CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO
presentadas el 23 de enero de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Las demandantes, compañías de seguro cuya actividad se desarrolla en el sector del seguro de crédito a la exportación, solicitan el resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 87/343/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987 (DO L 185, p. 72).

En síntesis, las demandantes consideran que la Directiva citada, tiene un carácter discriminatorio, siendo, por lo tanto, ilícita, en la medida en que, en el marco de la armonización de las garantías financieras que se exigen a las compañías de seguros para la protección de terceros, limitó la aplicación de dichas garantías —y por ende, las cargas relativas a las mismas— únicamente a las sociedades del sector privado, excluyendo las sociedades y organismos de seguro del crédito a la exportación del sector público. En consecuencia, en su opinión, la Directiva da lugar a cargas discriminatorias (para el sector privado), representadas por los costes de constitución y gestión de los instrumentos financieros exigidos. La presente acción de indemnización tiene por objeto, precisamente, el resarcimiento del perjuicio económico resultante de la referida situación.

Resulta patente que con el recurso se aborda una materia delicada y de una importancia normativa y económica innegable. Sin embargo, más allá de los motivos de interés general, es oportuno señalar de entrada que la acción plantea dos importantes cuestiones de principio: la primera, relativa a la admisibilidad, se refiere a la relación entre el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual según el artículo 215 del Tratado y el de las vías internas de protección jurídica; la segunda, con respecto al fondo, se refiere a los límites dentro de los cuales se impone la observancia del principio de igualdad de trato en los supuestos en los que la Institución limita la armonización de los requisitos del ejercicio de una actividad económica para una categoría de empresas, excluyendo del ámbito de aplicación de las normas armonizadas otra categoría de empresas (al menos en parte) competidoras.

La mayor parte de las observaciones que se hacen a continuación se refieren al examen de estos dos puntos. Antes de proceder al análisis de éstos y de los demás aspectos importantes es, empero, indispensable delimitar el contenido y, sobre todo, el origen del régimen controvertido. En efecto, debe subrayarse que los antecedentes históricos de la Directiva y, concretamente, la postura que adoptaron las Instituciones durante el *iter* normativo son de gran importancia, sobre todo con el fin de determinar el carácter discriminatorio de la normativa de que se trata.

Contexto normativo e *iter* de la Directiva 87/343

2. En 1973, mediante la Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de

* Lengua original: italiano.

1973 (DO L 228, p. 3; EE 06/01, p. 143), la Comunidad realizó una primera coordinación de las disposiciones relativas a la actividad del seguro distinto del seguro de vida. Basada en especial en el apartado 2 del artículo 57 del Tratado, con el fin de reconocer una mayor libertad de establecimiento y de prestación de servicios en este sector, la Directiva previó la eliminación de algunas divergencias existentes entre las legislaciones nacionales en materia de control y armonización de las disposiciones relativas a las garantías financieras que se exigen a las compañías de seguro para la protección de asegurados y terceros. Concretamente, los artículos 15, 16 y 17 de la Directiva obligan a los Estados miembros a imponer a las empresas establecidas en su propio territorio la constitución, respectivamente, de «reservas técnicas», de un «margen de solvencia» y de un «fondo de garantía». En conjunto estos elementos constituyen lo que se ha dado en llamar las *«reglas prudenciales»* comunes destinadas a garantizar la solvencia de las empresas en la Comunidad.

Procede hacer resaltar —como puntualizó la Comisión en su escrito— que la propuesta presentada al Consejo disponía que, en el sector del seguro de crédito a la exportación, las citadas reglas prudenciales se aplican a *todas* las empresas interesadas, sin distinción alguna según que la propia empresa pertenezca al sector privado o al sector público.

El Consejo no acogió dicha solución. Como se desprende del cuarto considerando, estimó «conveniente excluir del ámbito de aplicación de la Directiva determinadas mutuas que, en virtud de su régimen jurídico, reúnen condiciones de seguridad y ofrecen garantías financieras específicas». Por ello se dispuso la exclusión de la esfera de aplicación del acto [véase la letra d) del apartado 2 del artículo 2] «las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con el apoyo del Estado»; se previó dicha exclusión con carácter estrictamente *provisional*, estando expresamente supeditada a la «coordinación ulterior que ha de tener lugar en el plazo de cuatro años».

3. De hecho, la coordinación ulterior se ha revelado mucho más ardua de lo previsto. El 13 de diciembre de 1979, al presentar una propuesta de modificación de la Directiva de 1973, la Comisión reiteró la exclusión de las operaciones que se desarrollen por cuenta o con la garantía del Estado, suprimiendo, además, cualquier referencia a una ulterior coordinación sobre el particular.

No obstante, esta orientación se encontró con una resuelta oposición tanto del Comité Económico y Social como del Parlamento Europeo. El primero, en su dictamen de 27 de febrero de 1980, denunció el hecho de que, «a causa del carácter esencialmente político de los problemas relativos al seguro de crédito a la exportación, la Comisión había renunciado a realizar la coordinación en la materia». El segundo, mediante resolución de 17 de octubre de 1980, expresó las siguientes apreciaciones (que se transcriben *in extenso* dada la importancia que revisten para el examen de este asunto):

«En relación con el seguro de crédito:

Observa que la Comisión propone excluir definitivamente del ámbito de aplicación de la Primera Directiva las operaciones de seguro de crédito a la exportación efectuadas por cuenta o con la garantía del Estado.

Señala que, en la forma que propone la Comisión, dicha exclusión perpetúa la diferencia de trato entre el sector público y el privado.

Destaca que dicha diferencia de trato es incompatible con un funcionamiento satisfactorio del mercado común en lo que atañe a:

— Las exportaciones destinadas a otro Estado miembro, por cuanto la garantía del Estado miembro constituye una ayuda no autorizada en el comercio dentro de la Comunidad.

— Las exportaciones destinadas a países terceros por cuanto la garantía que concede el Estado aún no está regulada por principios determinados en el marco de la política comercial común.

Considera —habida cuenta de las declaraciones que el comisario responsable realizó ante la Comisión Jurídica—[1] que, en tanto no se produzca la coordinación ulterior, la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las operaciones de seguro de crédito debe limitarse a las operaciones comerciales con países terceros.

Considera que, únicamente modificando en tal sentido el texto objeto de examen, se posibilitaría de manera mucho más amplia el progreso de la libertad de establecimiento en el sector considerado, sin perjuicio de la necesidad de:

— Definir una posición comunitaria sobre la cuestión de las ayudas a las exportaciones destinadas a los países terceros, ayudas de las que es un ejemplo la garantía del Estado a las operaciones de seguro de crédito a la exportación.[2]

— Asegurar la total equiparación de las condiciones de competencia entre las empresas privadas y públicas.»[3]

De acuerdo con esto, el Parlamento propuso modificar la motivación de la Directiva incorporando un considerando del siguiente tenor:

«Considerando que, en relación con las operaciones de seguro de crédito a la exportación, debe garantizarse la total competencia entre las empresas del sector público y del sector privado; que, en las relaciones intracomunitarias, las contingencias cubiertas por el seguro de crédito a la exportación no son de naturaleza económica distinta de las cubiertas por el seguro de crédito para transacciones realizadas dentro del mercado de un Estado miembro; que, por lo tanto, las operaciones de seguro de crédito efectuadas por cuenta o con la garantía del Estado deben, en tal caso, estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva; que —en lo tocante a las operaciones de seguro de crédito a la exportación en el marco de las relaciones entre algunos Estados miembros y Estados terceros— deberá realizarse ulteriormente la coordinación de las disposiciones nacionales al objeto de que se realice una política comercial común.»

1 — Véase el anexo II al informe de la Comisión Jurídica (doc. 1-457/80).

2 — Véase la Resolución sobre la armonización de los regímenes de ayuda a las exportaciones, aprobada por el Parlamento el 15 de junio de 1977 (DO C 163 de 11.7.1977, p. 42) y el informe Cousté (doc. 129/77).

3 — Véanse la Resolución sobre el séptimo informe de la Comisión relativo a la política de competencia aprobada por el Parlamento el 13 de octubre de 1978 (DO C 261 de 6.11.1978, p. 48) y el informe Damseaux (doc. 334/78).

En definitiva, se propuso modificar la letra d) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, con el fin de excluir del ámbito de aplicación de la misma, hasta la coordinación ulterior, *solamente* los seguros de crédito relativos a las operaciones de exportación con destino a terceros países, aplicándose, por lo demás, un régimen único a los operadores públicos y privados.

4. Como consecuencia de dichas opiniones, la Comisión se vio inducida a volver sobre sus pasos y a proponer al Consejo un nuevo texto de Directiva que tenía en cuenta las sugerencias de la Asamblea. A dicho texto se adjuntó una comunicación en la que la Comisión, refiriéndose al mercado de referencia, puntualiza de manera significativa que

«fully accepts that everything possible must be done to ensure that competition between the public and private sector takes place in conditions of neutrality and transparency;»

señalando, a continuación:

«After consultation with those concerned, it accepts that the application of the present Directive to public sector bodies acting in this area is *practicable* and *will make a useful contribution* to the achievement of these conditions.»

Además, la Comisión subraya la importancia de los mismos objetivos de neutralidad y transparencia de la competencia incluso en los supuestos de exportaciones hacia terceros países; no obstante, en consonancia con las observaciones del Parlamento, la Institución antes citada recalca que la contingencia asegurada en tales supuestos se caracteriza por un elevado contenido político, que únicamente se hallan en condiciones de garantizar los organismos que gozan de la garantía del Estado.

Por consiguiente, la nueva propuesta de la Comisión previó la aplicación de las reglas prudenciales indistintamente al sector público y al privado, con la única excepción del seguro del crédito a la exportación hacia terceros países, para el cual, atendiendo a la naturaleza eminentemente política de la contingencia cubierta, se consideró oportuno dejar la aplicación del régimen común para una coordinación normativa ulterior.

5. No obstante, una vez más, el Consejo desatendió la orientación formulada. La Directiva finalmente adoptada el 22 de junio de 1987, 87/343, al modificar la letra d) del apartado 2 del artículo 2 de la anterior Directiva 73/239, remite a una ulterior coordinación, y esta vez *sine die,* la aplicación de las normas comunes a las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado.

Lo anterior hace referencia al ámbito de aplicación. Por el contrario, en lo tocante al contenido del acto, la Directiva 87/343 confirma las reglas prudenciales que ya estableciera la Directiva 73/239, añadiendo, sin embargo, un nuevo instrumento, la «reserva de estabilización», destinado a fortalecer aún más el sistema de garantías financieras en favor de terceros.

Sobre la admisibilidad

6. Las Instituciones demandadas plantean dos cuestiones de admisibilidad. La primera se refiere al recurso en su integridad; la se-

gunda se dirige especialmente contra una de las peticiones que formulan las recurrentes en sus pretensiones.

La primera excepción de inadmisibilidad

La primera excepción de inadmisibilidad se basa en la consideración de que, en realidad, el objeto del recurso es privar de eficacia a la Directiva 87/343, antes que obtener la reparación de un perjuicio sufrido. Se trata, por lo tanto, de un recurso de anulación «deguisé», que, en el caso de que se considere admisible, implicaría sustraerse a la normativa procesal comunitaria.

