

COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, el 5 de Mayo de 2014
Sj.e(2014)1524950 – FJF/eb

Sala Tercera del Tribunal Supremo –
Sección Tercera
Plaza Villa París s/n
28071 MADRID-ESPAÑA
(por correo electrónico y correo
certificado)

Recurso de casación núm. 8/1304/2013

A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sección Tercera

LA COMISIÓN EUROPEA, representada por los Sres. Fructuoso JIMENO FERNANDEZ, Flor CASTILLA CONTRERAS y Carlos URRACA CAVIEDES, miembros de su Servicio Jurídico, circunstancia que ha quedado debidamente acreditada con la presentación del oportuno poder como anexo a su primera comunicación de 4 de septiembre de 2013, ante la Sala comparece y, como mejor proceda en Derecho, **DICE**:

Que dentro del plazo que le ha sido concedido al efecto y al amparo de lo dispuesto en el artículo 15, párrafo tercero, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, presenta las siguientes **OBSERVACIONES** en el asunto:

Recurso de casación 8/1304/2013

Parte recurrente: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Parte recurrida: MAPFRE RE CIA DE SEGUROS Y MAPFRE GLOBAL
RISKS CIA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS (MAPFRE)

RECURSO DE CASACIÓN 8/1304/2013
OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

ADMINISTRACION DEL ESTADO/MAPFRE

CORREO ELECTRÓNICO
fructuoso.jimeno-fernandez@ec.europa.eu
flor.castilla-contreras@ec.europa.eu
carlos.urraca-caviedes@ec.europa.eu

CONTENIDO

1. LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15, APARTADO 1, DEL REGLAMENTO 1/2003.....	3
2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN	4
3. SOBRE LA SENTENCIA RECURRIDA.....	8
4. SOBRE LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES EN EL RECURSO DE CASACIÓN.....	10
5.- OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN	11
5.1 CONSIDERACIONES GENERALES	11
5.2 SOBRE LA DEFINICIÓN DE UN <i>RIESGO NUEVO</i> EN EL REGLAMENTO DE EXENCIÓN	13
5.3 SOBRE LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL EN LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA.	16
5.4 SOBRE EL CONCEPTO DE "ACUERDO" Y "PRÁCTICA CONCERTADA Y SU ALCANCE CON RELACIÓN A LA CONDUCTA DE MAPFRE Y LA EXISTENCIA DE UNA EXPLICACIÓN ALTERNATIVA.	20
5.5 SOBRE LA INEXISTENCIA DE EFECTOS ANTICOMPETITIVOS EN LAS INFRACCIONES POR OBJETO	27
6.- CONCLUSIÓN.....	29

1. LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15, APARTADO 1, DEL REGLAMENTO 1/2003

1. En el marco de la cooperación con los órganos judiciales de los Estados miembros, el art. 15, párrafo tercero, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹ (en adelante "Reglamento 1/2003") dispone que cuando la aplicación coherente de tales preceptos lo requiera, la Comisión Europea (en lo sucesivo la "Comisión"), por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.
2. La presentación de tales observaciones no confiere a la Comisión la condición de parte ya que, como se ha señalado anteriormente, las observaciones tienen únicamente por objeto asegurar la aplicación coherente de los arts. 101 y 102 TFUE, por lo que la Comisión debe limitarse en estos supuestos a un análisis económico y jurídico de los hechos y/o cuestiones jurídicas subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, sin formular pretensión alguna con relación a las que puedan haber ejercitado o ejerciten las partes del procedimiento nacional y absteniéndose de apoyar las conclusiones que cualquiera de las partes hayan podido o puedan formular².
3. Al amparo del citado art. 15, párrafo tercero, del Reglamento 1/2003, la Comisión adoptó el 6 de agosto de 2013 la decisión C (2013)4992 por la que autorizó a su Servicio Jurídico a presentar observaciones en el presente recurso de casación.
4. Mediante escrito de 4 de septiembre de 2013 dirigido al Excmo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, la Comisión

¹ A lo largo de las presentes observaciones la Comisión se referirá más frecuentemente a los arts. 101 (1), 101 (3) y 102 del actual Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), incluso cuando el texto original de la disposición o de la sentencia apelada se refiera a los arts. 81(1), 81(3) y 82 del antiguo Tratado de la Comunidad Europea (TCE). La mención a una u otra versión no afecta al contenido sustancial de la disposición.

² Véase en este sentido la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, DO C 101, 27.4.2004, p. 54.

formuló una petición formal para la presentación de observaciones en el presente recurso de casación.

5. Por providencia de 26 marzo de 2014 le ha sido concedido a la Comisión un plazo de 30 días hábiles para la presentación de sus observaciones, trámite que la Comisión evacúa por medio del presente escrito.

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN

6. La Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (LOE) obliga desde su entrada en vigor el 6 mayo de 2000 a la suscripción por los intervinientes (agentes) en la edificación de un seguro por daños (seguro decenal³) para las nuevas construcciones destinadas a viviendas, con objeto de garantizar el resarcimiento de los daños materiales ocasionados en edificios por vicios o defectos en la construcción.
7. La responsabilidad de los intervinientes en el proceso de edificación de una vivienda por los daños causados por vicios o defectos en la construcción (responsabilidad decenal) se encontraba ya recogida el art. 1591 del Código civil que, recogiendo la tradición francesa⁴, contempla la responsabilidad del contratista de un edificio que se arruine por vicios de la construcción, así como la del arquitecto si la ruina⁵ se debe a vicio del suelo o de la dirección, que se amplía a quince años respecto del contratista si la ruina fuese causada por incumplimiento de las condiciones del contrato de obra. Otros empresarios (como el promotor) u otros técnicos (como el aparejador o el ingeniero) están también legitimados pasivamente en las condiciones establecidas por la jurisprudencia que

³ Recogiendo la tradición civil española, aunque no se trata en todos los casos de un seguro por diez años (véase el Capítulo IV "Responsabilidades y garantías" de la LOE).

⁴ La regla de la responsabilidad decenal fue recogida de la jurisprudencia anterior por el art. 1792 del *Code civil* de 1804.

⁵ A pesar de la mención literal al supuesto de "ruina", la jurisprudencia ha construido un supuesto amplio de "ruina", extendiendo en principio la noción de "arruinamiento" a la "estimación de tan graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la {edificación}" (STS de 20-XI-59) y distinguiendo después entre ruina actual y ruina potencial, incluyendo el supuesto de daños que puedan afectar no solo a la solidez del edificio sino también a su utilidad, apuntando incluso a la denominada "ruina estética" (STS 27-X-87 y 12-XII-88, entre muchas otras).

ha desarrollado el art. 1591⁶. Se trata de una responsabilidad solidaria, ya que si bien la responsabilidad por ruina se atribuye a quien la haya originado de acuerdo con los distintos tipos de vicios, una vez demostrado el hecho de la ruina, no corresponde al actor probar cuál haya sido su causa y podrá dirigirse contra cualquiera de los partícipes en el proceso de promoción y edificación o contra todos ellos⁷.

