario, con el sistema del reaseguro o pro cuota a los miembros del consorcio o a un reasegurador, generalmente con un especial contrato separa-

do para el que el contrato del consorcio hace de contrato general preliminar, que a menudo es emanación de los mismos participantes al consorcio y que hace a modo de gestor del consorcio. Es el sistema, sigue diciendo Donati, adoptado por algunos consorcios italianos y por los *pools* de seguros alemanes. Tercero: a veces, en fin, viene adoptado un sistema mixto: por una parte se tiene coaseguros y por otra reaseguro. Es el sistema adoptado por el consorcio italiano de seguros de cascos de buques”.

Es bien conocido de todos ustedes que se impone la necesidad de acudir al coaseguro cuando se trata de riesgos no bien conocidos. Basta recordar, a modo de ejemplo, el establecido entre nosotros para los riesgos de aviación. No hace falta insistir tampoco, en lo que al reaseguro se refiere, por ser vital para poder ejercitar la actividad aseguradora. El mismo Profesor Donati, en un artículo que titulaba “Nuevos problemas”, al hablar sobre la cuestión de la aplicabilidad de los principios establecidos por los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma, al campo del seguro, decía: “desde un punto de vista técnico se ha de observar que los acuerdos que en otros sectores pueden eventualmente, en forma patente u oculta, ser limitaciones a la competencia sobre el mercado interno, en el sector del seguro representan una absoluta necesidad. Es notorio, en efecto, que, siendo el seguro una mutualidad organizada por la empresa aseguradora, la prima neta no es el “precio” del servicio (éste se da sólo por la carga), sino sólo el valor del riesgo, cuya determinación está hecha únicamente sobre la base de la experiencia. Esta, por la conocida Ley de los grandes números, no puede ser tomada de los elementos de una sola empresa, sino que debe referirse a todo un conjunto de empresas, a todo un mercado, y en muchos caso al conjunto de los mercados internacionales, sobre la base de los procedimientos técnicos de homogeneización cualitativa y cuantitativa de los riesgos, por vía del coaseguro y del reaseguro. Esta imprescindible necesidad, inserta en la naturaleza misma del ejercicio asegurador, impone acuerdos y “ententes” entre las empresas que asumen los mismos riesgos”. De este mismo problema de la necesidad

de poder conjugar el artículo 85 del Tratado con las exigencias técnicas de la explotación de los seguros, se ha hecho eco entre nosotros Ernesto Caballero en su interesante estudio sobre "El seguro español ante una posible entrada de España en el Mercado Común".

Esta cuestión, aun cuando no se ha escapado por completo a los redactores del primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86, no ha sido por completo resuelta expresamente por ellos, sino que su solución se ha dejado para un momento posterior. Quiero recordar que ese Reglamento, redactado en febrero de 1962, se llama *primer* Reglamento, lo que ofrece la posibilidad de redactar otro Reglamento. En efecto, en la parte final del informe Deringer, o sea, del completo informe que se emitió con motivo de la consulta pedida a la Asamblea parlamentaria europea por el Consejo de la CEE en relación al proyecto de un primer Reglamento de aplicación de esos artículos del Tratado, se dice que se ha dejado abierta una serie de problemas, y en esta serie se encuentra el relativo al seguro. Así, en su párrafo 141, el informe señala que, "por lo que se refiere a los casos existentes en éstos (agricultura, energía, transportes, etc.), y en otros sectores económicos para los cuales estas disposiciones no fueran suficientes, la Comisión debería tenerlo en cuenta mediante la concesión de derogaciones para enteros grupos en base del artículo 85, párrafo tercero. Esto sucedería, por ejemplo, para el coaseguro y el reaseguro de riesgos particulares en tráfico marítimo internacional, en cuyo sector, en numerosos casos, los negocios vienen contratados y concluidos formalmente en Bolsa día a día, antes de que sea posible presentar una solicitud a la Comisión. Vuestra Comisión invita, por tanto, a la Comisión Ejecutiva a examinar desde ahora el modo en que se podría conceder dichas excepciones a enteros grupos".