Debe puntualizarse que, al alegar la inadmisibilidad del recurso, el Consejo y la Comisión se basaron exclusivamente en la consideración de que no puede utilizarse la acción de responsabilidad extracontractual como una alternativa al recurso previsto en el artículo 173. No obstante, queda claro que, formulada en estos términos, la excepción aparece desprovista de fundamento. Y ello, por la sencilla razón de que el acto comunitario de que se trata en el caso de autos es, como se sabe, una Directiva. Por lo tanto, un acto cuya impugnación por parte de las demandantes con arreglo al apartado 2 del artículo 173, ni siquiera puede concebirse.

No obstante, según mi parecer, es evidente que el examen de esta cuestión de admisibilidad no puede limitarse únicamente a un análisis de la relación entre la acción aquiliana del artículo 215 y el recurso de anulación. De hecho, si se examina más atentamente, se ve que el problema que plantean las Instituciones demandadas posee un alcance más amplio, ya que por regla general, afecta a los límites de la autonomía del recurso de indemnización en los casos en que el perjuicio supuestamente irrogado deriva, no de un hecho o comportamiento material imputable a la Comunidad, sino un *acto jurídico* —que se presume ilícito— adoptado por esta última.

Ahora bien, debe subrayarse que, en el caso de autos, el acto lesivo para las demandantes no lo constituye la Directiva, sino las medidas nacionales de ejecución, o sea, los actos nacionales de alcance individual, adoptados en virtud de las disposiciones de ejecución de la propia Directiva.

Por consiguiente, lo que procede examinar no es si las demandantes, en vez de la acción de indemnización, deberían haber instado un recurso de anulación con arreglo al artículo 173, o si, por el contrario, deberían haber impugnado ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones internas dictadas basándose en la Directiva y, en el contexto de dicha impugnación, plantear la cuestión de la validez del acto comunitario, la Directiva, que constituye el fundamento de tales disposiciones.

Como he señalado, a mi juicio, la cuestión de la admisibilidad que plantean los demandados incide sobre este aspecto e impone su examen. En cualquier caso, debo puntualizar que, como confirmó la última sentencia Roquette (sentencia de 20 de mayo de 1989, Roquette Frères/Comisión, 20/88, Rec. p. 1553, apartado 14), la inadmisibilidad de la acción de responsabilidad extracontractual con carácter subsidiario respecto a las acciones reguladas en el ordenamiento jurídico interno puede plantearse de oficio y, en consecuencia, debe examinarse, sea cual fuere el alcance que se reconozca a la excepción alegada por las partes demandadas.

Acciones de responsabilidad extracontractual y recursos de Derecho interno

7. Por regla general, el problema de la relación entre estas dos clases de acciones se plantea esencialmente en el caso de que, en virtud de un acto comunitario, una autoridad nacional, a su vez, adopte una disposición de la que resulten consecuencias económicas desfavorables para un particular.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia, «siempre que un particular se considere perjudicado por la aplicación de un acto normativo comunitario que considere ilegal, tiene la posibilidad, si se ha confiado la ejecución de dicho acto a la autoridad nacional, de impugnar el propio acto ante un órgano jurisdiccional nacional, con ocasión de dicha ejecución, en el marco de un litigio contra la autoridad nacional», quedando claro, naturalmente, que «en los supuestos contemplados en el artículo 177, el referido órgano puede, o incluso debe, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la validez del acto comunitario impugnado» *(traducción provisional)* (sentencia de 12 de abril de 1984, Unifrex, 281/82, Rec. p. 1969, apartado 11); y que, en consecuencia, la existencia de semejante «medio de impugnación basta para asegurar de manera eficiente la tutela de los particulares interesados» *(traducción provisional)* (sentencia de 5 de diciembre de 1979, Amylum, asuntos acumulados 116/77 y 124/77, Rec. p. 3497, apartado 14).

Desde la misma óptica, y en términos aun más generales, el Tribunal de Justicia declaró que «la acción de indemnización debe ser apreciada en relación con el conjunto del sistema de protección jurisdiccional de los particulares instaurado por el Tratado y su admisibilidad puede estar subordinada, en determinados casos, al agotamiento de las vías de recurso internas que se abren para obtener la anulación de la decisión de la autoridad nacional»; no obstante, también «es necesario que estas vías de recurso nacionales aseguren de un modo eficaz la protección de los particulares interesados, al poder dar lugar a la reparación del daño alegado» (véase sentencia de 26 de febrero de 1986, Krohn, 175/84, Rec. p. 753, apartado 27; y, por último, sentencia de 30 de mayo de 1989, Roquette, 20/88, Rec. p. 1553).

Según mi parecer, en consonancia, por lo demás, con la doctrina,[4] puede deducirse que, siempre que según el ordenamiento jurídico nacional pueda entablarse una acción, la misma tiene carácter prioritario con respecto a la acción prevista en el artículo 215, teniendo en cuenta, no obstante, que sigue siendo posible instar un recurso de indemnización de forma autónoma, es decir, independientemente del previo agotamiento de los recursos de Derecho interno, cuando estos recursos no sean idóneos para asegurar la efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas supuestamente vulneradas.

Sin embargo, también debido a la importancia de la cuestión, considero que el alcance de la jurisprudencia en la materia no puede deducirse únicamente de las afirmaciones de carácter general arriba expresadas, sino que debe ser analizada teniendo en cuenta, además, las diversas situaciones que dieron origen a dicha jurisprudencia. En realidad, según mi parecer, sólo procediendo de esta forma, puede llegar a determinarse las cir-

4 — Sobre la subsidiariedad del recurso de indemnización con respecto a los recursos internos (al menos) en los supuestos en los que el acto comunitario ha dado lugar a medidas nacionales de aplicación, véanse J. Rideau y J. L. Charrier: *Code des procédures européennes*, París, 1990, pp. 185 y 186; R. Joliet: *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Lieja, 1986, pp. 250 y ss.; M. Waelbroeck, en Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 10, tomo I, pp. 276 a 281.

cunstancias en las que debe considerarse que procede admitir una acción de daños y perjuicios independientemente de los recursos internos.

El análisis de la jurisprudencia[5] demuestra que, en principio, procede admitir una acción basada en el artículo 215 (de esta línea se desmarca la sentencia de 17 de marzo de 1976, Lesieur, asuntos acumulados 67/75 a 85/75, Rec. p. 391), independientemente del ejercicio de recursos internos, siempre que el acto de la autoridad nacional fundado en disposiciones comunitarias (de Derecho derivado) lleva consigo el efecto de denegar o retirar a algunas personas la concesión de beneficios, concesiones u otras ventajas. Dicha jurisprudencia se inspira esencialmente en la consideración de que, en el supuesto al que se acaba de aludir, la acción promovida en el ámbito nacional, aunque prospere, no garantiza la tutela efectiva de los derechos invocados ante los tribunales. En realidad, aunque el Tribunal de Justicia, al que hubiera acudido el Juez nacional con arreglo al artículo 177, declarase la invalidez de las disposiciones comunitarias controvertidas y posteriormente, en virtud de dicha sentencia, el Juez anulara la decisión nacional impugnada, semejante resultado tampoco sería de alguna utilidad concreta para el demandante. La mera anulación de la decisión (denegatoria) no equivale a un reconocimiento del derecho invocado. De hecho, es además necesario que se modifique la legislación comunitaria, sobre cuya base actúa la Administración nacional. Por lo tanto, corresponde al legislador comunitario sacar las consecuencias de la declaración de invalidez que realice el Tribunal de Justicia y establecer la norma positiva, sin la cual la autoridad nacional no podría adoptar las medidas solicitadas por el interesado.

Ante dichas circunstancias y, por ende, esencialmente en razón del carácter no satisfactorio de la resolución que puede obtenerse en el ámbito nacional, el Tribunal de Justicia ha admitido, como alternativa a las acciones previstas en el ordenamiento interno, la admisibilidad de una acción con arreglo al artículo 215; y ello, a pesar de que el resarcimiento pretendido coincidiera con la prestación que el demandante solicitara de la autoridad nacional.

La *ratio* de esta jurisprudencia, claramente explicada en las conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti en el asunto Granaria,[6] fue confirmada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Unifrex (apartado 12) y, más concretamente, en la sentencia de 29 de septiembre de 1987, De Boer Buizen (81/86, Rec. p. 3677, apartado 10), donde se declara que, «si el órgano jurisdiccional nacional procede a anular la denegación de concesión de una licencia a una empresa distribuidora, esta decisión no puede tener como resultado que dicha empresa adquiera el derecho a obtener la licencia o la reparación del perjuicio que pueda haber sufrido. Lo mismo cabe decir sobre una declaración de invalidez de las disposiciones reglamentarias debatidas que pudiera efectuarse por el órgano jurisdiccional nacional, después de plantear una cuestión prejudicial a este respecto en aplicación del artículo 177 del Tratado».

Por el contrario, al parecer, el Tribunal de Justicia apunta a una solución muy distinta

5 — Véase R. Joliet, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

6 — Sentencia de 28 de marzo de 1979, Granaria (90/78, Rec. p. 1081). Una vez citada la jurisprudencia pertinente, el Abogado General Sr. Capotorti señala significativamente: «En todas las sentencias citadas, el Tribunal de Justicia declaró la admisibilidad del recurso sin exigir la necesidad de haber agotado previamente todas las posibilidad de recurso interno. A mi juicio, ello se explica porque se trataba de asuntos en los que la parte demandante, aun suponiendo que lograra demostrar al Juez nacional la ilegalidad de las medidas comunitarias que eran la causa primera de sus perjuicios, en cualquier caso no habría podido conseguir de la Administración nacional la prestación a la que consideraba tener derecho, sin una intervención previa del legislador comunitario. Por el contrario, en el supuesto en que la pretensión pudiera acogerse en sede nacional, el Tribunal de Justicia descartó la admisibilidad del recurso de indemnización con arreglo al artículo 215» *(traducción provisional).*

en los casos en que los recursos nacionales garanticen una tutela efectiva, hasta tal punto que la doctrina se inclina a reconocer la existencia de un verdadero principio de subsidiariedad de la acción prevista en el artículo 215 con respecto a los recursos judiciales internos.

Debe señalarse, empero, que, esencialmente, dicha jurisprudencia se ha formado en relación con unos presupuestos fácticos muy determinados. Se trata del caso en que, habiendo pagado a la autoridad nacional un impuesto (o cualquier otra carga) con arreglo a las normas comunitarias y considerando tales normas contrarias a Derecho, un particular promueve una acción de indemnización de daños cuyo objeto consiste en una cantidad equivalente a las sumas satisfechas y que se consideran indebidas. Ante tales circunstancias, ya en la sentencia de 2 de octubre de 1972, Haegemann (96/71, Rec. p. 1005), el Tribunal de Justicia declaró que los litigios relativos a la sujeción de los particulares al pago de impuestos y exacciones contemplados en un Reglamento comunitario «deben resolverse, según el Derecho comunitario, de conformidad con las modalidades establecidas por el Derecho de los Estados miembros; por lo tanto, los litigios relativos a la interpretación y validez de los Reglamentos referentes a los recursos propios de la Comunidad deben sustanciarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales pueden plantear una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 177» *(traducción provisional)*. Por estos motivos se declaró la inadmisibilidad de la petición de indemnización que tenía por objeto una cantidad equivalente a la indebidamente percibida.