8. El fundamento de dicha responsabilidad no es otro que la obligación de actuar según la *lex artis* en la proyección y dirección de la construcción de un edificio. La cobertura de dicha responsabilidad quedaba garantizada en la mayoría de los casos por la suscripción voluntaria de un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, el hecho de que no se encontrase regulada la suscripción obligatoria de un seguro que cubriese los daños derivados de la construcción llevaba en no pocos casos a la desprotección del adquirente de la vivienda o edificio debido a la insolvencia de los responsables civiles.
9. Con carácter general y con la finalidad de garantizar de un modo más efectivo los derechos de usuarios y consumidores, la LOE establece, para los edificios de viviendas, la suscripción obligatoria por parte de los diferentes agentes de la edificación⁸, es decir, constructores, promotores e intervinientes a ellos asimilados, de un seguro que cubra los daños materiales ocasionados por una deficiente ejecución o por el incumplimiento de las condiciones de habitabilidad o los daños que afecten a la seguridad estructural de la edificación.
10. Asimismo la LOE establece la responsabilidad civil de los diferentes agentes por daños materiales en el edificio que se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que, con arreglo a esa Ley, se deba responder. En la misma línea que el art. 1591 del Código civil, la responsabilidad se exigirá solidariamente cuando no pueda ser atribuida en forma individualizada al responsable del daño o cuando exista concurrencia de culpa sin

⁶ Véanse, entre muchas otras, las STS de 26-III-88, 20-II-89 y 14-III-89.

⁷ A los intervinientes corresponderá, en cambio, probar que su comportamiento no ha sido causa o concausa de la ruina o, caso de haberlo sido, cuál ha sido el grado de su contribución a la producción del efecto de la ruina (entre otras STS de 29.VI.87 y 7.VI.89).

⁸ Véase el Capítulo III de la LOE.

que pueda precisarse la influencia de cada agente interviniente en el daño producido.

11. Por tanto, a juicio de la Comisión, la característica esencial de la LOE no es la introducción *ex novo* de la exigencia de responsabilidad civil a los intervinientes en el proceso de edificación de una vivienda, algo que ya se encontraba previsto en el Código civil con anterioridad a la promulgación de la LOE, sino la suscripción obligatoria de un seguro de daños. Evidentemente, esta obligación ha supuesto un importante aumento del volumen de negocios para el sector de seguros.
12. La Comisión tuvo conocimiento de la adopción el 12 de noviembre de 2009 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante "la CNC") de la decisión recaída en el Expediente S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal* por la que se declaró acreditada la existencia de una infracción del art. 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante "TCE") y del art. 1.1 a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en un acuerdo de fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, considerando responsables de dicha infracción a una serie de compañías aseguradoras y reaseguradoras, entre ellas la ahora recurrida en casación MAPFRE RE CIA DE SEGUROS Y MAPFRE GLOBAL RISKS CIA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante MAPFRE) a la que se le impuso una multa de 21.632.000 euros.
13. La CNC consideró que tales compañías, entre ellas MAPFRE, participaron en una infracción única, compleja y continuada, consistente en acuerdos y prácticas concertadas que tenía por objeto la fijación de precios mínimos entre 2001 y 2007. A tales efectos, la CNC estima acreditado que en 2001 se produjeron las primeras reuniones y contactos entre aseguradoras (entre ellas MAPFRE) y reaseguradoras "para negociar un incremento de las tarifas y establecer unas condiciones de suscripción homogéneas para todo el mercado"⁹. Con posterioridad se celebraron nuevas reuniones que siguieron tratando de las medidas correctoras del seguro de edificación.

⁹ Véase la Resolución, antecedente de hecho 4.

14. Como resultado de estas reuniones, la CNC estimó acreditado que diversas aseguradoras y reaseguradoras adoptaron en 2001 un acuerdo para la fijación de precios mínimos (por ejemplo, tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y coste mínimo del metro cuadrado por provincias para calcular el capital asegurado) en el seguro de daños a la edificación ("seguro decenal" o "seguro de edificación"). Los términos del acuerdo quedaron recogidos en un documento denominado "Medidas correctoras SDD-2002". Como se recoge en la sentencia recurrida, la CNC llegó a la conclusión de que el acuerdo fue puesto en práctica en 2002 mediante comportamientos coordinados, calificables jurídicamente como prácticas concertadas por parte de algunos operadores, entre ellos MAPFRE¹⁰. A lo largo de 2002 continuaron los contactos y reuniones entre las reaseguradoras y aseguradoras para lograr el cumplimiento de las condiciones mínimas por parte de todos los operadores del mercado del seguro decenal en España¹¹. La CNC consideró probado que la aplicación de los acuerdos, que comenzó en 2002, se desarrolló de forma continuada al menos hasta el año 2007, por parte de todos los operadores del mercado, principalmente mediante las denominadas "*guías o manuales de suscripción y tarificación*".¹²
15. Contra la citada resolución de la CNC, MAPFRE interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) que dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 2013 anulando la resolución recurrida.
16. Contra dicha sentencia la Administración del Estado preparó e interpuso recurso de casación cuya resolución compete a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

¹⁰ Fdo. de derecho 1 de la sentencia recurrida.

¹¹ Véase la Resolución, antecedente de hecho 13.

¹² Véase la Resolución, antecedente de hecho 25.

3. SOBRE LA SENTENCIA RECURRIDA

17. Como ya se ha señalado, la AN decidió anular la resolución de la CNC sobre la base, en lo que afecta al objeto de las presentes observaciones, de los fundamentos que se exponen a continuación.
18. En primer lugar, la AN considera que no puede afirmarse que exista prueba directa para concluir que MAPFRE alcanzase con otros operadores un acuerdo de precios mínimos aplicable a todo el mercado y tratara de imponerlo¹³.
19. En segundo lugar, la AN examina la existencia de prueba indirecta valorada por la CNC, en concreto, la homogeneidad de las tarifas y la existencia de efectos consistentes en la eliminación de la competencia e incrementos de precios¹⁴.
20. En cuanto a la homogeneidad de las tarifas, la AN considera que MAPFRE ha dado una explicación alternativa basada en los siguientes elementos¹⁵:

"1) La existencia de costes comunes y fundamentalmente el coste esperado de siniestralidad calculado sobre la base de estadísticas comunes. Hace referencia a la desastrosa experiencia del seguro decenal en Francia que hizo imprescindible que en España las empresas colaborasen para obtener estadísticas fiables sobre siniestralidad.

2) La transparencia del mercado del seguro decenal en cuanto a las primas aplicadas por las aseguradoras trae causa de los contratos de correaseguro. La negociación de las condiciones de cesión se establece entre la aseguradora y una (o unas pocas) reaseguradoras que asumen una mayor participación en el contrato (que las condiciones aplicadas por las aseguradoras trae causa de los contratos de correaseguro.

La negociación de las condiciones de cesión se establece entre la aseguradora y una (o unas pocas) reaseguradoras que asumen una mayor participación en el contrato (que actúan como líderes en el contrato) mientras que el resto se adhiere al mismo generalmente (aunque no obligatoriamente) en los mismos términos y condiciones (lo que sectorialmente se denomina "mercado seguidor" o following market). Dado que todos los reaseguradores en correaseguro participan en un porcentaje de la prima bruta original de la cedente, todos ellos tienen acceso a todos los elementos empleados por la aseguradora para la tarificación de esa prima.

3) Por otra parte el elevado grado de homogeneidad se debe a factores externos de la compañía como es la existencia de acuerdos de correaseguros (con condiciones idénticas) entre reaseguradoras.

En la sentencias ya dictadas por esta Sala de 18 de diciembre de 2012 (recurso 861/2009) referida a Munchener, sentencia de 18 de diciembre de 2012 recurso 865/2009) referido a SCOR GLOBAL y sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 864/2009) referida a ASEFA se concluye también la existencia de una explicación alternativa a la concertación antitrust en términos similares a los planteados por el aquí

¹³ Fdo. de derecho 6 *in fine*.

¹⁴ Fdo. de derecho 7.

