

COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, el 4 de marzo de 2014
Sj.e(2014)606201 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. 8/583/2013

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 8/583/2013

Parte recurrente: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Parte recurrida: CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS
Y REASEGUROS S.A. (CASER)

RECURSO DE CASACIÓN 8/583/2013
OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

ADMINISTRACION DEL ESTADO/CASER

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	12
5.1 CONSIDERACIONES GENERALES	12
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 ELEMENTO SUBJETIVO DE LA INFRACCIÓN.	20
5.5 SOBRE EL CONCEPTO DE "ACUERDO" Y "PRÁCTICA CONCERTADA", Y LA PARTICIPACIÓN DE CASER EN UNA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA.....	23
6.- CONCLUSIÓN.....	31

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 22 de enero 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 CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (en adelante CASER) a la que se le impuso una multa de 14.241.000 euros.
13. La CNC consideró que tales compañías, entre ellas CASER, 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 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 los acuerdos comenzaron a aplicarse en 2002 por parte de algunos operadores, entre ellos CASER.¹⁰ 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 España.¹¹ 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 Así, se traspasaron las condiciones del acuerdo a dichas guías y manuales, tanto de las aseguradoras que habían participado en las reuniones iniciales para llegar a un acuerdo, como de aquellas otras, como CASER, que conocieron la existencia de ese acuerdo y lo aplicaron a través de contratos de reaseguro con reaseguradoras participantes en el acuerdo.¹³ A este respecto, la sentencia recurrida se hace eco de las conclusiones a las que llegó la CNC según las cuales las "guías de tarificación" utilizadas por varias empresas establecían: (i) las mismas tasas mínimas aplicables al mejor riesgo dependiendo del tipo de vivienda; (ii) los mismos recargos por renuncia a recurso; (iii) las mismas primas mínimas, y (iv) los mismos valores de referencia del metro cuadrado construido por provincia.

¹⁰ Fdo. de derecho 2 de la sentencia recurrida.

¹¹ Véase la Resolución, antecedente de hecho 13.

¹² Véase la Resolución, antecedente de hecho 25.

¹³ Fdo. de derecho 2 de la sentencia recurrida.

15. Por último, la CNC consideró probado que el cumplimiento del acuerdo fue objeto de estrecha vigilancia, destacando, en particular, la reacción coordinada de varios de los participantes iniciales en el cártel, entre ellos CASER, de boicotear a otra aseguradora por rebajar sus tarifas por debajo de las mínimas pactadas.¹⁴
16. Contra la citada resolución de la CNC, CASER interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) que dictó sentencia con fecha 14 de diciembre de 2012 anulando la resolución recurrida.
17. 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.

3. SOBRE LA SENTENCIA RECURRIDA

18. 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.
19. En primer lugar, a diferencia de otras resoluciones relativas a la misma decisión de la CNC, también pendientes de casación y con respecto a las cuales la Comisión ya ha formulado o formulará observaciones, en el presente caso, la AN comparte las apreciaciones que sobre la conducta imputada contiene la resolución de la CNC, al entender que dicha conducta constituye una *"sola conducta integrada por los acuerdos y su ejecución, integrándose esta última por los actos tendentes a la vigilancia y efectiva aplicación de los acuerdos(...)"* que no encuentra cobertura legal¹⁵
20. Sin embargo, la AN considera que no concurre el elemento subjetivo de la infracción. En concreto la sentencia señala¹⁶ (subrayado añadido):

"Ahora bien, toda infracción administrativa se compone de dos elementos, el objetivo, que es el que hemos venido analizando, consistente en el

¹⁴ Véase la Resolución, primer fundamento de derecho.

¹⁵ Véase el Fdo. Jurídico cuarto de la sentencia recurrida

¹⁶ Véase el Fdo. Jurídico quinto de la sentencia recurrida.

comportamiento y su ilicitud, así como su tipificación; y el elemento subjetivo que determina el conocimiento y voluntad del responsable, en su aspecto de dolo o intención y culpa o negligencia.

Este segundo elemento es el que pasamos a analizar.

Para poder sancionar administrativamente es necesario que el sujeto imputado haya actuado con intención de realizar una conducta, a pesar de conocer que es contraria a Derecho; o bien que no haya adoptado las medidas exigibles para evitar la realización de una conducta que se sabe contraria a Derecho, o adquirir el conocimiento de que la conducta es contraria a Derecho.

Que la conducta era anticompetitiva es algo que le era conocido a la recurrente y de manera clara resulta de sus propias afirmaciones recogidas en la Resolución impugnada; pero cuestión distinta es la relativa a la cobertura legal de la misma, esto es, la exención de la conducta. Ya hemos señalado que la Sala concluye con la CNC que la conducta enjuiciada no se encuentra exenta por Ley o por Reglamentos Comunitarios, pero cuestión distinta es que las normas de aplicación no admitan razonablemente una interpretación que sostenga la exención de la conducta."