Las palabras de este informe ponen de manifiesto la evidente necesidad de ir ampliando el campo de las excepciones al principio general del párrafo primero del artículo 85 del Tratado, y que se prevén, precisamente como acabo de decir, en el apartado tercero del mismo artículo, el cual establece que "las disposiciones del número primero pueden ser decla-

radas inaplicables” en ciertos supuestos, con lo que se aceptó por los redactores de este Tratado el sistema de la necesidad de una declaración administrativa previa para que esas excepciones produzcan su efecto, sin que hasta el momento en que esa declaración se verifique puedan ejecutarse tales acuerdos. Frente a este sistema, que coarta mucho la libertad de la iniciativa económica, otras legislaciones han declarado directamente que existen ciertos casos a los que no se aplica la prohibición de la Ley, siendo misión esencial de la autoridad administrativa el vigilar que los acuerdos prohibidos no se lleven a efecto. Este punto, de singular importancia, ha sido ampliamente discutido con motivo de la redacción del Reglamento de aplicación, y de él se ha ocupado con detalle el informe Deringer, pero el Reglamento, dada la letra del artículo 85, se ha visto obligado a mantener el criterio de la necesidad de una declaración previa de las autoridades competentes, si bien se han aminorado los inconvenientes de este sistema, no sólo por medio de algunas excepciones generales, contenidas en el primer Reglamento, en particular en su artículo 4.º, sino también a través de comunicados en los que se declara, con carácter general, que ciertos casos no caen dentro de las prohibiciones establecidas por el Tratado. El proyecto español sigue la misma orientación primitiva del del Tratado de Roma, pero quizá con mayor rigor, dada la redacción de su artículo 4.º. En un trabajo anterior que hemos tenido ocasión de hacer sobre los aspectos generales de este proyecto de Ley, nos hemos manifestado en el sentido de considerar como perjudicial este sistema, ya que ha de dificultar la actividad económica en general, pues no tiene sentido que sea necesaria la previa autorización administrativa para llevar a cabo acuerdos que la Ley presupone que persiguen una finalidad beneficiosa y conveniente, como lo es el progreso técnico y económico.

IX. Estas consideraciones nos ponen en camino para entrar a estudiar el problema de si, dada la existencia de un control administrativo específico sobre la actividad aseguradora, es conveniente la aplicación de la legislación general

sobre las restricciones de la competencia a esa actividad o no, y en caso afirmativo, ver dentro de qué límites.

Creemos de interés referirnos, en primer lugar, a la experiencia americana, no sólo porque la legislación *antitrust* de los Estados Unidos es la que tiene más amplia tradición, sino también por la influencia que ese Derecho ha ejercido sobre el europeo.

A estos efectos, conviene recordar que el artículo 1.º de la Ley fundamental, la *Sherman Act*, de 1890, declaraba ilegal todo contrato o práctica "que restringiera el tráfico o comercio entre los varios Estados o naciones extranjeras", pero tal disposición, así como las posteriores complementarias, no se aplicó a los seguros, porque se consideraba, según la jurisprudencia tradicional, que esta actividad no podía considerarse como comercio. En efecto, el Tribunal Supremo, en 1868, en el caso *Paul V. Virginia*, había declarado que la "emisión de una póliza de seguros no era una transacción de comercio", y que las pólizas de seguros "no constituyen una parte del comercio entre los Estados". Por consiguiente, la actividad aseguradora al quedar al margen de la legislación *antitrust*, que es de carácter federal, pudo quedar disciplinada por la legislación de cada Estado, sin preocupación de si entraba en contradicción o no con esas leyes federales. Pero más tarde se produjo un cambio sustancial al declarar el Tribunal Supremo, en 1944, en el caso *United States V. South-eastern Underwriter*, que la actividad aseguradora debía considerarse como comercio, con lo que la regulación de la actividad aseguradora por parte de los Estados no podía estar en desacuerdo con la legislación *antitrust*, ya que, dada esta nueva interpretación jurisprudencial, la Ley Sherman y posteriores eran también de aplicación a los acuerdos realizados por las empresas de seguros.

Los Estados Unidos dictaron en 1945 la Ley MacCarran, con la finalidad de que los Estados modificaran su legislación sobre seguros, y, a falta de ésta, entrarían en vigor tres años más tarde unas leyes federales. Con algunas dificultades, esas leyes de los Estados han ido surgiendo, y aun cuando se inspiran en principios semejantes, como dicen Koontz

y Gable, "la regulación estatal de los seguros ha dado por resultado una variedad de leyes que las grandes compañías de seguros encuentran enojoso seguir".