¹⁵ *Idem*.

recurrente subrayando que en el mercado de los seguros existen peculiaridades que pueden hacer necesaria, incluso afectando al Derecho de la Competencia, la existencia de mecanismos de cooperación para el intercambio de información y experiencias entre competidoras a fin de calcular el coste del seguro (la prima de riesgo) que en todo caso debe ser suficiente para evitar los riesgos de infratarificación y se hacía referencia a

1) la existencia de un factor histórico, ya que la obligatoriedad del seguro decenal fue una novedad introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, siendo la experiencia sobre él en España prácticamente inexistente y, en consecuencia, irrelevante también la información estadística sobre siniestralidad. A lo que debe añadirse que el seguro controvertido es un seguro de larga duración, pues cubre un período de diez años desde la finalización de la obra, y los siniestros, como regla general, empiezan a producirse años después, lo que no hace fácil el cálculo adecuado de la prima de riesgo de este seguro hasta una vez transcurridos algunos años desde su implantación como obligatorio.

2) un factor internacional o comparado y es que en el mercado francés, donde existía el seguro obligatorio desde el año 1978, durante los años 90 se produjo una crisis motivada por una errónea tarificación de los riesgos, crisis que comportó cuantiosas pérdidas, incluso la salida del mercado de numerosas compañías que habían venido operando en una modalidad de reaseguro para el SDD denominada "no proporcional para exceso de siniestro XL", modalidad en la que, al cubrir el reasegurador solamente los riesgos que excedan de una determinada cantidad por siniestro hace recaer la situación de infratarificación sobre las aseguradoras, y no sobre las reaseguradoras.

3) una especial caracterización del mercado en el ámbito de la actividad aseguradora privada que ante todo viene condicionado por una obligación legal de "suficiencia" de las primas comerciales para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas "(artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

21. Respecto a que el acuerdo de tasas mínimas no eliminó la competencia, la AN señala¹⁶:

Hay que tener en cuenta que ese supuesto acuerdo de tasas, primas y precios mínimos no ha alcanzado tal como reconoce la Dirección de Investigación y segunda la CNC (folio 70 de la resolución recurrida) ni a las comisiones de reaseguro que pagan a las aseguradoras cedentes, ni a las tasas adicionales o suplementarias que algunas aseguradoras establecen cuando determinadas características de la construcción determinan un mayor riesgo (número de sótanos, plantas sobre rasante) tasa que se añade a la mínima pactada y por tanto son aplicables al mejor riesgo. Tampoco forma parte del acuerdo los recargos, descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático cimentación, tipo de estructuras que aplican algunas de las aseguradoras.

No se analiza en la resolución recurrida la relevancia de estos hechos sino que se limita la CNC a indicar que en los hechos probados existe evidencia suficiente de que la finalidad era eliminar la competencia e incrementar los precios (folio 70) señalando que "los datos de ICEA recogidos en el cuadro nº 1 del HP 2.4 confirman como efectivamente en el año 2002 se produce un incremento de las tasas medias respecto a 2001 que prosigue en años posteriores". (folio 71) y que el acuerdo de fijación de precios ha permitido a las empresas infractoras mantener sino mejorar su cuota conjunta de mercado, en un contexto de demanda creciente. Estos argumentos no convencen a esta Sala.

1) Ya hemos argumentado en el fundamento de derecho sexto que de los hechos probados 3 a 12 no puede deducirse la existencia de un acuerdo para eliminar la competencia. El seguimiento del comportamiento por parte de Mapfre de competidores no tenía un objeto anticompetitivo sino conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus

¹⁶ *Idem.*

condiciones, siendo lícitos los acuerdos verticales de asegurador-reaseguradora de fijación de tasas mínimas a mejor riesgo en la modalidad de contratos de reaseguro obligatorios proporcionales.

2) No se discute que la aplicación de los acuerdos verticales aseguradora y reaseguradora ha determinado que la competencia ha sido limitada, pero la propia CNC no pone en cuestión la licitud de los contratos de reaseguro obligatorios proporcionales de SDD, ni la facultad contractual del reasegurador (único o líder del contrato de reaseguro) de imponer a la aseguradora cedente unos criterios de tarificación mínimos (sólo los cuestiona en la medida que tiene un origen concertado entre aseguradoras y reaseguradoras, lo que ha quedado descartado en este recurso en relación a Mapfre). Por otra parte nada impide que a partir de ese precio mínimo que es necesario respetar para obtener el reaseguro, las aseguradoras oferten sus propios precios o primas comerciales.

22. Por último, por lo que se refiere al incremento de los precios, la AN señala, en primer lugar, que no puede deducirse de la prueba practicada la existencia de un acuerdo entre aseguradoras y reaseguradoras para fijar unos precios mínimos al mejor riesgo y, en segundo lugar, que la evolución de las tasas medidas del seguro decenal obligatorio fue similar a la del seguro no obligatorio y que en ambos casos la evolución de la demanda fue el factor determinante de las modificaciones en los niveles medios de tasas¹⁷.

23. La AN concluye¹⁸:

"En conclusión siendo insuficientes las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de infracción (prueba documental, análisis de efectos en el mercado de la aplicación del acuerdo que según la CNC eliminaron la competencia e incrementaron los precios) y existiendo una alternativa verosímil a las tesis de la Comisión Nacional de la competencia, procede anular la resolución en relación a la parte recurrente."

4. SOBRE LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES EN EL RECURSO DE CASACIÓN

24. Los motivos primero y tercero (aunque en el escrito se titula erróneamente como "segundo") del recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado se centran en la, a juicio del recurrente, errónea valoración de la prueba por parte de la AN y la falta de motivación lógica y coherente de la sentencia recurrida. La Comisión no a va formular observaciones con respecto a estos motivos de recurso.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

25. El segundo motivo se basa en la infracción de los arts. 1.4 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el art. 24 de la Ley 30/1995 de Seguros Privados y el art. 101 TFUE. En síntesis, la Administración del Estado entiende que la sentencia recurrida infringe el art. 101.1 TFUE al considerar, en primer lugar, que el documento titulado "*Medidas correctoras SDD*" y la conducta acreditada que permitió su aprobación y aplicación no reúne los requisitos para ser calificado como acuerdo anticompetitivo; en segundo lugar, al ignorar que los acuerdos de fijación de precios son restrictivos de la competencia por su objeto y que la fijación de precios es sancionable tanto si se lleva a cabo directamente como indirectamente; y, en tercer lugar, al estimar que la existencia de una justificación alternativa de la conducta permite exonerar de sanción a los acuerdos anticompetitivos por objeto.
26. En su escrito de oposición al recurso de casación la entidad MAPFRE solicita la confirmación de la sentencia recurrida alegando, tras examinar la valoración de la prueba efectuada tanto por la AN como en el escrito de recurso, que no habiendo quedado acreditada la existencia de acuerdos anticompetitivos, ni la presencia de MAPFRE en las reuniones en las que podían haberse alcanzado tales acuerdos y, por tanto, no habiendo quedado acreditado de modo inequívoco la supuesta infracción, la AN ha valorado correctamente la existencia de una explicación alternativa verosímil.

5.- OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN

5.1 Consideraciones generales

27. Como ya se ha señalado, estas observaciones tienen únicamente por objeto asegurar la aplicación coherente del art. 101 TFUE y, por tanto, deben centrarse en el tratamiento de cuestiones horizontales cuya interpretación divergente por los diferentes órganos jurisdiccionales pudiera conllevar a una aplicación desigual de conceptos básicos del Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Por ello, no corresponde a la Comisión Europea pronunciarse sobre la valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial nacional en el caso concreto ni sobre la fijación de los antecedentes de hecho que preceden a la valoración jurídica del pretendido carácter anticompetitivo de la conducta enjuiciada, ni sobre los

elementos fácticos que determinan la intervención de las empresas en la toma de los acuerdos que constituyen el objeto de la resolución impugnada.