21. Entiende la AN que eso es lo que ocurre en el presente caso, al concurrir las siguientes circunstancias¹⁷:

"1.- la Legislación española aplicable se asegura la cobertura del riesgo, de suerte que la prima sea suficiente para poder cubrir las obligaciones que pudieran derivarse del seguro;

2.- el riesgo asegurado de forma obligatoria en virtud de la Ley 38/1999 es nuevo, pues obliga a desarrollar un producto de seguro totalmente nuevo, en su configuración jurídica, temporal, subjetiva y objetiva;

3.- los hechos que analizamos coinciden con un momento de fuerte incremento de la actividad constructora, lo que implica la obligatoriedad de asegurar un gran volumen de riesgos.

La recurrente, a la vista de la normativa de aplicación, la novedad en la configuración del seguro y el volumen de actividad asegurada obligatoriamente, pudo racionalmente interpretar que los acuerdos y su ejecución se encontraban amparados por norma de rango legal y por los Reglamentos de aplicación de la UE.

Efectivamente, de los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, aparece claramente el temor de las empresas implicadas a que los riesgos cuya cobertura asumían, bien como aseguradoras o reaseguradoras, estuviese deficientemente valorados y se estableciesen primas que no alcanzasen a cubrirlos; y a este temor contribuyó de manera directa, tanto la novedad en la configuración del seguro, como el fuerte incremento del volumen de contratación aseguradora que aumentaba notablemente el riesgo asegurado y asumido por las entidades."

22. Asimismo se indica que¹⁸:

¹⁷ Ibid.

"Los actos de boicot imputados se insertan en el ámbito de la libertad de contratación, pues consistieron, al margen de negociaciones, en la negativa a contratar con entidades que aplicaban tarifas que se consideraban inferiores a la cobertura del riesgo asegurado.

Pero esa negativa a contratar no venía determinada por una finalidad de expulsión del mercado de competidores, aumento de cuota del mismo o establecimiento de barreras de entrada, sino que se determinaba en la creencia de que las tarifas aplicadas no garantizaban el riesgo asegurado y por ello podían comprometer a las empresas del sector en general y en particular a las empresas que contratasen sobre tales primas y sus reaseguradoras.

De lo dicho resulta; de una parte, que no se aprecia culpabilidad en la recurrente, pues las circunstancias concurrentes hacían razonable la interpretación de las normas jurídicas de aplicación, de las que podía desprenderse la exención legal de la conducta."

23. Por último, la AN considera que¹⁹:

"Pero, lo que es más importante, la recurrente no participó en la toma de acuerdos objeto de la Resolución impugnada, y sólo interviene en un momento posterior para vigilar el cumplimiento de tales acuerdos. Pero, como hemos dicho, tal vigilancia se centró exclusivamente en el ámbito de la libertad de contratación, sin extralimitación de su ámbito, por tanto, desde este punto de vista, la concreta conducta imputada a la recurrente no es anticompetitiva, pues en ejercicio de su libertad de contratación, y sin perseguir un fin anticompetitivo, determinó su ámbito de contratación respecto de que aquellas Compañías del ámbito del seguro que garantizaban, a su juicio, la cobertura de los riesgos. El comportamiento de la actora no es objetivamente anticompetitivo, al no haber ejecuta (sic) actos contrarios a la libre competencia."

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

24. Si bien no tiene conocimiento del auto de 17 de noviembre de 2013 por el que se admitía a trámite el recurso de casación, la Comisión deduce del escrito de oposición al recurso que dicho auto inadmitió a trámite el primero de los dos motivos alegados por la Administración del Estado. En todo caso, el primero de dichos motivos, cuya inadmisión habría sido declarada por el mencionado auto, se basaba en la infracción de normativa nacional que derivaba en una supuesta

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

falta de motivación y de incongruencia omisiva, por lo que la Comisión en ningún caso habría formulado observaciones sobre el mismo.

25. Por lo que se refiere al segundo motivo, la Administración del Estado solicita que se dicte sentencia por la que se case y anule la sentencia dictada por la AN, y se dicte en su lugar sentencia por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, al entender que la sentencia recurrida infringe el art. 81.1 TCE (actualmente 101.1 TFUE) al considerar que el documento titulado "*Medidas correctoras SDD*" no reúne los requisitos para ser calificado como acuerdo de voluntades, 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 estimar que la existencia de una justificación alternativa de la conducta permite exonerar de sanción a los acuerdos anticompetitivos por objeto. Además, señala la Administración del Estado que ni la normativa nacional de defensa de la competencia ni la comunitaria exigen la existencia de un elemento subjetivo de autor de la conducta en los términos contenidos en la sentencia recurrida, sino que lo que se exige es la acreditación de la conducta colusoria y la intención de evitar la actuación individual y autónoma en el mercado afectado, a partir de lo cual debe considerarse producida la infracción. A su juicio si, como se señala en la sentencia recurrida, CASER tuvo dudas sobre la cobertura legal de su conducta, lo que esta denota es la existencia de una negligencia si, como se admite en la sentencia, se ha actuado anticompetitivamente y sin amparo en las exenciones.
26. En su escrito de oposición al recurso de casación la entidad CASER 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 la entidad no participó en reunión colusoria alguna y que la sentencia recurrida examinó con detalle la legislación sectorial, estimando probado que era lícito y justificado compartir información, incluso de modo que pudiera existir similitud e incluso coincidencia en las primas de riesgo.