De modo semejante, en la sentencia de 27 de enero de 1976, IBC (46/75, Rec. p. 65), la sociedad demandante había solicitado la reparación del perjuicio irrogado por la aplicación por parte de las autoridades italianas de una norma relativa a los montantes compensatorios monetarios; con arreglo a dicha norma, cuya legalidad impugnó, la demandante debió pagar unas cantidades que consideraba superiores a las debidas; el objetivo de la acción de indemnización era precisamente la devolución de dichas cantidades en concepto de reparación.

Al declarar la inadmisibilidad de la acción, el Tribunal de Justicia consideró:

«El litigio se refiere en realidad a las decisiones que las autoridades italianas adoptaron en ejecución de una normativa comunitaria que la demandante considera ilegal; se refiere, pues, a la legalidad de la percepción de las citadas cantidades por las autoridades nacionales encargadas de la aplicación y de la ejecución de la normativa relativa a los montantes compensatorios monetarios y tiene por fin que sea la Comunidad, en lugar de las autoridades nacionales, la que reembolse las sumas percibidas indebidamente.

Las disposiciones de esta normativa establecen los criterios del cálculo de las sumas debidas en concepto de compensación entre el gravamen a la importación y los montantes compensatorios y no dejan ninguna duda respecto a que la valoración concreta y la percepción de las cantidades debidas corresponden a las autoridades nacionales.

Corresponde, pues, a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes pronunciarse sobre la legalidad de estos actos de ejecución, con arreglo al Derecho comunitario, en las formas establecidas por el Derecho nacional y, en su caso, después de utilizar la vía del artículo 177 del Tratado, por lo que se refiere, en particular, a la validez de la normativa comunitaria ejecutada.»

En la sentencia de 12 de diciembre de 1979, Wagner (12/79, Rec. p. 3657), se aprecia una evolución con respecto a la jurisprudencia citada. Hago una somera referencia a los hechos. Se denegó a la empresa Wagner la anulación de una licencia para exportar azúcar. Para evitar el papeleo y los riesgos de un procedimiento judicial interno con la consiguiente remisión al Tribunal de Justicia, dicha empresa decidió no impugnar la decisión. Además, dada la inminencia de la expiración de la licencia (lo cual habría supuesto la pérdida de la garantía), la empresa decidió efectuar la exportación, en cualquier caso. No obstante, la operación se realizó en unas condiciones financieras menos favorables que las que se habrían aplicado en el caso de que —como se solicitó— se hubiera anulado la licencia. De hecho, la falta de anulación impidió que se tuviera en cuenta una anterior modificación de los tipos de cambio en el sector agrícola. Dicho *lucro cesante* constituyó el objeto del recurso de indemnización, el cual se apoyó asimismo en la consideración de que la decisión denegatoria se basó en disposiciones comunitarias ilegales.

En su sentencia, que declara la inadmisibilidad del recurso, el Tribunal de Justicia afirma lo siguiente:

«La acción de indemnización conforme a los artículos 178 y 215 del Tratado ha sido instituida como un recurso autónomo con una función particular en el marco del sistema de protección jurisdiccional, y su ejercicio está supeditado a determinados requisitos en función de su objeto. Su objetivo no consiste en permitir que el Tribunal de Justicia controle la validez de las decisiones que adoptan los órganos nacionales competentes para la ejecución de determinadas medidas en el ámbito de la política agraria común, ni valorar las consecuencias económicas resultantes de la posible invalidez de dichas decisiones.

La demandante interpuso el recurso de responsabilidad extracontractual contra la Comunidad, alegando que la denegación por parte del BALM debería imputarse exclusivamente al comportamiento de la Comisión. En su opinión, el perjuicio sufrido resulta de dicho comportamiento, dado que la autoridad nacional no pudo sino aplicar las disposiciones comunitarias y, al respecto, seguir las indicaciones de la Comisión.

Según la sentencia de este Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1977 en el citado asunto 88/76, el Reglamento (CEE) nº 1579/76 no podía aplicarse a una solicitud de anulación presentada el 1 de julio de 1976. No obstante, correspondía al Juez nacional pronunciarse sobre la legalidad de la decisión denegatoria del BALM, en relación con el Derecho comunitario, del modo establecido por el Derecho interno, promoviendo, en su caso, el procedimiento previsto en el artículo 177 del Tratado.

En realidad, el objeto del recurso es obtener la reparación del daño resultante del hecho de que la demandante no consiguió neutralizar los efectos de la decisión denegatoria que adoptó el BALM. Independientemente de los motivos que aconsejaron a la demandante no impugnar dicha decisión ante los Jueces nacionales competentes, este Tribunal no puede declarar la admisibilidad de una acción de indemnización como la ejercida contra la Comunidad en el caso de autos, ya que, de otro modo se falsearía la totalidad del sistema de recursos jurisdiccionales, concebido, entre otras razones, para la protección de las empresas interesadas contra una aplicación incorrecta de las disposiciones adoptadas en el ámbito de la política común.

De ello se desprende que debe rechazarse, por improcedente, la alegación de la demandante según la cual la impugnación de la decisión denegatoria ante los órganos jurisdiccionales nacionales habría tenido como consecuencia la no utilización de la licencia de exportación y, habida cuenta de la duración de los trámites procesales, la pérdida de la fianza, consecuencia que constituiría un riesgo económico de tal magnitud que una empresa mediana como la demandante no podría soportarlo racionalmente. Al optar por evitar dicho riesgo, en realidad, la demandante se despojó también de la posibilidad de subsanar el vicio de ilegalidad alegado» *(traducción provisional).*

8. Naturalmente, la citada jurisprudencia puede interpretarse diferentemente en función de la *ratio decidendi* de la que se considera inspirada.

En el caso de que, efectivamente, se considere que, esencialmente, el Tribunal de Justicia intentó evitar la confusión entre el recurso de indemnización comunitario y los procedimientos de reclamación de cantidades indebidamente pagadas, que deben promoverse ante los órganos jurisdiccionales nacionales, de ello debe deducirse lógicamente que no procede admitir el recurso de indemnización solamente cuando el perjuicio alegado coincida exactamente con la cantidad pagada en virtud de la decisión nacional de ejecución que se considera ilegal. En este caso, sin embargo, no cabría admitir el recurso de indemnización simplemente porque, de esta forma, se impondría a la Comunidad la obligación de restituir la disminución patrimonial sufrida por el interesado, mientras que evidentemente corresponde a la autoridad nacional devolver las cantidades percibidas sin título.

Según mi parecer, no obstante, dicha jurisprudencia también puede ser interpretada en un sentido más amplio. De hecho, considero que la misma permite inferir que, en general, no procede admitir el recurso previsto en el artículo 215 cuando tenga por objetivo conseguir el mismo resultado que eficazmente se habría podido alcanzar mediante una acción ante un órgano jurisdiccional nacional. En la práctica ello significa que no puede interponerse el recurso de indemnización con el fin de eliminar o, de alguna manera, neutralizar los efectos de un acto lesivo, en el caso de que pueda lograrse dicho objetivo impugnando el propio acto ante el Juez nacional (y planteando ante el mismo la cuestión de la validez de las disposiciones comunitarias de base); y ello con la única excepción —expresada anteriormente— de que, en cualquier caso, la acción judicial del ordenamiento jurídico interno sea idónea para garantizar una tutela efectiva.

Las afirmaciones de carácter general del Tribunal de Justicia acerca de la necesidad de respetar la función específica que los diversos recursos contemplados en el Tratado asumen en el conjunto del sistema de protección jurisdiccional, y, en particular, la citada sentencia Wagner, me parece que confirman una solución de este tipo.

En el asunto Wagner, la empresa no había solicitado, en concepto de indemnización, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, aunque había solicitado la indemnización del lucro cesante debido a la denegación de la anulación de la licencia. En este asunto, el Tribunal de Justicia evidentemente tuvo en cuenta el hecho de que el demandante habría podido obtener un resultado análogo impugnando la decisión denegatoria ante el órgano jurisdiccional nacional. Por lo tanto, dicho Tribunal de Justicia quiso evitar que el recurso previsto en el artículo 215 pudiera utilizarse como alternativa en relación con las acciones reguladas en el ordenamiento interno, aunque en algunos supuestos —como precisamente en el asunto Wagner— dichas acciones suponen

mayores riesgos para el interesado. En otras palabras, el Tribunal de Justicia, al parecer, se inspiró en el criterio, muy claramente expuesto por el Abogado General Sr. Capotorti en el citado asunto Granaria, según el cual, no procede admitir un recurso de indemnización cuando «pueda estimarse la pretensión ante los órganos jurisdiccionales nacionales».

Por otra parte, considero que esta interpretación es congruente con el equilibrio del sistema de tutela jurisdiccional comunitaria. Sobre el particular debe recordarse que la hipótesis objeto de examen es la de la responsabilidad extracontractual que deriva no del hecho o comportamiento material, sino de un acto jurídico que se presume contrario a Derecho. Por lo tanto, en tal supuesto, el control de la legalidad del acto constituye la premisa fundamental de la determinación de la responsabilidad y de la consiguiente obligación de indemnización. Ahora bien, en la medida en que el ordenamiento jurídico prevé procedimientos adecuados para el ejercicio de dicho control, sería totalmente injustificado prescindir de ellos, para, alternativamente, iniciar una acción de indemnización, la cual no está prevista ni estructurada para apreciar la legalidad de los actos.

En realidad, como recalcó el Tribunal de Justicia, el objetivo del recurso a que se refiere el artículo 215 consiste únicamente en la indemnización y, especialmente, el mismo no permite el control de la validez de las disposiciones adoptadas por los órganos nacionales con fundamento en actos comunitarios ilegales. Al tratarse de actos de las Instituciones adoptados en ejercicio de facultades discrecionales, la indemnización sólo es posible cuando concurren los requisitos de carácter limitativo fijados por la jurisprudencia HNL (sentencia de 25 de mayo de 1978, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209). De ello se deduce que el control que se ejerce en el marco del artículo 215, por tener como único objetivo la indemnización, no es un control absoluto de legalidad, sino que se limita a verificar la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que protege a los particulares: por lo tanto, el examen del acto se circunscribe a la determinación de dichos aspectos y sólo podrá estimarse el recurso cuando concurran dichos requisitos de fondo.