28. En el presente caso, y a pesar de las discrepancias que se han observado entre la sentencia de la AN objeto de casación en el presente recurso y otras dictadas por la misma Sala de lo contencioso-administrativo con relación a la referida decisión de la CNC en lo que se refiere a la calificación de la conducta de las aseguradoras y reaseguradoras y, en concreto, a si los acuerdos tenían por objeto la fijación de condiciones homogéneas para determinar la prima de riesgo o, por el contrario, la fijación de primas comerciales mínimas¹⁹, la Comisión considera que no le corresponde pronunciarse sobre tales cuestiones. En todo caso debe recordarse que, conforme se indica en el considerando 10 del Reglamento de exención y posteriormente se desarrolla en el art. 6, no pueden quedar exentos de la aplicación del art. 101.1 TFUE los acuerdos relativos a las primas comerciales. Tales acuerdos no pueden ser considerados como un mecanismo de cooperación entre empresas de seguros dirigido esencialmente a mejorar y facilitar el conocimiento y evaluación de los riesgos.
29. En definitiva, la Comisión debe centrarse en las cuestiones horizontales cuya clarificación entiende necesaria para la aplicación coherente del art. 101 TFUE, sin perjuicio de su aplicación concreta a los hechos objeto de enjuiciamiento; todo ello, tal y como se ha señalado anteriormente, sin deducir pretensión alguna con relación a las que hayan podido ejercitar o ejerciten las partes en el presente recurso de casación y absteniéndose de apoyar las conclusiones que cualesquiera de las partes hayan podido o puedan formular.
30. Como se ha señalado anteriormente, la AN basa la anulación de la decisión de CNC en la existencia de una explicación alternativa a la conducta enjuiciada. Dicha explicación resultaría de un factor histórico, derivado principalmente del

¹⁹ Por ejemplo, mientras en algunos asuntos pendientes ante el Tribunal Supremo que se refieren a la misma decisión de la CNC, las sentencias de la AN, de modo análogo a la que es objeto del presente recurso de casación, no aceptan que se haya cometido infracción alguna (véase, entre otros, el recurso de casación 8/2449/2013, asunto SWISS) en otros casos (véase, por ejemplo, el recurso de casación asunto 8/583/2013 CASER) la AN comparte los argumentos esenciales de la CNC en lo que se refiere a la existencia de una infracción caracterizada por una sola conducta única, compleja y continuada, que estaría integrada por los acuerdos y su ejecución i.e. los actos tendentes a la vigilancia y efectiva aplicación de los acuerdos.

carácter novedoso del seguro decenal, y la obligación legal de suficiencia de las primas impuesta por la legislación estatal. Asimismo, la AN destaca que la conducta enjuiciada no produjo efectos anticompetitivos

31. Teniendo ello presente y a la vista de los razonamientos en los que se basa la sentencia de la AN, entiende la Comisión que resulta oportuno presentar observaciones sobre cuatro cuestiones, a saber:

PRIMERO.- El seguro decenal como novedad introducida por la LOE con relación al concepto de "riesgo nuevo" en el Reglamento de exención.

SEGUNDO.- La incidencia de la necesidad de dar cumplimiento a requisitos impuestos por la legislación nacional en el contenido anticompetitivo de la conducta enjuiciada.

TERCERO.- El concepto de "acuerdo" y "práctica concertada" y su alcance con relación a la conducta de MAPFRE, así como la existencia de una explicación alternativa.

CUARTO.- La inexistencia de efectos anticompetitivos en las infracciones por objeto.

5.2 Sobre la definición de un *riesgo nuevo* en el Reglamento de exención

32. El art. 1, en relación con el art. 7 del Reglamento de exención dispone que, con sujeción a determinadas condiciones, se declara inaplicable el art. 101.1 TFUE a los acuerdos celebrados entre dos o más entidades aseguradoras en el ámbito de la cobertura conjunta de "*riesgos nuevos*". Si bien el artículo 1, en su apartado e) se refiere a "*la constitución y funcionamiento de agrupaciones de empresas de seguros o de empresas de seguros y empresas de reaseguros para la cobertura conjunta de una categoría específica de riesgos en forma de coaseguro o correaseguro*", dado que la sentencia de la AN señala que el riesgo asegurado de forma obligatoria en virtud de la LOE constituía una novedad²⁰ y recoge la alegación de MAPFRE de que la implantación del seguro decenal "*suponía la*

²⁰ Tal y como se recoge en el Fdo. de derecho 7 de la sentencia recurrida.

necesidad de cubrir "un riesgo nuevo" a los efectos del artículo 2.7 del Reglamento CE 358/03²¹, la Comisión considera necesario clarificar dicho concepto no sólo para su aplicación al supuesto previsto en el art. 1 e) sino también para el caso de que pueda estimarse procedente su aplicación analógica a otros supuestos.

33. La definición de "riesgo nuevo" debe obtenerse de la interpretación del párrafo 7 del art. 2 a la vista de lo señalado en los considerandos 19 y 20 del Reglamento de exención.

34. De acuerdo con el apartado 7) del art. 2 "riesgos nuevos" son (subrayado añadido):

"(L)os riesgos que no existían previamente y cuya cobertura requiera el desarrollo de un producto de seguro totalmente nuevo que no suponga una extensión, mejora o sustitución de un producto de seguro existente".

35. Esta definición debe examinarse a la luz de los principios generales contenidos en los considerandos 19 y 20.

36. De acuerdo con el considerando 19 (subrayado añadido):

"En el caso de los riesgos realmente nuevos no es posible saber de antemano qué capacidad de suscripción es necesaria para cubrirlos, ni si podrían coexistir dos o más agrupaciones de esta naturaleza para proporcionar este tipo de seguro. Por ello, un acuerdo de agrupación destinado exclusivamente al coaseguro o correaseguro de tales riesgos nuevos (y no de una mezcla de riesgos nuevos y riesgos existentes) puede eximirse durante un período limitado. Un plazo de tres años debería ser un período adecuado para la recopilación de datos suficientes sobre siniestros con objeto de determinar si es o no necesario que exista una sola agrupación. Por consiguiente, el presente Reglamento concede una exención a las agrupaciones de nueva creación destinadas a cubrir un riesgo nuevo durante los tres primeros años de su existencia."

²¹ Fdo. de derecho 5 de la sentencia recurrida

37. El considerando 20 señala (subrayado añadido):

"La definición de "riesgos nuevos" contenida en el apartado 7 del artículo 2 del presente Reglamento aclara que la definición sólo abarca los riesgos que no existían previamente, quedando de este modo excluidos, por ejemplo, los riesgos que ya existían pero que no estaban asegurados. Además, un riesgo cuya naturaleza cambie de forma significativa (por ejemplo, un aumento considerable de actividades terroristas) queda fuera de la definición, dado que en tal caso el riesgo propiamente dicho no es nuevo. Un riesgo nuevo requiere, por su naturaleza, un producto de seguro completamente nuevo y no puede ser cubierto introduciendo añadidos o modificaciones en un producto de seguro existente."

38. Por tanto, puede deducirse de lo anterior que el calificativo de "nuevo" debe aplicarse al "riesgo" que se asegura o al "hecho generador" de la responsabilidad cubierta por el seguro. En otras palabras, resulta indiferente que se trate de un instrumento jurídico de nuevo cuño o una modificación de uno ya existente o incluso que la naturaleza del riesgo haya cambiado de forma significativa, dado que la característica determinante es que se trate de un riesgo absolutamente nuevo.

39. La cuestión que se plantea es si los daños que pudieran derivarse de la construcción de viviendas y la consiguiente responsabilidad de los partícipes en el proceso de construcción pueden considerarse un riesgo nuevo.