La aplicación de la legislación *antitrust* al sector asegurador, ha producido el efecto de hacer aumentar la competencia entre los aseguradores. Dice Kimball que "en los Estados Unidos, antes de 1944, el seguro era una industria organizada estrictamente con las sociedades de seguros empañadas en acciones concertadas para controlar las tarifas de primas y las condiciones de las pólizas de seguro. Esto se hacía, no obstante la política pública general del Gobierno federal, que por tres cuartos de siglo había favorecido un mercado libre y sin limitaciones. Es preciso hacer resaltar que la política federal de libre competencia no ha tenido siempre éxito. Desde que en 1944 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decretó que el seguro es comercio, se han hecho muchas presiones por parte del Gobierno federal dirigidas a liberar el mercado de seguros del control de las organizaciones industriales. Tal tendencia continúa aún, y el mercado americano de seguros se está convirtiendo cada vez en más competitivo".

La Ley alemana contra las limitaciones de la competencia de forma expresa ha regulado la cuestión de sus relaciones con la legislación de control de las empresas de seguros. El artículo 102 de la Ley, parte del principio del respeto a esta legislación especial y regula las relaciones entre la autoridad de vigilancia de seguros y la autoridad relativa a los carteles, dejando esta intervención sólo en los supuestos excepcionales, sólo cuando se produzcan determinados abusos. Además, ha excluido de una manera tajante los acuerdos relativos al coaseguro y reaseguro. En efecto, el párrafo 1.º del artículo 102 de la Ley dice que "Los artículos 1 y 15 no se aplicarán a limitaciones de la competencia en conexión con supuestos que, según la Ley sobre materia de crédito o la Ley sobre inspección de las empresas privadas de seguros y cajas de ahorro, están sujetos a autorización o vigilancia. En caso de contratos y decisiones en el sentido del artículo 1.º, esta disposición se aplica sólo cuando han sido comu-

nicados a la competente autoridad de vigilancia. Esta precisará el contenido de la comunicación. La asunción común de riesgos individuales en régimen de coaseguro y de reaseguro así como en régimen de consorcio con institutos de crédito, no está sometida al deber de comunicación. La autoridad de vigilancia traslada las comunicaciones a la autoridad encargada de los carteles". A continuación, este mismo artículo completa la disciplina sobre este punto, en forma en la que ahora no nos podemos detener.

La interpretación de este precepto ha dado lugar a algunas dificultades, y aun cuando todavía no se conoce con amplitud la repercusión de esta Ley en el campo de los seguros, sí se advierte que ha tenido influencia a los efectos de una mayor liberalización, en particular en materia de tarifas.

En el proyecto italiano de Ley para la tutela de la libertad de la concurrencia, que se presentó por el Gobierno a la Cámara de diputados en 1960, dice, en su artículo 18 que "las normas de la presente Ley no modifican la legislación relativa al ejercicio de funciones y de poderes de derecho público; concernientes a las empresas que ejercitan servicios públicos o de necesidad pública, las instituciones de crédito, *las empresas de seguro...*". El Consejo Nacional de Economía y de trabajo italiano ha propuesto una modificación de este artículo en el sentido de que, además de respetar toda esa legislación especial, se delegue en la autoridad administrativa ordinaria la facultad de autorizar los pactos que se consideren útiles. El Profesor Donati, al referirse a este precepto, dice que "se puede adelantar el temor que tal dicción no tenga en cuenta adecuadamente la peculiaridad de la industria del seguro e instaure sobre ella una duplicidad de órganos de control que fatalmente vendrían en contraste entre sí".

En el proyecto de Ley español se apunta una solución similar a la del italiano, pues en su artículo 3.º, párrafo primero, se dice que "las prohibiciones contenidas en los artículos anteriores, no serán de aplicación a las potestades administrativas de restricción de la competencia expresamente establecidas por disposición legal". Según se aclara en la Exposición de motivos del proyecto, con este artículo se trata

de salvar el "antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y la utilización de la idea del orden público económico". Y continúa diciendo esa exposición que, en tanto las potestades administrativas subsistan, "no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada, dentro del marco del orden público, lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia administración quien la conforma, a través del ejercicio de sus potestades de intervención".

Pero si esto es algo, no es suficiente, al menos en el sector del seguro. Porque no basta con decir que las restricciones de la competencia que derivan de la Ley del seguro privado y la legislación complementaria son válidas, ya que las impone el propio Estado. El problema que hay que resolver es el de las limitaciones de la competencia que derivan de la voluntad de los aseguradores y que vengan impuestas por necesidades de orden técnico. La valoración de si un determinado pacto es una limitación de la competencia sin justificación, y, por consiguiente, perjudicial, o bien si se debe a razones técnicas para la buena explotación de la actividad aseguradora, debe confiarse, no al Tribunal para la defensa de la competencia, sino a los órganos de vigilancia que específicamente se ocupan de la actividad aseguradora.