Además, aunque prospere el recurso regulado en el artículo 215, la determinación de ilegalidad tiene un carácter meramente incidental, y en modo alguno produce los efectos propios de una declaración de invalidez con arreglo al artículo 177. Piénsese solamente que esta última supone —como mínimo— la no aplicación del acto comunitario que se haya declarado inválido en el marco de la cuestión prejudicial, lo que implica la anulación de la disposición nacional de ejecución impugnada ante el órgano jurisdiccional de remisión. Además, al pronunciarse según el artículo 177, el Tribunal de Justicia no se limita a declarar la invalidez sino que reconoce (véase el fallo de las sentencias de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel, asuntos acumulados 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753; y de 29 de junio de 1988, Van Landschoot, 300/86, Rec. p. 3443) la obligación de las autoridades comunitarias de adoptar las disposiciones (de revocación o modificación) necesarias para paliar la comprobada incompatibilidad; y ello, sin considerar el supuesto en que el Tribunal de Justicia, tras declarar la invalidez de un Reglamento —debido a violación del principio de igualdad— en la medida en que no establecía la exención de la tasa de corresponsabilidad en favor de determinadas categorías de operadores, dispuso que, a la espera de que el legislador comunitario adoptara las medidas necesarias para establecer la igualdad de trato, las *autoridades nacionales,* además de seguir aplicando la exención contemplada en la disposición declarada inválida, debían ampliar la propia

exención a los operadores afectados por la discriminación apreciada (véase la sentencia Van Landschoot, antes citada).

Por consiguiente, tanto el alcance como los efectos del control de la legalidad de los actos difieren sustancialmente según que el propio control se desarrolle en el marco previsto con tal fin, la cuestión prejudicial regulada en el artículo 177, o en el más restringido a que se refiere el artículo 215. Por lo tanto, me parece congruente con el interés general así como el interés particular del que ejerce la acción judicial que la legalidad de los actos comunitarios en los que se basan las medidas nacionales lesivas se aprecie sin limitación en cuanto a su alcance y con plenitud de efectos. El marco apropiado para semejante apreciación «en el sistema de protección jurídica establecido por el Tratado» no puede ser sino la remisión efectuada por el órgano jurisdiccional interno ante el que se haya impugnado la medida nacional de ejecución.

Naturalmente confirma la interpretación que aquí se defiende, y no la contradice, el hecho de que el Tribunal de Justicia considere que, con carácter excepcional, procede admitir la acción de indemnización cuando los recursos internos se revelan inadecuados para garantizar la tutela judicial efectiva (aunque, a la luz de recientes antecedentes, como la citada sentencia Van Landschoot, debe considerarse que la acción judicial nacional, y la consiguiente remisión prejudicial, suponen, en la *casi totalidad* de los casos, el medio más *idóneo* para garantizar la tutela efectiva de los derechos del justiciable). En este supuesto, en realidad, el objetivo del recurso no consiste en obtener un resultado similar al de los recursos internos, sino un resultado imposible de conseguir en el plano interno.

En consecuencia, es evidente que, si la supresión de la disposición nacional impugnada no basta para erradicar todas las consecuencias perjudiciales producidas, siempre cabrá la posibilidad de instar una acción de responsabilidad para la reparación de dichas consecuencias. Así, por ejemplo, si el Juez nacional anula la suspensión de una licencia de importación decidida por la autoridad nacional de conformidad con un Reglamento comunitario, como consecuencia de la declaración de invalidez del Reglamento de base, aún existirá la posibilidad de solicitar, con arreglo al artículo 215, el resarcimiento de los costes soportados *medio tempore*, por ejemplo, para el almacenamiento y conservación de la mercancía, o por el deterioro que la misma haya podido sufrir. Sin embargo —y es oportuno subrayarlo— no podrá iniciarse la acción hasta que, en el marco apropiado, se haya decidido acerca de las medidas lesivas y, por lo tanto, deberá referirse a perjuicios ya valorados y liquidables.

Todavía un último aspecto. Algunos han manifestado que el ejercicio de las acciones reguladas en el ordenamiento jurídico interno impone al demandante un penoso «periplo judicial»,[7] tanto más prolongado si el Juez que resuelve en primera instancia no plantea una cuestión prejudicial.

A esta objeción se ha respondido ya parcialmente al señalar que la impugnación directa de las disposiciones perjudiciales en la esfera nacional incluso resulta en interés particular del demandante (existiendo siempre la posibilidad de que, con arreglo al artículo 215, pueda solicitarse el resarcimiento de un perjuicio más elevado).

En cuanto a la mayor duración o complejidad del procedimiento interno, me parece

7 — Véase M. Waelbroek, *op. cit.*, p. 281.

que se trata, en cualquier caso, de un riesgo más aparente que real. El sistema del control amplio que deriva del artículo 177, aunque articulado en niveles distintos, se concibió como un sistema integrado y unitario, características que se han patentizado y desarrollado de forma progresiva. No existe motivo alguno para considerar que semejante estructura sea inadecuada para garantizar la protección plena de los interesados, hasta el extremo de considerar el recurso de indemnización una vía alternativa (a elección de los interesados) con respecto al recurso especialmente establecido para el control de la legalidad de los actos. Ello con mayor razón después de que la jurisprudencia Foto-Frost (sentencia de 22 de octubre de 1987, 314/85, Rec. p. 4199) declaró la *obligatoriedad* de la remisión prejudicial en el supuesto en que el Juez nacional considere ilegal el acto comunitario en el que se basa la medida nacional sometida a su examen; y ello, aunque se considere la circunstancia de que la misma jurisprudencia que acaba de citarse, según parece, autoriza al Juez nacional la suspensión cautelar (de los efectos) del acto comunitario cuya validez se examina, dando así un alcance distinto al riesgo de que la prolongación del proceso pueda perjudicar el derecho invocado por la parte demandante.

9. Lo expuesto constituye una cuestión de principio. Pasando al caso de autos, ante todo debe destacarse que el recurso de indemnización se basa en la ilegalidad, por violación del principio de igualdad, de las normas de la Directiva 87/343 relativas a la reserva de estabilización.

Por lo tanto, debe ante todo verificarse si las demandantes disponían de recursos jurisdiccionales de Derecho interno en el marco de las cuales pudieran plantear la cuestión de la validez del acto comunitario *de quo*. Al menos por lo que al Reino Unido se refiere, que, debo repetir, se considera como uno de los países en los que Assurances du Crédit desarrolla su actividad, y, por ende, uno de los tres mercados en los que pudo producirse el perjuicio objeto del presente recurso, las demandantes tenían la posibilidad de entablar una acción de «judicial review» ante los tribunales nacionales, con el objeto de determinar, con carácter preventivo, la ilegalidad de las normas reglamentarias de ejecución de la Directiva, por cuanto se fundamentan en un acto comunitario contrario al principio de igualdad, solicitando en el curso de la misma al órgano jurisdiccional el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la propia Directiva. Un ejemplo muy reciente de dicho *modus procedendi* lo encontramos en la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Fedesa (C-331/88, Rec. p. I-4023), que tiene su origen en un litigio, planteado ante un órgano jurisdiccional británico, en el que las partes demandantes habían impugnado la validez de la Directiva «hormonas» y las correspondientes disposiciones nacionales de ejecución.

Pero, incluso en el supuesto de que no existiera la posibilidad de impugnar *directamente* las disposiciones nacionales de ejecución de la Directiva (por ejemplo, por tratarse de disposiciones que tuvieran la naturaleza de ley y a falta de cualquier otra disposición reglamentaria que pudiera ser objeto de impugnación), la situación desde el punto de vista de las posibilidades de tutela judicial interna apenas se presentaría de un modo más complejo. Sobre el particular debe hacerse resaltar el hecho de que la Directiva 73/239, en cuyo contexto normativo se subsume la Directiva controvertida, prevé en los artículos 20 y siguientes algunas medidas que pueden adoptar las autoridades nacionales de control en los supuestos en que las compañías de seguros no se atengan a las reglas prudenciales y obligaciones conexas. En particular, la Directiva establece como

medida «extrema» la retirada de la autorización (artículo 22), estableciendo al mismo tiempo que, contra dichas decisiones de retirada, cada Estado miembro debe prever la posibilidad de un recurso judicial (apartado 3 del artículo 22). Además la Directiva prevé medidas menos graves como restricciones a la libre disposición de los activos (apartado 1 del artículo 20) y, en general, «cualquier otra medida apropiada para salvaguardar los intereses de los asegurados» (apartado 4 del artículo 20). Ahora bien, según mi parecer, no cabe duda de que las partes demandantes, al abstenerse de constituir, en su totalidad o en parte, la reserva que se establece en la Directiva 87/343 y, en cualquier caso, de cumplir las obligaciones de carácter administrativo o contable en relación con la misma, habrían podido propiciar la adopción de alguna de las medidas anteriormente indicadas por parte de la autoridad de control, para, seguidamente, impugnar judicialmente la validez de la propia medida por fundamentarse en disposiciones comunitarias ilegales; además, dichas partes demandantes habrían podido solicitar, en tal proceso, la suspensión de la ejecución de la disposición de la que hubieran sido destinatarios, hasta que se dictara la decisión definitiva. Por lo tanto, a mi juicio, también en este supuesto las demandantes habrían dispuesto de los medios para entablar un procedimiento judicial de Derecho interno.

No es válido objetar que, siempre, en tal supuesto las partes demandantes estarían obligadas a infringir los preceptos de la Directiva, corriendo el riesgo de sufrir consecuencias más o menos graves. En realidad, es una situación que tiene lugar normalmente cuando se pretende impugnar la legalidad de disposiciones, comunitarias o nacionales, que establecen cargas, obligaciones u otras limitaciones, y que el particular lesionado no puede impugnar directamente. Por lo demás, son muy frecuentes las cuestiones prejudiciales por las que se pide un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que se suscitan en procedimientos entablados por las autoridades nacionales contra los particulares que han transgredido determinados regímenes; mientras que, en realidad, dichos regímenes no pueden impugnarse directamente, mediante, por ejemplo, una acción de «judicial review», el trámite normal para lograr un pronunciamiento judicial, ya sea sobre la compatibilidad de las disposiciones nacionales con respecto al Derecho comunitario, o —como en el caso objeto de examen— sobre la validez de las normas comunitarias sobre las que se basa el régimen nacional, es precisamente la de incumplir alguna de las obligaciones establecidas y ocasionar una remisión prejudicial en el marco del procedimiento que resulte de dicho incumplimiento.

Es cierto que semejante *iter* puede ofrecer riesgos (de cualquier modo, limitados, en los casos más graves, dada la posibilidad de suspender, llegado el caso, las medidas de ejecución), pero también es cierto que dichos riesgos —como confirma la citada jurisprudencia Wagner— constituyen un elemento sustancial a cualquier acción judicial y que, en definitiva, corresponde al interesado determinar si actúa o no en función de las ventajas y riesgos propios de un determinado procedimiento judicial; sin tener en cuenta, por otra parte, que en el caso de autos parecía que incluso estos riesgos (limitados) podían evitarse promoviendo una acción de «judicial review» ante un tribunal británico.