40. No le corresponde a la Comisión llevar a cabo un examen detallado de la evolución histórica de la denominada "responsabilidad decenal" en el marco del derecho civil español. A este respecto, se remite a lo manifestado con anterioridad con relación al art. 1591 del Código civil. Baste señalar que el hecho de que la problemática que presentaban los daños derivados de los defectos o ruina de un edificio no encontrase una respuesta adecuada en el art. 1591 del Código civil, ni que el Tribunal Supremo considerase insuficiente la protección dispensada por el Código civil al adquirente de un edificio que sufría daños originarios debidos a vicios o defectos constructivos²², lo cual impulsó sin duda alguna la reforma

²² Toda vez que el interés del adquirente dependía de la insolvencia o solvencia del promotor. Por eso, la jurisprudencia fue ampliando el ámbito de aplicación del artículo 1591, introduciendo conceptos de

legislativa operada la LOE, implican que el riesgo que tiene ahora que ser obligatoriamente asegurado pueda ser calificado de "nuevo" conforme a lo establecido en el Reglamento de exención.²³

41. Por lo tanto, la Comisión considera que la definición de “*riesgo nuevo*” debe obtenerse a partir de la interpretación del art. 7, apartado 2 del Reglamento de exención, incluyendo los riesgos que no existían previamente y cuya cobertura requiera el desarrollo de un producto de seguro totalmente nuevo que no suponga una mera extensión, mejora o sustitución de un producto de seguro existente.

5.3 Sobre la incidencia de la legislación nacional en la calificación de la conducta.

42. Entiende la AN que el mercado en el ámbito de la actividad aseguradora privada viene condicionado por la obligación legal de "suficiencia" impuesta por el art. 25.3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

43. El art. 25 del Real Decreto Legislativo 6/2004 dispone en sus apartados 3 y 4:

3. Las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes.

nuevo cuño, tales como la ruina decenal y ampliando los supuestos de legitimación activa y pasiva y de solidaridad.

²³ Como señala la Resolución de la CNC en el apartado 2.2 de los hechos probados [c]on anterioridad al año 2000, el **riesgo** que garantizaba el actual seguro decenal de daños a la edificación se cubría en España principalmente mediante el seguro de responsabilidad civil de arquitectos y constructores, dado que el artículo 1.591 de Código Civil atribuía a éstos la responsabilidad por la ruina de edificios durante un periodo de 10 años desde la terminación de la obra, siempre que ésta se debiera a vicios de suelo, dirección o construcción.

4. Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora. La cesión de datos a los citados ficheros no requerirá el consentimiento previo del afectado, pero sí la comunicación a éste de la posible cesión de sus datos personales a ficheros comunes para los fines señalados, con expresa indicación del responsable, para que se puedan ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación previstos en la ley.

44. Como ha señalado la jurisprudencia de la UE, el art. 101 TFUE solo se refiere a los comportamientos contrarios a la competencia que hayan sido adoptados por las empresas por iniciativa propia.²⁴ Así, si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, creando un marco jurídico que **excluye** cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplica el art. 101 TFUE toda vez que, en dicho caso, la restricción de la competencia no se debería a comportamientos autónomos de las empresas.²⁵ En cambio, si dicha normativa deja abierta la posibilidad de que surja una competencia que pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas, sigue siendo de aplicación el artículo 101.1 TFUE.²⁶ En esos casos, incluso se ha puesto de relieve la gravedad de comportamientos autónomos de las empresas dirigidos a restringir o falsear la poca competencia que subsiste entre ellas.²⁷

²⁴ Véase, sentencia de 27 de septiembre de 2006, *Glaxo SmithKline/Comisión*, asunto T-168/01, Rec. p.2969, apartado 66 y la jurisprudencia que cita y sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Labroke Racing LTD*, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. 1-6265, apartado 33.

²⁵ Véase, *Glaxo SmithKline/Comisión*, cit. *ut supra*, nota 25, apartado 68 y sentencia de 6 de octubre de 2009, *Glaxo SmithKline y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p.9291, apartados 74-75. Véase también, por ejemplo, sentencia de 16 de diciembre de 1975, asunto *Suiker Unie y otros/Comisión*, asuntos acumulados 40/73, a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p.1663, apartados 71-73.

²⁶ *Glaxo SmithKline/Comisión*, cit. *ut supra*, notas 25 y 26, apartado 69.

²⁷ Sentencia de 11 de marzo de 1999, *Thyssen Stahl/Comisión*, asunto T-141/94, Rec. p.347, apartado 400 y sentencia de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries y otros /Comisión*, asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, y T-104/95, Rec. p.491, apartados 1088 y 1856.

45. La Comisión también se ha referido a esta cuestión en el apartado 22 de las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal²⁸, al señalar que, en ciertos casos, las autoridades públicas incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación. No obstante, las empresas continúan sujetas al art. 101 TFUE cuando el derecho nacional se limita a fomentar o facilitar su conducta autónoma. Así, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación no significa que ello esté permitido en virtud del art. 101 TFUE. Únicamente dejaría de aplicarse el art. 101 TFUE cuando la legislación nacional requiera una conducta anticompetitiva de las empresas o si se estableciese un marco legal que excluyese toda conducta competitiva de las empresas, ejerciendo una *presión irresistible* sobre éstas. Es por ello que la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de dicha disposición un determinado comportamiento debido a que ha sido impuesto por la legislación nacional ha sido utilizada de forma restrictiva por los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea²⁹.

46. Por el contrario, como se ha señalado, cabría aplicar el art. 101 TFUE si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas. En definitiva, si una ley nacional se limita a fomentar o a facilitar comportamientos autónomos de las empresas contrarios a la competencia, éstas siguen sometidas al Derecho de la competencia³⁰.

²⁸ DO C 11 de 14.1.2011.

²⁹ Sentencia de 9 de septiembre de 2003, asunto *CIF*, C-198/01 Rec. p. I-8055 apartado 67, y sentencia de 30 de marzo de 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión*, T-513/93, Rec. p. II-1807, apartado 60.

³⁰ Véase en este sentido, entre otras, *Labroke Racing LTD*, citada *ut supra*, nota 25, apartados 33 y 34 C-280/08, T-168/01 *Glaxo Smith Kline Services*, citada *ut supra*, nota 25, apartados 66-70, la sentencia de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08, *Deutsche Telekom*, apartados 80 y 82, la sentencia de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. II-02969, apartado 130 y la jurisprudencia que se menciona, y la sentencia de 19 de septiembre de 1996, T-387/94 *Asia Motor France*, Rec. II-00961, apartado 65.

47. En este sentido, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha distinguido³¹ entre comportamientos *exigidos* y simplemente *facilitados o fomentados* por la normativa nacional, señalando respecto del último supuesto que las empresas implicadas podrían incurrir en una conducta anticompetitiva toda vez que, siempre atendiendo a las particularidades del marco normativo en el que actuaron las empresas, quedaría subsistente, en palabras del Tribunal de Justicia, *la posibilidad de una competencia que todavía podría ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las citadas empresas*.
48. Por lo tanto, el análisis de la incidencia de la legislación nacional en materia de seguros en la calificación de la conducta realizada por las entidades aseguradoras sancionadas por la CNC en la decisión objeto de recurso, debe precisar si la obligación legal de *suficiencia* de las primas comerciales aplicadas por las aseguradoras conllevaría que la conducta no pudiera considerarse anticompetitiva.
49. En el presente caso, el propio art. 25 del Real Decreto-Legislativo 6/2004 indica claramente que las entidades aseguradoras *responderán al régimen de libre competencia*, excluyéndose de la consideración de práctica restrictiva de la competencia *la utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes* y permitiéndose a tales entidades el establecimiento de *ficheros comunes para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para la tarificación y selección de riesgos*.
50. Teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que debe darse a los preceptos que pudieran considerarse que imponen un comportamiento anticompetitivo por parte de las empresas, la Comisión entiende que si la referida obligación de *suficiencia*, expuesta de modo genérico, por la legislación nacional aplicable, podría justificar, en línea con los reglamentos de exención de la UE, la elaboración de estadísticas comunes sobre determinados tipo de siniestros o la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en tales estadísticas comunes, en particular por lo que se refiere a riesgos absolutamente nuevos, en cualquier caso dicha obligación no excluye, por sí sola, toda posibilidad de comportamiento

³¹ Véase la sentencia de 9 de septiembre de 2003, *CIF*, cit. *ut supra*, nota 30, apartados 53 a 57, y *Deutsche Telekom*, cit. *ut supra*, nota 31, apartado 82.

anticompetitivo respecto de la fijación de las primas de riesgo que pueda influir en la fijación de las primas comerciales.