La Ley contra las limitaciones de la competencia, a nuestro entender, debe abandonar, con carácter general, el sistema del artículo 3.º del control apriorístico de todos los acuerdos que puedan atentar a la libre competencia. Más lógico nos parece encargar a los órganos administrativos una vigilancia severa del cumplimiento de la Ley, la cual, por otra parte, debe marcar con la mayor precisión posible, los límites entre aquellos acuerdos lícitos y los que no lo son. En esta línea, y con referencia concreta al sector de los seguros, creemos que la Ley debería, en primer lugar, declarar que no están incluidos en las prohibiciones de la Ley aquellos acuerdos entre los aseguradores que sean necesarios para una explotación racional de la actividad aseguradora. En segundo término, que se encargue de la represión de los acuerdos que, injustificadamente, limiten la competencia en el mercado

de seguros a la autoridad administrativa de vigilancia de las empresas de seguros, esto es, al Ministerio de Hacienda, y en particular a la Dirección General de Seguros, y, por último, que el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio respectivo habrían de coordinar la labor específica de esos órganos de control de seguros, con su actuación general de defensa de la competencia para toda la economía nacional.

X. No quiero terminar esta intervención, que se va prolongando demasiado, sin hacer referencia a un importante problema que el proyecto plantea en su Exposición de motivos, y que estimo que no está resuelto con la suficiente claridad en su texto. Me refiero a la necesidad de una concentración económica de las empresas españolas. En su Exposición, dice el proyecto que "la presente Ley no va contra la concentración económica, deseable, por tantos conceptos, en España, donde más del 90 por 100 de las empresas cuentan con cinco o menos empleados, debiendo el Estado favorecer los procesos de concentración que redunden en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas". Esta declaración, como hemos dicho, no tiene un reflejo claro en el texto articulado, sino que, al contrario, dada la amplitud del artículo 1.º, nos parece que se dificulta ampliamente la concentración de empresas. Sin embargo, a la vista del carácter decidido de la voluntad del legislador, es de esperar que en las Cortes se retoque o aclare la Ley, y también que la concentración se vea favorecida por las disposiciones especiales que sobre esta materia ha anunciado el Ministro de Comercio.

En el caso concreto de la actividad aseguradora, es opinión dominante la necesidad de esta concentración. Antes nos referimos no ya simplemente al número de las sociedades de seguros operantes en España, sino a la falta de una organización adecuada y moderna en algunas de ellas para una explotación racional de esa actividad. Es sabido de todos que la Ley de seguros privados de 1954 tuvo como una de sus finalidades esenciales el facilitar esa concentración, pero también de todos es conocido el poco éxito que ha tenido para

alcanzar esa finalidad. Sin embargo, creo que este objetivo no debe abandonarse.

La Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia nos muestra claramente su deseo de que surja una mayor competencia en todos los sectores, y, por consiguiente, en el de seguros. Para ello, los aseguradores deben seguir esforzándose en mejorar la organización de su propia empresa, en perfeccionarse, y de esta forma, poder afrontar mejor esa lucha de la competencia que ha de realizarse con la lealtad y seriedad tradicional. Seriedad que ha configurado unas costumbres de probidad muy estimables que los aseguradores han de cuidar de conservar. En esta tarea, los actuarios tienen una fundamental y delicada función, al no consentir que sean utilizadas tarifas de primas que no respondan a las bases técnicas de la explotación. Por olvidarse éstas, o más bien, por fijarse las tarifas sin atender las indicaciones de los propios actuarios, la competencia comercial ha podido convertirse en algunas ocasiones, como ha dicho el Profesor Lasheras, en "el garbanzo negro de los seguros privados".

El legislador, sin duda, puede y debe ocuparse de que la regulación de la competencia en la actividad aseguradora, sobre la que hemos intentado dar una visión de conjunto, se perfeccione y mejore. Quizá sea este punto uno de los que, con tantos otros, hacen necesaria una revisión general de nuestro Derecho de seguros privados, pero creo que todos los que viven relacionados con el mundo del seguro pueden esperar, fundadamente, en una ponderada y justa revisión de él, dadas las nuevas orientaciones de nuestra política de seguros.