Expuesto lo anterior, debo añadir que, al promover la presente acción de indemnización, las partes demandantes se proponen un resultado completamente análogo al que habría podido conseguirse mediante uno de los procedimientos internos arriba mencionados. En el presente asunto, el recurso previsto en el artículo 215 tiene como único objetivo la obtención de la Comunidad, en concepto de indemnización, la compensación de las cargas económicas inherentes a

la constitución y gestión de la reserva establecida en la Directiva 87/343. En otros términos, esencialmente, el recurso está destinado a neutralizar, o incluso a eliminar, los efectos económicos del acto que se reputa discriminatorio para las demandantes. Ahora bien, precisamente este objetivo habría podido y debido conseguirse planteando una cuestión prejudicial con el fin de determinar los efectos discriminatorios del acto y, por lo tanto, su invalidez.

Por otra parte, el hecho de que en el caso de autos se solicite, no tanto la reparación del perjuicio, como una neutralización material de los efectos del acto, parece demostrarlo la circunstancia de que, si el Tribunal de Justicia acogiese favorablemente el recurso, en la práctica ello equivaldría a reconocer en favor de las demandantes un tipo de derecho permanente a la indemnización de las cargas financieras de la reserva. De hecho, el perjuicio es idéntico al coste de la constitución y gestión de la reserva y, por lo tanto, una sentencia que estimara el recurso implicaría en realidad una especie de exención de la propia reserva en favor de las demandantes y no la reparación de un perjuicio concreto.

Por último, debe señalarse que, en el caso de autos, los recursos judiciales internos no sólo habrían permitido llegar al mismo objetivo del presente recurso de indemnización, sino que, además, habrían garantizado una tutela judicial efectiva y más amplia. En realidad, como he podido indicar, en múltiples ocasiones se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento establecido en el artículo 177, sobre el carácter discriminatorio de normativas que imponían cargas (o, por el contrario, reconocían derechos) sólo a determinadas clases de operadores. Una sentencia que declara la invalidez implica la ineficacia de las medidas nacionales de aplicación, así como la obligación de las Instituciones comunitarias de paliar las ilegalidades (sin considerar la posibilidad de que el Tribunal de Justicia precise incluso las medidas que deben adoptar las propias autoridades nacionales como consecuencia de la sentencia y a la espera de que se modifique el régimen comunitario de que se trate). Por lo tanto, no cabe duda de que una remisión prejudicial sobre la cuestión de validez de la Directiva habría ofrecido a las demandantes una tutela mucho más firme del derecho (de no sujeción a cargas discriminatorias) que, de un modo distinto, pretenden que se reconozca a través del ejercicio, alternativamente, del recurso del artículo 215.

En definitiva, considero que, en realidad, el objetivo del presente recurso consiste en negar la eficacia de la Directiva controvertida y, por lo tanto, su resultado es el mismo que debería haberse pretendido alcanzar mediante el ejercicio de recursos judiciales de Derecho interno. En consecuencia, propongo que se declare la inadmisibilidad del recurso.

Segunda excepción de inadmisibilidad

10. En las pretensiones que formulan en el escrito inicial, las partes demandantes solicitan al Tribunal de Justicia, entre otras cosas, que ordene a las Instituciones la adopción de medidas idóneas para el cese de las ilegalidades impugnadas. Las Instituciones comunitarias demandadas oponen la inadmisibilidad de esta pretensión, alegando la incompetencia del Tribunal de Justicia para pronunciar semejante requerimiento.

Considero que debe acogerse esta excepción.

Contrariamente a lo mantenido por las partes demandantes, el Tribunal de Justicia no

dispone de semejante competencia con arreglo al artículo 178. En realidad, si bien la norma faculta al Tribunal de Justicia para resolver las peticiones de indemnización de perjuicios contra la Comunidad, no le autoriza a declarar la obligación de las Instituciones comunitarias de adoptar actos positivos con un objeto determinado. Según un principio consagrado en todos los ordenamientos jurídicos, que impone una clara separación entre la función jurisdiccional y la actividad de elaboración del Derecho, el Juez no puede injerirse en las opciones de índole normativa, que están comprendidas dentro de la competencia discrecional de las Instituciones facultadas para ello. Por lo demás, una constante jurisprudencia sentada en el ámbito de los procedimientos en materia de funcionarios, pero evidentemente inspirada en las motivaciones del principio que se acaba de enunciar, confirma que el Tribunal de Justicia carece de competencia para dirigir requerimientos a la Administración y que tan sólo de la anulación de alguno de sus actos pueden, en su caso, derivar obligaciones para la Administración (véanse sentencias de 26 de enero de 1989, Koutchoumoff, 224/87, Rec. p. 99; de 21 de noviembre de 1989, Becker, asuntos acumulados C-41/88 y C-178/88, Rec. p. 3807, y de 14 de febrero de 1990, Schneemann, C-137/88, Rec. p. I-369).

Por otro lado debe observarse que, en el escrito de réplica, las demandantes modificaron, al menos en parte, el alcance de la pretensión formulada en la demanda. En realidad, según parece, éstas esencialmente solicitan al Tribunal de Justicia que, una vez determinado el carácter discriminatorio del régimen controvertido, puntualice que incumbe a las Instituciones la *obligación* de dictar las disposiciones necesarias para restablecer la igualdad de trato.

Ahora bien, como ya se indicó anteriormente, una obligación de esta índole deriva de la declaración de invalidez de un acto, pero no de una sentencia que estimase una acción de indemnización, en cuyo ámbito la declaración de legalidad del acto tiene un carácter meramente incidental. En su caso, la pretensión que sobre el particular formularon las demandantes confirma nuevamente que se introdujeron en un marco procesal inadecuado, en la medida en que el objetivo que pretenden alcanzar habría podido y debido perseguirse mediante una acción promovida ante los órganos judiciales nacionales, en cuyo ámbito debía haberse planteado la cuestión relativa a la invalidez del régimen que se considera discriminatorio.

Tampoco puede acogerse la otra alegación que formulan las demandantes en el escrito de réplica, según la cual, de cualquier modo, en el caso de autos el Tribunal de Justicia podría dictar requerimientos en virtud del artículo 186 del Tratado. En realidad, no sólo en las pretensiones de la demanda no se hace referencia alguna a dicha norma, sino que, sobre todo, del escrito inicial resulta patente que las demandantes no solicitaron la adopción de medidas provisionales y de urgencia, sino la de medidas *definitivas* consistentes en una modificación del régimen comunitario del seguro de crédito a la exportación, en el sentido que propusieron.

Igualmente debe desestimarse la consideración, asimismo formulada sólo en el escrito de réplica, según la cual el Tribunal de Justicia podría librar requerimientos con arreglo al párrafo segundo del artículo 176. Según mi parecer, la interpretación de la norma defendida por las demandantes distorsiona totalmente su alcance. En realidad, el párrafo segundo del artículo 176 se limita a reconocer la facultad de la persona que ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un acto (ya) anulado con arreglo al artículo 173 de acudir al Tribunal de Justicia

para obtener la reparación del perjuicio ulteriormente irrogado; no obstante, ello no permite modificar la competencia del Tribunal de Justicia en el marco del recurso de indemnización, competencia que, como he manifestado reiteradamente, se limita a la condena al pago de una cantidad de dinero y no incluye la facultad de ordenar a las Instituciones la adopción de medidas de un contenido concreto.

Sobre el fondo

11. En cuanto al fondo, las Instituciones demandadas plantean, en primer lugar, una objeción con carácter preliminar. Sostienen que en el caso de autos la Comunidad no adoptó ningún régimen discriminatorio. Simplemente, en el momento de adoptar la primera Directiva, se dieron cuenta de que aún no era posible armonizar las normativas nacionales referentes al seguro de crédito a la exportación efectuado por cuenta o con la garantía del Estado. Por lo tanto se contentaron con una armonización parcial, regulando el sector privado (adoptando concretamente la normativa sobre las distintas garantías financieras para la protección de terceros) y, por el contrario, dejando para los Estados miembros la tarea de regular la actividad de las entidades de seguros públicas en dicho sector.

Por otra parte, el Consejo y la Comisión reconocen que, limitar tan sólo al sector privado la aplicación de las reglas prudenciales comunes suponía, de hecho, que los operadores públicos habrían seguido sin estar sujetos a ninguna garantía financiera. No obstante, las Instituciones observan que simplemente aceptaron semejante situación de hecho, sin crearla; y que si los Estados miembros decidieron no someter las entidades de seguros públicas a cargas comparables con las reservas a que se refiere la Directiva, ello obedece a una elección cuya responsabilidad en el plano jurídico es de los propios Estados miembros y no de la Comunidad. En efecto, si se analiza más detenidamente, en opinión de dichas Instituciones, nada impide a los Estados miembros dictar reglas prudenciales para las entidades de seguros públicas, análogas a las previstas en la Directiva para el seguro privado.

Según mi parecer, debe desestimarse la objeción formulada por las demandadas, por cuanto se expone a la inaceptable consecuencia según la cual, en el supuesto de que únicamente se armonice un sector de una determinada materia, el legislador europeo quedaría relevado de la necesidad de respetar el principio de la igualdad de trato.

Sobre el particular debe reiterarse que dicho principio tiene un carácter fundamental, no sólo por ser la piedra angular de los sistemas jurídicos contemporáneos, sino también por una razón más concreta. En realidad, la legislación comunitaria se refiere esencialmente a fenómenos y actividades económicas. En esta materia, el establecimiento de normas diversas para situaciones análogas no sólo se traduce en una desigualdad ante la ley, sino que, además e inevitablemente, ocasiona distorsiones de la competencia absolutamente inconciliables con la filosofía sobre la que se sustenta el mercado común.

Ahora bien, volviendo al problema que nos ocupa, procede destacar que el legislador comunitario debe tener presente, en particular, la igualdad de trato al *definir* el ámbito de aplicación *ratione personarum* de los regímenes que él mismo establece; y ello, sobre

todo siempre que dichos regímenes tengan por objeto o, de algún modo, supongan el establecimiento de cargas (o derechos) en relación con determinados operadores económicos. En tales casos es patente el riesgo de que un régimen diferenciado *ratione personarum* origine distorsiones de la competencia injustificadas y perjudiciales, tanto desde el punto de vista del equilibrio general del mercado como desde el punto de vista particular de las personas directamente perjudicadas.

Lo anterior se ha expresado en términos generales. Sin embargo las demandadas objetan que la situación debe apreciarse de distinta manera siempre que el acto comunitario de que se trate no sea un Reglamento, sino una Directiva de armonización parcial. En síntesis, el razonamiento de las demandadas es el siguiente.

En el caso de que se trate de un Reglamento que establezca cargas (o derechos) para determinados operadores económicos y no para los demás (por ejemplo, disponiendo una exención de la tasa de corresponsabilidad en favor de algunas categorías de productores de cereales y no de otras), semejante diferencia de trato sería, sin más, imputable al legislador comunitario, el cual, en consecuencia, sería responsable de ello. De hecho, en estos casos, la norma comunitaria es la que establece el régimen aplicable a las distintas categorías, sujetas o no a la carga (o al derecho).