5.4 Sobre el concepto de "acuerdo" y "práctica concertada y su alcance con relación a la conducta de MAPFRE y la existencia de una explicación alternativa.

51. Por lo que se refiere a la participación en las reuniones previas preparatorias del documento "*Medidas correctoras SDD-2002*" que recoge el acuerdo de precios, la AN considera, a pesar de que MAPFRE no niega la existencia de tales reuniones ni de los intercambios de experiencias e información entre las aseguradoras, que no ha quedado acreditado que tales reuniones y acuerdos tuviesen un fin distinto al de intercambiar información de carácter estrictamente técnico, relacionada con el coste de cobertura del riesgo decenal para viviendas. Asimismo, entiende la AN que el seguimiento por parte de MAPFRE del comportamiento de sus competidores no tenía un objeto anticompetitivo sino conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones para poder competir. En ese sentido, señala la AN que desde el momento en que MAPFRE tuvo conocimiento de que otras entidades estaban obteniendo mejores precios de reaseguro se limitó a solicitar de sus reaseguradoras la aplicación de las mismas condiciones.
52. De nuevo la Comisión insiste en que no va a formular observación alguna sobre la prueba practicada en el caso concreto ni sobre la valoración de la prueba efectuada tanto por el órgano de instancia como por las partes. Sin embargo, considera que el análisis de la cuestión precisa de algunas clarificaciones de alcance general.
53. En primer lugar, por lo que se refiere al concepto de "acuerdo" o "práctica concertada", el art. 101 TFUE prohíbe la cooperación entre empresas que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Su aplicación no queda limitada a la existencia de contratos formales con tal finalidad, sino que se aplica también a todo tipo de acuerdos informales, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas entre empresas.
54. Con respecto al concepto de "acuerdo", es clásica y reiterada la jurisprudencia que señala que dicho concepto se basa en la existencia de una concordancia de

voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades.³²

55. Dicho concepto debe entenderse e interpretarse, por tanto, de un modo amplio, alejado de formalismos, y puede incluir cualquier "pacto entre caballeros"³³ o un mero intercambio de correspondencia.³⁴
56. Incluso, en determinadas circunstancias, medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por una empresa se han considerado constitutivas de un acuerdo³⁵. O, por ejemplo, puede considerarse que se ha concluido un acuerdo en el sentido del art. 101.1 TFUE, cuando hay una voluntad concordante sobre el principio de restringir la competencia, aunque los puntos específicos de la restricción sigan siendo todavía objeto de negociación³⁶.
57. Por otro lado, con vistas a definir el concepto de "práctica concertada", es preciso acudir, en primer lugar, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha establecido que los criterios de cooperación y de coordinación en materia de derecho de la competencia deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las normas sobre la competencia establecidas en el Tratado, según la cual todo agente económico debe determinar de modo autónomo la política que desea aplicar en el

³² Véase la sentencia de 26 de octubre de 2000, dictada en el asunto T-41/96, *Bayer AG/Comisión*, [2000] II-3383, apdo. 69.

³³ Según jurisprudencia reiterada, para que exista acuerdo, a efectos del artículo 101 TFUE, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, *HFB y otros/Comisión*, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 199; de 11 de diciembre de 2003, *Adriatica di Navigazione/Comisión*, T-61/99, Rec. p. II-5349, apartado 88, y de 27 de julio de 2005, *Brasserie nationale y otros/Comisión*, T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033, apartado 118). Por lo que respecta a la forma de expresión de dicha voluntad común, basta con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de octubre de 2004, *Bayerische Hypo- und Vereinsbank/Comisión*, T-56/02, Rec. p. II-3495, apartado 60).

³⁴ Véase la sentencia de 10 de febrero de 2001, en el asunto C-260/09, *Activision Blizzard Germany GmbH c. Comisión*.

³⁵ Véanse, entre otras sentencias de 12 de julio de 1979, asunto *BMW Belgium y otros/Comisión*, asuntos acumulados 32/78 y 36/78 a 82/78, Rec. 02435 y *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartados 16 y 17).

³⁶ Véanse, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2011, asunto *Solvay*, asunto T-186/06, Rec. II-02839, apartado 86, y la jurisprudencia que se cita.

mercado común. Dicho requisito de autonomía, si bien es cierto que no excluye el derecho de los agentes económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o prevén que seguirán sus competidores, se opone, sin embargo, rigurosamente, a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto bien influir sobre el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, bien revelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o se propone adoptar en el mercado.³⁷

58. La inclusión de las "prácticas concertadas" en el art. 101 TFUE tiene un significado claro: determinadas conductas que no podrían ser definidas como "acuerdos" pueden dar lugar a una infracción y, por tanto, a una sanción conforme al derecho de la competencia. La razón es evidente: la competencia puede verse también restringida por entendimientos informales³⁸. Así lo entendió la jurisprudencia desde una época muy temprana al declarar que si el art. 101 TFUE distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas», lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un acuerdo propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas; y que, por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes³⁹.

59. Dicha coordinación concertada no requiere un plan concreto y específico, sino que basta cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un

³⁷ Sentencia *Suiker Unie*, citada *ut supra* nota 25, apartados 173-174.

³⁸ Al desarrollar un concepto diferenciado de «práctica concertada», la legislación de la UE pretende impedir que las empresas eludan la aplicación del apartado 1 del art. 101 TFUE conviniendo entre sí ciertos modos de actuar contrarios a la competencia y no asimilables a un acuerdo definitivo, como por ejemplo, informarse mutuamente por adelantado de la actitud que piensa adoptar cada uno, para poder así organizar su comportamiento comercial sabiendo que los competidores actuarán de la misma manera.

³⁹ Sentencia de 14 de julio de 1972, asunto 46/89, *Imperial Chemical Industries LTD/ Comisión*, Rec. 619, apartado. 64.

competidor actual o potencial⁴⁰. En todo caso, aunque las nociones de "acuerdo" y "práctica concertada" sean conceptualmente distintos, su diferenciación no produce efectos legales significativos⁴¹. Lo que resulta esencial es determinar si la empresa participó en reuniones que tenían por objeto el establecimiento de objetivos sobre precios y sobre volúmenes de ventas, reuniones en las cuales los competidores intercambiaban información sobre los precios que deseaban que se practicasen en el mercado, sobre los precios que pensaban aplicar o sobre su umbral de rentabilidad. Dicho de otro modo, la cuestión es si la empresa al participar en estas reuniones, tomó parte, junto con sus competidores, en una concertación que tenía por objeto influir en el comportamiento de unos y otros en el mercado y revelar el comportamiento que cada productor se proponía adoptar por su parte en el mercado o, como también ha señalado la jurisprudencia, si la empresa ha comunicado información a los competidores con el fin de preparar un acuerdo contrario a la competencia – lo cual bastaría para probar la existencia de una práctica concertada⁴².

60. En segundo lugar, por lo que se refiere a la participación de MAPFRE en el acuerdo enjuiciado, debe recordarse que es jurisprudencia reiterada la que señala que en el caso de una empresa que participa en la aplicación de acuerdos anticompetitivos que forman parte de una infracción única y continuada, sólo es necesario demostrar que la empresa pretendía contribuir con sus acciones al objetivo anticompetitivo común perseguido por los participantes en la infracción única y continuada, y que conocía la conducta anticompetitiva planeada o llevada a cabo por las otras empresas.⁴³ En este sentido, una empresa que conoce dichos comportamientos anticompetitivos y los aprueba tácitamente, al no distanciarse

⁴⁰ Véase, sentencia *Suiker Unie/ Comisión*, cit. *ut supra* nota 25, apartado 174.

⁴¹ El Tribunal de Justicia ha llegado a señalar en vía de casación que, aunque no haya quedado acreditado en primera instancia la existencia de un acuerdo en el sentido del art. 101.1 TFUE, una indebida calificación como tal no debe conducir a la anulación de la sentencia recurrida en los casos en los que la conducta podría ser calificada de práctica concertada. Véase en este sentido la sentencia de 5 de diciembre de 2013, asunto C-455/11 P, *Solvay/Comisión*, apartado 54.

⁴² Sentencia *Solvay*, cit. *ut supra*, nota 41, apartado 89 y la jurisprudencia que se cita.

⁴³ Véase sentencia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. I-123, apartado 83.

públicamente de su contenido y al no denunciarlos a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa por el acuerdo único.⁴⁴

61. En tales supuestos, la jurisprudencia ha puntualizado que la posibilidad de que una empresa sea considerada responsable por la infracción única y continuada no es contrario al principio de responsabilidad personal, haciendo referencia al principio existente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la responsabilidad por infracciones cometidas por varios autores en función de su participación en el conjunto de la infracción.⁴⁵ Ahora bien, la menor, o en su caso, mayor, participación de una empresa en una infracción única y continuada debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la gravedad de la infracción que ha cometido y debe por tanto reflejarse en el cálculo de la multa.⁴⁶
62. Tampoco puede olvidarse que en una una infracción única y continuada, las distintas empresas pueden sumarse al acuerdo en distintos momentos y que la infracción puede manifestarse a veces como acuerdo y a veces como práctica concertada sin que ello afecte a su cualificación de acuerdo único y continuado. Deberá valorarse en el presente caso si MAPFRE desempeñó un papel activo en la aplicación del acuerdo, en particular en actos de vigilancia del cumplimiento del mismo. Siendo así, la cuestión relevante no es si los actos de MAPFRE estaban amparados por la libertad de contratación o si se extralimitaron, sino si se puede deducir que MAPFRE conocía o podía razonablemente prever la existencia del acuerdo en su conjunto, incluyendo las conductas anticompetitivas de las otras empresas y si su conducta estaba encaminada a hacer cumplir el acuerdo. Así, como se ha explicado antes, una empresa que contribuye mediante comportamientos propios a la aplicación o vigilancia de un acuerdo único y continuado puede ser considerada responsable de la totalidad del acuerdo

⁴⁴ *Ibid.*, apartado 84.

⁴⁵ Sentencia de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P, *Comisión/Anic Partecipazioni* ECLI:EU:C:1999:356, apartado 84.

⁴⁶ *Ibid.*, apartado 90.

incluyendo los comportamientos anticompetitivos de otras empresas participantes, aunque no participase en algún aspecto de la infracción.

63. Además, debe también tenerse en cuenta que, incluso suponiendo que una empresa no hubiera participado activamente en todas las reuniones, el participar en alguna de ellas sin distanciarse públicamente de su contenido, puede inducir a pensar a los demás participantes que suscribía el resultado de las reuniones y que se adaptaría a él⁴⁷.
64. Asimismo, debe también recordarse, como ha señalado la jurisprudencia, que puede presumirse, salvo prueba en contrario que corresponde aportar a los operadores interesados, que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado. Dicho de otro modo, para rebatir tal presunción, corresponde al operador de mostrar que el acuerdo o concertación no influyó de manera alguna en su comportamiento en el mercado. La prueba que se aporte a tal fin debe permitir excluir cualquier nexo entre el acuerdo o concentración y el comportamiento del operador.⁴⁸⁴⁹
65. En tercer lugar, por lo que respecta a la existencia de una explicación alternativa que la sentencia recurrida deduce de las circunstancias concretas del mercado de seguros, de la regulación legal, de la necesidad funcional de intercambios de información en el concreto momento histórico examinado, de la homogeneidad de las tarifas y de la ausencia de efectos anticompetitivos⁵⁰ debe señalarse que, según jurisprudencia reiterada, cuando el reproche anticompetitivo se basa en pruebas documentales que en principio son suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, no basta que la empresa afectada

⁴⁷ Véanse las sentencias de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 232, de 10 de marzo de 1992, *Solvay/Comisión*, T-12/89, Rec. p. II-907, apartados 98 a 100, y de 6 abril de 1995, *Tréfileurope c. Comisión*, T-141/89, Rec. p.791, apdo. 85.

⁴⁸ Véase la sentencia *Solvay/Comisión*, cit. *ut supra* apartados 43-44.

⁴⁹ Por ejemplo, demostrando de modo fehaciente que una subida de precios se debe al aumento de la demanda y no a la existencia del acuerdo o práctica concertada.

⁵⁰ Véase el Fdo. Jurídico 7.

ofrezca una explicación alternativa de los hechos, que pueda basarse en el marco económico y/o legal del acuerdo, para que se pueda llegar a la conclusión de que la infracción no tuvo lugar.⁵¹ En estas circunstancias, corresponde a la empresa rebatir la existencia de los hechos probados a la vista de los documentos presentados por la autoridad sancionadora⁵². Es decir, corresponde a la empresa afectada demostrar de manera suficiente en Derecho, por un lado, la existencia de la circunstancia que invoca y, por otro lado, que dicha circunstancia pone en entredicho el valor probatorio de las pruebas en que se basa la autoridad de competencia⁵³. En cualquier caso, como tiene señalado la jurisprudencia, un análisis económico no es suficiente para justificar el objeto anticompetitivo de un acuerdo.⁵⁴

66. Por tanto, si las pruebas documentales son suficientes para formar la convicción de que la infracción se cometió, el hecho de que las empresas ofrezcan una explicación alternativa no es suficiente para considerar que la infracción no tuvo lugar. Dicha explicación alternativa puede ser relevante cuando la autoridad de competencia se basa únicamente en la conducta en el mercado de las empresas implicadas para probar la infracción. En ese caso, basta que las empresas demuestren la existencia de circunstancias que presentan desde una perspectiva diferente los hechos que considera probados la Comisión y permiten así que otra explicación verosímil de los hechos sustituya a la explicación defendida por la

⁵¹ T-112/07 *Hitachi*, para 65-67.

⁵² Véanse, por ejemplo, la sentencia de 20 de abril de 1999 dictada en el asunto T-305/94 y otros acumulados, *Limburgse Vinyl Maatchappij/Comisión*, Rec II-931, apartados 725-728, y la sentencia de 12 de abril de 2013, aún no publicada, dictada en el asunto T-442/08, *Cisac/Comisión*, apartado 99.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012, *E.ON Energie/Comisión*, asunto C-89/11 P, aún no publicada, apartado 76.