A juicio de los demandados, es muy distinta la situación que se produce cuando se adopta una Directiva de armonización parcial como la controvertida. En estos casos el legislador comunitario se limita a establecer las normas comunes aplicables a los operadores comprendidos en el ámbito de aplicación personal de la Directiva de armonización. Por el contrario, ninguna norma comunitaria se aplica a los operadores ajenos al ámbito de la Directiva: éstos solamente permanecen sujetos a la aplicación de las leyes nacionales. Por lo demás, estas últimas pueden ser de contenido análogo o distinto del de las normas armonizadas. Si discrepan en su contenido, de ello podrá incluso resultar una diferencia de trato, dado que, en realidad, se aplicará un régimen doble a operadores que, en definitiva, compiten entre sí. Pero dicha diferencia de trato —siempre a juicio de las partes demandadas— dependerá exclusivamente de las opciones de carácter normativo que efectúen los Estados miembros: y, en consecuencia, a estos últimos debe imputarse la existencia de una violación del principio de igualdad, que, en su caso, pueda registrarse.

Aunque debe reconocerse la calidad dialéctica del razonamiento, considero, no obstante, que, esencialmente, se basa en una *fictio*. En realidad, el mismo no tiene en cuenta la circunstancia de que en el caso de autos las demandantes detectan el elemento de discriminación en la arbitrariedad de la armonización parcial y no en el texto de las normas nacionales (legalmente) aplicadas en los sectores (aún) sin armonizar. Me explico. Las partes demandadas ocultan el hecho de que, en el momento en que, al armonizar los requisitos para el ejercicio de una actividad (como los seguros de crédito a la exportación), el legislador comunitario *limita* el ámbito de aplicación de las normas armonizadas a una sola categoría de operadores (los seguros privados), al mismo tiempo *autoriza* a las autoridades nacionales para que adopten normas de distinto tenor respecto a las demás categorías (los seguros públicos) excluidas de la armonización.

Por consiguiente, si se establece un doble régimen, consistente en la aplicación de normas comunitarias, por una parte, y nacionales, por otra, ello depende únicamente de la elección del legislador comunitario en cuanto a la delimitación del ámbito personal de la Directiva. Y si posteriormente —digámoslo en aras de la claridad— este régimen de duplicidad se traduce en la sujeción del sector privado, en virtud de la Directiva, a una carga como la reserva de estabilización, al paso que el sector público, regido por las normas nacionales, se halla relevado de cualquier obligación financiera, semejante diferencia de trato sólo puede deberse y ser imputada al legislador comunitario en la medida en que éste haya *permitido* la aplicación de normas distintas de las comunes por parte del legislador nacional.

Ello es tanto más evidente en el caso de autos si se tienen en cuenta los *antecedentes históricos* del régimen controvertido, a que se ha hecho referencia anteriormente. En efecto, desde que se adoptó la primera Directiva en la materia, las Instituciones comunitarias eran perfectamente conscientes del hecho de que en los Estados miembros no estaba establecida garantía alguna de índole financiera a cargo del sector público. Como puntualizó la Comisión, la Comunidad *aceptó* este estado de cosas. Por lo tanto, al someter —aunque sólo provisionalmente— a las reglas prudenciales comunes únicamente al sector privado, el Consejo permitió, ni más ni menos, que el sector público quedara exento de cualesquiera cargas de este tipo.

En definitiva, considero que en el caso de autos las Instituciones demandadas no pueden defenderse sosteniendo que la discriminación denunciada no es imputable a la Comunidad.

Por otra parte, semejante tesis llevaría a la absurda consecuencia de que la propia discriminación, en los casos en que estuviera objetivamente fundada, no podría imputarse a nadie. No podría serlo a los Estados miembros, por cuanto éstos habrían podido legalmente adoptar o mantener sus propias normas, en virtud del hecho de que la Directiva armonizó la materia sólo parcialmente (a no ser que se quiera considerar que también en los supuestos de armonización parcial, de cualquier modo, los Estados miembros están obligados, en los sectores sobre los cuales han retenido competencias, a dictar normas con un contenido análogo al de las normas establecidas mediante la Directiva en los sectores armonizados, lo cual sería a todas luces aberrante, por cuanto supondría transformar subrepticiamente la armonización parcial en una armonización completa); pero tampoco podría imputarse a la Comunidad, dado que ésta considera que no es responsable de las diferencias de trato debidas a la limitación de la esfera de aplicación personal de la Directiva. En resumen, ello significa que, en los supuestos en que el Consejo armonice parcialmente los requisitos para el ejercicio de una determinada actividad, previendo la aplicación de cargas a una determinada categoría de operadores y, al mismo tiempo, excluyendo de la armonización y, por ende, de las propias cargas, a otras categorías de operadores competidores, *nunca* semejante situación podría analizarse desde el prisma del respeto al principio de igualdad.

Alcance de la discriminación alegada

12. Una vez refutada la objeción preliminar formulada por las partes demandadas y antes de examinar si el régimen controvertido tenía, o no, carácter discriminatorio, ante todo debe interpretarse el alcance de la discriminación alegada.

La letra d) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 73/239 establece que la propia Directiva no se aplica a las *operaciones* de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con el apoyo del Estado. En los mismos términos se formula el artículo 1 de la Directiva 87/343. Por lo tanto, en sentido estricto, son las operaciones, y no los *operadores,* las que deben quedar fuera de la esfera de aplicación de las normas armonizadas.

No obstante, según parece, la distinción reviste escasa importancia. Ante todo, es evidente que las operaciones por cuenta o con la garantía del Estado sólo pueden realizarse por algunos organismos y entidades pertenecientes —aunque según fórmulas distintas— al sector público y que, con carácter institucional, realizan actividades de seguro de crédito a la exportación. Por lo tanto, la exclusión de dichas operaciones del ámbito de aplicación de la Directiva únicamente favorece a los operadores públicos.

Además, debe añadirse que en algunos Estados miembros —es precisamente el caso del Reino Unido, así como de Grecia, Italia e Irlanda— el operador público de que se trate únicamente puede actuar *por cuenta del Estado,* debiendo descartarse cualquier actividad ejercitada *por cuenta propia.* Por lo tanto, en estos casos, la exclusión de las *operaciones* que establece la Directiva coincide *sic et simpliciter* con la exclusión de los *operadores,* habida cuenta de que estos últimos sólo pueden realizar operaciones por cuenta del Estado.

En otros países sólo aparentemente el problema es distinto. En Bélgica el operador público asegura la totalidad de las operaciones *por cuenta propia,* en otras partes, como en Francia, el operador público desarrolla una parte de la actividad *por cuenta propia.* No obstante, según las respuestas que la Comisión dio al Tribunal de Justicia, en estos casos tampoco son de aplicación las normas de la Directiva comunitaria; como máximo —si está establecido— se podrán aplicar reglas prudenciales contempladas en las disposiciones nacionales. Al parecer, ello depende de la circunstancia de que las entidades y organismos que intervienen en el mercado del seguro de crédito a la exportación, a pesar de que actúen formalmente *por cuenta propia,* cuentan de algún modo con la *garantía* del Estado, por cuanto disfrutan —aunque con modalidades y sistemas distintos— de la cobertura financiera pública (por ejemplo, en Francia, el operador público, la Coface, con respecto a las actividades que desarrolla por cuenta propia, niega que incluso las normas nacionales sean aplicables, recalcando precisamente que, en todo caso, *todos* sus compromisos están garantizados por el Tesoro). Por otra parte, al admitir que en los Estados (como Francia o Bélgica) en los que el seguro público también, o únicamente, realiza sus actividades *por cuenta propia,* necesariamente la Directiva debe aplicarse a tales operaciones, debe deducirse que hace muchos años que estos Estados se encuentran en una situación de infracción, desde el momento en que consta —como se ha señalado— que, en su caso, dichas operaciones se hallan sujetas a normas nacionales y nunca se han atenido a las normas de la Directiva. En definitiva, por lo tanto, la letra d) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 73/239, en la redacción dada por la Directiva controvertida, debe interpretarse en el sentido de que excluye el *sector público* del seguro de crédito a la exportación de las reglas prudenciales comunes previstas en el sector privado. Por otra parte, en el apartado 10 del escrito de contestación, la Comisión puntualiza que «elle avait comme base de départ une situation dans laquelle les pouvoirs de contrôle des Etats membres, y compris les règles prudentielles, s'appliquerait au *secteur privé* mais pas au *secteur public*»; más adelante, en el apartado 11, la propia Comisión añade

que, debido a los temores que se manifestaron en el seno del Consejo, este último estableció la no obligación de «soumettre le *secteur public* aux mêmes règles prudentielles». En términos totalmente semejantes se expresó también el Parlamento Europeo en la citada resolución de 17 de octubre de 1980.

13. Por consiguiente, éste es el alcance real del régimen de que se trata; y en relación con dicho alcance debe apreciarse si existe, o no, una discriminación ilegal.

Por motivos de claridad procede exponer por adelantado el esquema del análisis que se hace a continuación.

En primer lugar, debe verificarse si entre los operadores sometidos a un régimen distinto se da una situación de competencia y, en caso afirmativo, en qué medida.

Una vez determinada la existencia de competencia, deberá demostrarse si el distinto trato, perjudicial para los operadores privados (o las operaciones que desarrollan), se justifica por razones de carácter objetivo.

Por último, en la medida en que el régimen controvertido se halle desprovisto de justificaciones objetivas (o de alguna manera adolezca de otros vicios de legalidad), deberá probarse si existen, o no, las condiciones para alegar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y para conceder a las demandantes la reparación que solicitan.

La competencia entre sector privado y sector público en el seguro de crédito a la exportación

14. En un dictamen pericial que se acompañó a la demanda, las demandantes afirman que debe excluirse la competencia entre sector privado y sector público únicamente para el seguro de crédito a la exportación a largo plazo. En su opinión, por el contrario, subsiste 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 de la OCDE). Por el contrario, es marginal la competencia, en lo que a su riesgo político se refiere o, de alguna forma, con respecto a las exportaciones destinadas a los países en vías de desarrollo. Estas conclusiones de carácter general se basan en análisis pormenorizados en relación con los tres mercados afectados (Reino Unido, Francia y Bélgica) a los que me abstengo de referirme, a fin de que la exposición no resulte aun más compleja.

Por su parte, las Instituciones demandadas no niegan, en lo más mínimo, que existen parcelas del mercado en las que se da una competencia entre sector privado y sector público. De hecho, el Tribunal de Justicia formuló una pregunta concreta sobre el particular; y, en respuesta a dicha pregunta, la Comisión confirmó la veracidad de las alegaciones de las demandantes.

En el Anexo II de dicha respuesta, de hecho la Comisión afirma:

«A l'exception d'exemples marginaux (pool de souscription PARIS qui intervient en France sur le risque politique), la concu-

rrence entre les organismes qui interviennent avec le soutien de l'Etat et les assureurs privés s'exerce pour l'essentiel sur le risque commercial court terme concernant les exportations dans les pays de la zone OCDE. Il ne s'est pas jusqu'à présent dégagé de capacités significatives dans les entreprises privées pour assurer sans la garantie de l'Etat le risque politique ou le risque commercial long terme.»