⁵⁴ Véase la sentencia de 19 de diciembre de 2013, todavía no publicada, dictada en los asuntos acumulados C-239/11 P, *Siemens AG/Comisión*, C-489/11 P, *Mitsubishi Electric Corp/Comisión*, y C-489/11 P, *Toshiba Corp/Comisión*, apartados 218-220 donde concretamente se declara que los acuerdos que persiguen un reparto de mercados, tienen por objeto la restricción de la competencia y no pueden justificarse por un análisis económico de la conducta anti-competitiva (en el mismo sentido véase la sentencia *Cimenteries*, cit. *ut supra*, nota 28, apartado 1088).

Comisión para considerar que la infracción no ha sido probada a suficiencia de derecho.⁵⁵

5.5 Sobre la inexistencia de efectos anticompetitivos en las infracciones por objeto

67. Por último, y por lo que se refiere a la inexistencia de efectos anticompetitivos, que la AN basa en que el acuerdo de tasas mínimas no eliminó la competencia ni incrementó los precios⁵⁶, debe recordarse que conforme reiterada jurisprudencia, para estar incurso en la prohibición establecida en el art. 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo debe tener «*por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior*». Es jurisprudencia reiterada, que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en el que debe aplicarse. La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su

⁵⁵ Véase la sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2011 *Toshiba/Comisión*, asunto T-113/07 Rec. 3989, apartado 85 y la sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, *JFE Engineering y otros/Comisión*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. 2501, apartado 186, y la jurisprudencia que cita). Esta regla también es aplicable cuando los medios de prueba en los que se apoya la Comisión son insuficientes y no permiten acreditar la existencia de la infracción de modo inequívoco y sin necesidad de una interpretación (véase, sentencia *Toshiba/Comisión*, *ibid*, apartado 86, haciendo referencia a la sentencia de 12 de septiembre de 2007, *Coats Holdings y Coats/Comisión*, T-36/05, no publicada en la Recopilación, apartado 74). En cambio, esta regla no es aplicable a todos los casos en los que una infracción se acredita por deducción a partir de otros hechos, por pruebas indirectas o por pruebas no documentales (sentencia *Toshiba/Comisión*, *ibid.*, apartado 87). Ello porque en cuanto a los medios de prueba que pueden invocarse para acreditar una infracción del art. 101, el principio que prevalece en Derecho comunitario es el de la libre aportación de la prueba (sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, *Dalmine/Comisión*, T-50/00, Rec. p. II-2395, apartado 72). Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha establecido que al tratarse los acuerdos de cartel de acuerdos clandestinos es habitual que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec.p.123, apartados 55-57).

⁵⁶ Véase el Fdo. Jurídico 8.

propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁵⁷.

68. Así, si se acredita el objeto contrario a la competencia del acuerdo, no es necesario examinar sus efectos sobre la competencia. Ahora bien, en caso de que el análisis del contenido del acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse sus efectos y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera manifiesta⁵⁸.
69. La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.
70. Para determinar si un acuerdo tiene «por objeto» restringir la competencia, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, procede tomar también en consideración la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes⁵⁹.
71. En este análisis, la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo.
72. Por tanto, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que el acuerdo pueda producir efectos negativos en la competencia, es decir, que sea

⁵⁷ Véanse las sentencias de 20 de noviembre de 2008, *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17 y de 13 de diciembre de 2012, *Expedia*, C-226/11, aún no publicada en la recopilación, apartado 36.

⁵⁸ Véanse las sentencias de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartados 28 y 30; de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291, apartado 55; de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros*, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-0000, apartado 135, y de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, Rec. p. I-0000, apartado 34.

⁵⁹ Véase en este sentido la sentencia *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, cit. *ut supra*, nota 25, apartado 58 y jurisprudencia citada.

concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios⁶⁰.

73. Por todo lo expuesto, la Comisión considera que la cuestión de determinar si ha existido un acuerdo o práctica concertada en el que haya participado la entidad MAPFRE debe ajustarse a los criterios señalados en los apartados anteriores con relación al alcance de los conceptos de "acuerdo" y "práctica concertada", a la existencia de una explicación alternativa y a la participación de un operador económico en un acuerdo único y continuado cuyo objeto es anticompetitivo.

6.- CONCLUSIÓN

74. Por todo lo expuesto, la Comisión, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento 1/2003 y en aras a la clarificación de determinados conceptos que pueden incidir en la coherente aplicación del art. 101 TFUE en el asunto objeto del presente recurso de casación, sugiere al Tribunal Supremo la siguiente línea de interpretación:

- PRIMERO: La definición de "riesgo nuevo" debe obtenerse a partir de la interpretación del art. 7, apartado 2, en conexión con los considerandos 19 y 20 del Reglamento n. 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, incluyendo en dicho concepto los riesgos que no existían previamente y cuya cobertura requiera el desarrollo de un producto de seguro totalmente nuevo que no suponga una extensión, mejora o sustitución de un producto de seguro existente. El hecho de que la problemática que presentaban los daños derivados de los defectos o ruina de un edificio no encontrase una respuesta adecuada en el art. 1591 del Código civil, ni que el Tribunal Supremo considerase insuficiente la protección dispensada por el Código civil al adquirente de un edificio que

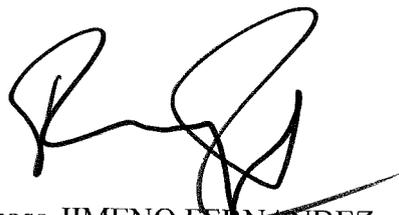
⁶⁰ Véase la sentencia *T-Mobile Netherlands* y otros, cit. *ut supra*, nota 58, apartado 31.

sufría daños originarios debidos a vicios o defectos constructivos, lo cual impulsó sin duda alguna la reforma legislativa operada la LOE, no implican que el riesgo que tiene ahora que ser obligatoriamente asegurado pueda ser calificado de "nuevo" conforme a lo establecido en el Reglamento de exención.

- SEGUNDO: La **posible incidencia de la legislación nacional en el comportamiento de las entidades aseguradoras** debe precisar, siempre atendiendo a las particularidades normativas del sector en cuestión y teniendo en cuenta que la fijación de precios mínimos para las primas comerciales resulta una práctica anticompetitiva, si la obligación legal de la suficiencia de las primas comerciales mantiene subsistente la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por los comportamientos autónomos de las empresas implicadas. Si la obligación de *suficiencia*, expuesta de modo genérico, por la legislación nacional aplicable, podría justificar, en línea con los reglamentos de exención de la UE, la elaboración de estadísticas comunes sobre determinados tipo de siniestros o la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en tales estadísticas comunes, en particular por lo que se refiere a riesgos absolutamente nuevos, en cualquier caso dicha obligación no excluye, por sí sola, toda posibilidad de comportamiento anticompetitivo sobre las primas de riesgo que pueda influir en la fijación de las primas comerciales.
- TERCERO: **La valoración de la intervención de la entidad MAPFRE** en el acuerdo o práctica supuestamente anticompetitivos debería ajustarse a los criterios señalados en los apartados 51 al 66 de estas observaciones.
- CUARTO: **La inexistencia de efectos anticompetitivos en las infracciones por objeto** debería ajustarse a lo señalado en los apartados 67 al 73 de estas observaciones.

75. Las observaciones previstas en el art. 15 del Reglamento 1/2003 no son, evidentemente, vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional. Únicamente el Tribunal de Justicia se encuentra en posición de ofrecer una interpretación del Derecho de la UE vinculante para el juez nacional. Corresponde, en todo caso, al

Tribunal Supremo, si lo estima necesario para resolver la cuestión litigiosa, recurrir al mecanismo de la cuestión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE.



Fructuoso JIMENO FERNANDEZ



Flor CASTILLA CONTRERAS



Carlos URRACA CAVIEDES

Agentes de la Comisión