En el mismo documento, la Comisión puntualiza que:

— Por lo que al *Reino Unido* se refiere, el operador de Derecho público, ECGD (Export Credit Guarantee Department, organismo gubernamental autónomo bajo el control directo de la Secretaría de Estado para el Comercio), *se halla en una situación de competencia con distintos operadores de Derecho privado,* entre los que se cuenta Les Assurances de crédit de Namur, en relación con el riesgo comercial a corto plazo (y, en su caso, a medio plazo) y, marginalmente, en relación con el riesgo político.

— Por lo que a Francia se refiere, el operador de Derecho público, Coface (sociedad anónima indirectamente controlada por el Estado), *compite con las empresas privadas,* entre las que se cuenta Les Assurances du crédit de Namur, en relación con los riesgos comerciales a corto plazo (además, entre los privados se encuentra el grupo PARIS, que asegura el riesgo político sin garantía del Estado).

— Por lo que a Bélgica se refiere, el operador de Derecho público, OND, *compite con las empresas privadas,* entre las que se cuenta Les Assurances du crédit de Namur, en relación con los riesgos comerciales en general y, desde 1986, en relación con el riesgo político.

A estas precisas manifestaciones se añaden, como confirmación adicional, las observaciones formuladas por el CES y el Parlamento Europeo, durante los trabajos de elaboración de la Directiva 87/343, y por la propia Comisión, en el memorándum que acompañó a la propuesta de modificación de dicha Directiva; de estas observaciones quedó constancia en la parte descriptiva de los trabajos preparatorios de la Directiva, a la cual me remito.

De acuerdo con estos elementos, considero irrefutable, fuera de toda duda (y sin que tampoco sea necesario cerciorarse de si existen, o no, relaciones de competencia potencial), que el sector privado y el sector público se encuentran en una situación de competencia en relación con las operaciones inherentes a las parcelas de mercado arriba indicadas.

Asimismo es irrefutable el hecho de que la Directiva 87/343 reforzó las obligaciones financieras correspondientes al sector privado con el establecimiento de la reserva de estabilización; por el contrario, el sector público ha continuado estando excluido del régimen común (con la consecuencia práctica de no hallarse esencialmente sujeto a ninguna carga efectiva comparable).

Por consiguiente, nos encontramos ante un doble régimen, que puede provocar una diferencia de trato entre operadores que compiten entre sí. Por lo tanto, debe verificarse si la disparidad de este régimen está objetivamente justificada o no.

Sobre la justificación de la disparidad de trato

15. Para justificar la exclusión del sector público del ámbito de aplicación de la Directiva, las Instituciones demandadas aducen, esencialmente, dos razones.

La primera, que es también la única a que alude la motivación de la Directiva 87/343 (véase el segundo considerando), es que el sector público no requiere normas de protección de los asegurados, dado que actúa con la garantía y, por lo tanto, con la cobertura financiera del Estado.

La segunda es que se ha comprobado la *dificultad* de la inclusión del sector público en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya sea a causa de la diversidad de la naturaleza jurídica y de la estructura financiera de los organismos que operan en cada uno de los Estados miembros, o bien a causa de la naturaleza de la actividad que desarrollan dichos organismos, actividad que, a menudo, implica elecciones de política exterior.

Ahora bien, en relación con la primera alegación debe, ante todo, hacerse una puntualización. Consta que, en realidad, los Estados financian el seguro de crédito a la exportación con respecto a riesgos que normalmente no cubren las compañías aseguradoras privadas (riesgo político, por ejemplo). No obstante, en estos casos, los organismos públicos no se encuentran en situación de competencia con los privados, sino que intervienen con carácter complementario, prestando un servicio que el mercado, por sí mismo, no está en condiciones de prestar.

Sin embargo, es muy distinta la situación en las áreas en las que se registra una situación de competencia. En realidad, en estas áreas es muy dudoso que los Estados puedan legalmente ofrecer una cobertura financiera a los operadores de Derecho público. De hecho, semejante intervención podría resultar incompatible con las normas sobre las ayudas públicas y sobre los comportamientos que debe observar el Estado en relación con las empresas públicas o, de alguna manera, sometidas a su influencia.

Es cierto que, hasta la fecha, esta incompatibilidad no ha sido objeto de una Decisión de la Comisión en virtud del artículo 90 o del artículo 93 del Tratado. Pero también es cierto que tampoco se ha probado lo contrario; que el Parlamento Europeo, en la Resolución anteriormente citada, después de haber observado que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las operaciones efectuadas por cuenta o con la garantía del Estado «mantiene una diferencia de trato entre el sector público y el sector privado», puntualizó que, por lo que a las exportaciones dentro de la Comunidad se refiere «la garantía del Estado constituye una ayuda inaceptable en el comercio intracomunitario»; que, por último, la Comisión, respondiendo a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia, ha confirmado que, la aplicabilidad de los artículos 90 y 92 a las relaciones financieras entre los Estados y los organismos de que se trata, es una cuestión «activement débattue en ce moment»; y, aunque revelando su perplejidad en cuanto a los requisitos de aplicabilidad del apartado 1 del artículo 90, que las garantías financieras públicas «peuvent être pertinentes au titre de l'article 92».

Ahora bien, según mi parecer, en general debe excluirse que una diferencia de trato entre operadores que compiten entre sí

pueda estar justificada por una diferencia de situaciones ligada a circunstancias o condiciones cuya legalidad no es totalmente clara.

Si se examina bien, la Directiva tiene en cuenta el hecho de que los organismos públicos de que se trata actúan con la cobertura financiera del Estado, pero, por el contrario, no hace ninguna alusión a la circunstancia de que los operadores privados que compiten con aquéllos no disfruten de una cobertura similar. Por lo tanto, la Directiva pasa por alto el hecho de que la intervención financiera del Estado reviste, a su vez, un carácter discriminatorio y distorsiona la competencia, en la medida en que va destinada únicamente a los organismos públicos; discriminación, esta última, que, a su vez, debería estar justificada y que, por el contrario, no recibe ninguna explicación objetiva, a pesar de que se revele contraria al principio de la igualdad de trato entre empresas privadas y públicas consagrado en el artículo 90 del Tratado.

En otras palabras, según mi parecer, en el caso de autos no se pretende otra cosa sino justificar una discriminación entre operadores que compiten entre sí, con otra discriminación entre los mismos operadores, que, no obstante, se ha dejado sin justificación.

Más allá de cualesquiera consideraciones de orden jurídico, considero que semejante resultado va en contra del sentido común elemental, en la medida en que, de hecho, viene a sancionar la legalidad de una doble distorsión en perjuicio de las aseguradoras privadas: estas últimas sufrirían un primer perjuicio, por cuanto estarían obligadas a competir con operadores que gozan de la cobertura financiera del Estado, y un segundo perjuicio, por el hecho de que esta misma situación sería utilizada por el Consejo para justificar un régimen de sujeción del sector privado, y no del sector público, a las cargas necesarias para la constitución de las reservas.

16. Precisamente quizá en razón de esta incongruencia, durante el procedimiento las partes demandadas han insistido cada vez más en el segundo motivo que, al parecer, determinó la exclusión del sector público del ámbito de aplicación de la Directiva.

En síntesis sostienen que, habida cuenta de las características propias de los organismos que actúan por cuenta o con la garantía del Estado, se reveló imposible proceder con la Directiva 87/343 a la adopción de un régimen uniforme.

No obstante, también este argumento se presta a diversas objeciones.

Ante todo, las Instituciones afirman que lo que obstaculizaba la adopción de semejante régimen era la variedad de normas y estructuras financieras de los operadores comprendidos en el sector público de los distintos países. En particular, la Comisión precisó que en seis Estados miembros (Bélgica, Dinamarca, Italia, Reino Unido, Luxemburgo, Portugal) dichos operadores adoptan la forma de entidad de Derecho público, mientras que, en otros cinco países (España, Irlanda, Francia, Países Bajos, Grecia), se trata de sociedades de Derecho privado, y en uno (República Federal de Alemania), por último, la de un consorcio mixto público-privado. Además, la Comisión también

ha indicado que en algunos casos los organismos de que se trata actúan por cuenta propia.

Hecha la anterior puntualización, no se manifiesta al Tribunal de Justicia el motivo por el cual dichas características habrían justificado la exclusión *tout court* del sector público de la Directiva.

Ciertamente, es verdad que en los Estados miembros existen situaciones distintas. Pero esta diversidad de situaciones es precisamente lo que una Directiva de armonización pretende eliminar; por lo tanto, en sí misma, no puede considerarse un obstáculo insuperable. En el momento en que decidió limitar la armonización a una única categoría de operadores, el Consejo debió haber justificado dicha limitación —que, como se ha dicho, distorsiona la competencia— aduciendo *otras y específicas* dificultades distintas de las que normalmente existen cuando se trata de armonizar regímenes nacionales diferentes. Es inaceptable que el Consejo pretenda justificar la falta de adopción de un régimen uniforme limitándose sencillamente a afirmar que ello habría implicado una intervención sobre normativas no uniformes: por el contrario, dicha Institución debería haber especificado *por qué*, en la práctica, semejante intervención se manifiesta imposible.

Pero, existe algo más. En efecto, debe señalarse que *in tempore non suspecto*, la propia Comisión había defendido no sólo la necesidad de un régimen uniforme a fin de asegurar la neutralidad y transparencia de la competencia, sino también el carácter *practicable* de la aplicación al sector público del régimen armonizado (véase el memorándum antes mencionado). Además, —como se ha reiterado en múltiples ocasiones— el Parlamento Europeo y el CES ya habían expresado análogas indicaciones. A mi modo de ver, ello desmiente del modo más categórico que existieran dificultades reales, incluso de carácter técnico, para la creación de un régimen idéntico para todos los operadores interesados.

Por consiguiente, ante dichas circunstancias, no creo que se pueda considerar que razones inherentes a la estructura o régimen de los organismos del sector público permitan la exclusión de los mismos de la Directiva. Por otra parte, aunque se admitiera la existencia de dificultades de tipo técnico para la adopción de un régimen uniforme, dichas dificultades, en todo caso, no insuperables, en modo alguno podrían justificar la prórroga *sine die* de un régimen discriminatorio.

En cuanto a la afirmación de que, en su elección, los organismos públicos tienen en cuenta consideraciones de política exterior, baste señalar que dichas consideraciones tienen lugar en aquellos sectores del mercado en que las empresas privadas no realizan ninguna actividad (riesgo a largo plazo y riesgo político) y donde, por lo tanto, no se da competencia alguna. No obstante, ello no significa que en otros sectores, en los que sí se registra competencia y en los que las consideraciones políticas revisten poca o ninguna relevancia, no sea posible y necesaria la adopción de un régimen uniforme.

En definitiva, considero que la Directiva 87/343 tiene carácter discriminatorio, en la medida en que excluye indefinidamente del ámbito de aplicación de las reglas prudenciales comunes el sector público del seguro de crédito a la exportación. Además, dado que la discriminación señalada va en detrimento del sector privado en comparación

con el sector público, considero que, en el caso de autos, se detecta también una infracción del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, norma que concreta el principio general de la igualdad imponiendo a los Estados miembros, como a las Instituciones, el respeto de la igualdad de trato entre empresas privadas y públicas.

Otros motivos de ilegalidad de la Directiva controvertida

17. Teniendo en cuenta la conclusión a que he llegado en lo tocante a la violación del principio de la igualdad de trato, cabe circunscribirse a algunas observaciones brevísimas acerca de los demás motivos de ilegalidad señalados por las demandantes. Máxime por cuanto se desprende claramente de los autos que, la crítica sobre la que se basa esencialmente la presente acción, es la inherente al carácter discriminatorio de la Directiva, mientras que las demás críticas se han expuesto someramente o se confunden con la argumentación expuesta a propósito de la violación del principio de igualdad.

En cuanto a la infracción del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 52 del Tratado, alegan las demandantes que la discriminación del sector privado surte efectos negativos sobre el establecimiento de las compañías de seguro privadas. Ahora bien, sin necesidad de preguntarse si en el caso de autos se advierte una infracción del artículo 52, considero que basta señalar que, en cualquier caso, dicha crítica encuentra su presupuesto necesario en la existencia del carácter discriminatorio de la Directiva controvertida y que, por lo tanto, al pronunciarse sobre el recurso de indemnización, el Tribunal de Justicia puede perfectamente limitarse a declarar la alegada discriminación, sin que sea su deber preguntarse acto seguido acerca de otros efectos de la propia discriminación sobre el derecho de establecimiento en relación con las actividades de que se trata.

Además, las demandantes alegan que la garantía que el Estado concede a las empresas aseguradoras del sector público constituye una ayuda a efectos del artículo 92. Ya se ha señalado que la compatibilidad de la garantía pública con las normas comunitarias sobre ayudas se revela extremamente dudosa. No obstante, ello me induce a considerar que la discriminación impugnada carece de justificación objetiva, pero, en sí misma, no constituye un vicio de la Directiva. En cualquier casó, la compatibilidad de la ayuda, como tal, deberá apreciarse según el procedimiento previsto a tal fin.

Por otra parte, por lo que respecta a la existencia de un abuso de poder, que se advierte en la circunstancia de que las garantías adicionales establecidas con la Directiva 87/343 obedecen no a exigencias efectivas de protección de terceros, sino exclusivamente a la presión política ejercida por un Estado miembro, baste señalar que se trata de una mera alegación, que no se basa en ningún medio de prueba, y que, por ende, debe desestimarse.

Por último, en relación con la imputación de que las Instituciones comunitarias incurrieron en una omisión ilegal al no adoptar un régimen uniforme para los dos sectores dentro del plazo de cuatro años señalado en la Directiva 73/239, baste señalar que dicho plazo tiene carácter programático y no impone ninguna obligación de hacer a las Instituciones. Por lo demás, las propias demandantes aceptan lo que se acaba de decir ya que, en el escrito de réplica, modificaron sus argumentaciones sobre el particular, alegando que las Instituciones habían actuado

ilícitamente por no haber adoptado, ni siquiera con posterioridad al término del plazo de cuatro años, ninguna medida idónea para el cese de una situación de injustificada diferencia de trato. No obstante, a partir del momento en que, de algún modo, las Instituciones adoptaron un acto, la Directiva 87/343, a pesar de que su contenido difiera del querido por las demandantes, desaparece la inercia de las Instituciones. Desde ese momento, la discutida diferencia de trato debe referirse únicamente a la Directiva, la cual confirma de manera positiva la discrepancia entre los regímenes de los dos sectores, y no a la omisión consistente en la falta de establecimiento de normas uniformes. Por lo tanto, la censura relativa a la alegada omisión de las Instituciones se identifica, hasta confundirse, con el motivo relativo al carácter discriminatorio de la Directiva 87/343, anteriormente examinado.

La responsabilidad de la Comunidad

18. Desde la sentencia del asunto Schöppenstedt (sentencia de 2 de diciembre de 1971, 5/71, Rec. p. 975, apartado 11), el Tribunal de Justicia ha declarado que, «cuando se trata de un acto normativo que implica elecciones de política económica, la responsabilidad de la Comunidad por el perjuicio que los particulares puedan haber sufrido como consecuencia de dicho acto, sólo puede ser exigida según el párrafo segundo del artículo 215 del Tratado, en caso de violación de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares» *(traducción provisional).* [8]

8 — Véanse las sentencias de 25 de mayo de 1978, HNL (asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209); de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady (238/78, Rec. p. 2955); DGV (asuntos acumulados 241/78, 242/78, 245/78 a 250/78, Rec. p. 3017); Interquell Stärke-Chemie (asuntos acumulados 261/78 y 262/78, Rec. p. 3045); de 5 de diciembre de 1979, Amylum (asuntos acumulados 116/77 y 124/77, Rec. p. 3497); de 17 de diciembre de 1981, Ludwigshafener Walzmühle (asuntos acumulados 197/80 a 200/80, 243/80, 245/80 y 247/80, Rec. p. 3211); de 6 de diciembre de 1984, Biovilac (59/83, Rec. p. 4057); de 19 de septiembre de 1985, Asteris (asuntos acumulados 194/83 a 206/83, Rec. p. 2815); de 30 de mayo de 1989, Roquette Frères (20/88, Rec. p. 1553), y de 26 de junio de 1990, Sofrimport (C-152/88, Rec. p. I-2477).

Ahora bien, en el caso de autos, no puede albergarse ninguna duda en cuanto al carácter normativo de la Directiva 87/343, acto que integra la regulación que establece la Directiva 73/239 y que, por lo tanto, se inserta en el régimen comunitario relativo a los requisitos de acceso al mercado y de la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida.

Expuesto lo anterior, no obstante, se observa que, al delimitar el ámbito de aplicación de dicho régimen, la facultad discrecional que, en principio, ostenta el legislador comunitario encuentra un límite infranqueable en la exigencia concluyente del respeto a la igualdad de trato, principio al que —como resulta de la citada sentencia HNL— debe reconocerse el carácter de «norma jurídica superior que protege a los particulares».

Ahora bien, en el caso de autos, no sólo se aprecia una violación del principio de igualdad, sino que, sobre todo, dicha violación resulta particularmente evidente. De hecho, al prorrogar *sine die* la exclusión del sector público del régimen armonizado, mediante la Directiva 87/343, el Consejo desatendió completamente las apreciaciones manifestadas por las demás Instituciones que habían coincidido en destacar tanto la *necesidad* de acabar con la situación de duplicidad de régimen, por implicar discriminaciones y distorsiones de la competencia, como la *posibilidad técnica* de llegar a dicho resultado mediante la simple ampliación al sector público de las reglas prudenciales ya previstas para el sector privado; apreciaciones que, por lo demás, se hallaban plenamente en consonancia con todo lo dispuesto ya en la Directiva de 1973, en la que se concibió la duplicidad de regímenes como un elemento meramente transitorio y destinado a ser eliminado en un plazo de cuatro años.

Si bien es cierto que no puede reconocerse un carácter vinculante a dicho plazo, también es cierto que no por ello carece totalmente de importancia; como mínimo sirve para demostrar que, ya en 1973, el Consejo tenía claramente presentes los riesgos de distorsiones de la competencia resultantes de la falta de un régimen uniforme y, por lo tanto, consideró necesario darse un plazo breve para proceder a la necesaria coordinación normativa.

Ahora bien, debe señalarse que, diez años después del término de dicho plazo, el Consejo descartó iniciar cualquier tipo de coordinación en la materia, aunque sólo fuera parcial y progresiva, y se limitó a prorrogar *sic et simpliciter* y, encima, indefinidamente, la exclusión del sector público de las normas comunes.

Por consiguiente, considero que, arbitrariamente, el Consejo prorrogó por tiempo indefinido, una normativa de carácter discriminatorio, que ya ha estado en vigor demasiado tiempo, y que, por lo tanto, «incumplió manifiesta y gravemente los límites que se imponen al ejercicio de sus facultades» (sentencia HNL, apartado 6).

Por otra parte, en el caso de autos debe descartarse la posibilidad de que el perjuicio derivado de la discriminación incida sobre «categorías muy amplias de operadores económicos» (véase la sentencia HNL, apartado 7); por el contrario, el mismo se refiere a un grupo restringido y claramente delimitado de empresas.

Por último, considero que el hecho de que el sector privado se halle sujeto a un régimen de garantías financieras gravosas, mientras que su principal competidor queda exento de dicha carga, de alguna forma debe considerarse como un perjuicio que excede «la amplitud de los riesgos económicos relativos a las actividades [...] de que se trata» (*idem*).

En definitiva, considero que, por una parte, no existen razones de interés general que, en el caso de autos, puedan justificar la opción del Consejo de prorrogar indefinidamente la duplicidad del régimen del seguro de crédito a la exportación y que, por otra, dicha diferencia de trato incide sobre intereses particulares no sólo relevantes desde el punto de vista económico, sino considerados dignos de protección en virtud de normas fundamentales del mercado común.

Por consiguiente, la Directiva controvertida supone una «violación suficientemente caracterizada de una norma superior destinada a proteger a los particulares», y, por lo tanto, puede generar la responsabilidad de la Comunidad.

Sobre el perjuicio

19. Como se desprende del dictamen pericial que se acompañó a la demanda, las demandantes solicitan explícitamente el resarcimiento del perjuicio que provocó la entrada en vigor de la Directiva 87/343, es decir, el daño debido al hecho de que sólo las empresas privadas, y no las públicas, deban constituir la reserva de estabilización prevista en el artículo 1 de la propia Directiva.

La petición de resarcimiento se funda en la consideración de que las empresas privadas, precisamente a causa de la competencia con los operadores públicos, se encuentran en la imposibilidad de transferir sobre las primas,

y, por ende, de repercutir sobre los asegurados, la carga que representa la constitución y gestión de la reserva. De ello se desprende que dichas empresas están obligadas a soportar *in toto* dichas cargas, lo cual, por lo tanto, equivale a reducir la rentabilidad del capital invertido.

No cabe duda que se trata de un razonamiento en gran parte formado por conjeturas, basado, no obstante, en una hipótesis —la imposibilidad de repercusión sobre los asegurados— totalmente verosímil, si se considera la probada competencia entre las dos categorías de operadores; un razonamiento, por lo demás, cuyo fundamento no se ha desvirtuado mediante medio de prueba alguno de los demandados.

Por consiguiente, considero que las demandantes han demostrado la existencia de un perjuicio económico causado por la entrada en vigor de la Directiva controvertida. Por lo que al *quantum* se refiere, considero apropiado que el Tribunal de Justicia requiera a las partes para que se pongan de acuerdo sobre la cuantía de la liquidación dentro de un plazo determinado, transcurrido el cual, el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse sobre el particular.

Conclusión

20. Como consecuencia de todas las consideraciones que anteceden, sugiero al Tribunal de Justicia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso.

No obstante, en el supuesto de que se declare la admisibilidad del recurso de indemnización, sugiero que:

— Declare a la Comunidad responsable de los daños causados por la entrada en vigor de la Directiva 87/343, con remisión al acuerdo entre las partes en cuanto a la determinación de la cuantía del resarcimiento, o, a falta de acuerdo, a una posterior resolución del Tribunal de Justicia.