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, 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 mínimas²⁰, 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.

²⁰ Por ejemplo, en la sentencia recurrida 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. A juicio de la AN, dicha conducta no estaría exenta al tratarse de un acuerdo relativo a las primas comerciales, si bien posteriormente concluye que no concurriría el elemento subjetivo de la infracción toda vez que las empresas actuaron en la creencia de que los acuerdos y su ejecución se encontraban amparados por la normativa nacional, e inspiradas por el temor de que los riesgos cuya cobertura asumían estuviesen deficientemente valorados y se estableciesen primas que no alcanzasen a cubrirlos. En otros asuntos pendientes ante el Tribunal Supremo que se refieren a la misma decisión de la CNC, las sentencias de la AN no aceptan que se haya cometido infracción alguna (véase, entre otros, el recurso de casación 8/2449/2013, asunto SWISS)

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 entienda 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. Teniendo ello presente y a la vista de los razonamientos en los que se basa la sentencia de la AN, entienda 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.- La incidencia del elemento subjetivo de la infracción en la calificación definitiva de la conducta enjuiciada.

CUARTO.- Sobre el concepto de "acuerdo" y "práctica concertada" y la participación posterior de un operador en una infracción única y continuada.

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

31. 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 es nuevo, en el sentido del art. 7 (1) antes citado, "pues obliga a desarrollar un producto de seguro totalmente nuevo, en su configuración jurídica, temporal, subjetiva y objetiva"²¹, 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.

32. 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.

33. 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".

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

35. 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

²¹ Tal y como se recoge en el fundamento de derecho 5 de la sentencia recurrida.

las agrupaciones de nueva creación destinadas a cubrir un riesgo nuevo durante los tres primeros años de su existencia."

36. El considerando 20 señala (subrayado añadido) ²²:

"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."

37. 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.

38. 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.

39. 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

²² Transcrito literalmente, aun cuando no expresamente, en el fundamento de derecho 5 de la sentencia recurrida.

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 constructivos²³, lo cual impulsó sin duda alguna la reforma 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.²⁴

40. 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.

41. Entiende la AN que la legislación aplicable, en concreto el art. 25 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, asegura la cobertura del riesgo al disponer que la prima debe ser suficiente para poder cubrir las obligaciones que pudieran derivarse del seguro. Dicha exigencia legal, junto con otras circunstancias concretas del mercado de seguros, excluiría la antijuridicidad de la conducta.

42. 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

²³ 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 nuevo cuño, tales como la ruina decenal y ampliando los supuestos de legitimación activa y pasiva y de solidaridad.

²⁴ 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.

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.

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.

43. 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.²⁵ 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.²⁶ 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 101.1.²⁷ En esos casos, incluso se ha puesto de relieve la gravedad de

²⁵ 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. I-6265, apartado 33.

²⁶ 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.

²⁷ *Glaxo SmithKline/Comisión*, cit. *ut supra*, notas 25 y 26, apartado 69.

comportamientos autónomos de las empresas dirigidos a restringir o falsear la poca competencia que subsiste entre ellas.²⁸

44. 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 horizontal²⁹, 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 Europea³⁰.
45. 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 competencia³¹.

²⁸ 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.

²⁹ DO C 11 de 14.1.2011.

³⁰ 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.

³¹ 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

46. En este sentido, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha distinguido³² 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.*
47. 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.
48. 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 practica 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.*
49. 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,

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.

³² 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.

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

5.4 Sobre el elemento subjetivo de la infracción.

50. Como se ha señalado anteriormente, la AN considera que a la vista de la normativa nacional de aplicación, la novedad en la configuración del seguro decenal, y la exigencia legal impuesta a las aseguradoras y reaseguradoras de cubrir el coste del riesgo nuevo, la antijuridicidad de la conducta quedaría excluida. Señala la AN que CASER pudo racionalmente interpretar que los acuerdos y su ejecución se encontraban amparados por una norma nacional de rango legal y por los reglamentos de exención de la UE en la creencia de que las tarifas aplicadas por otras aseguradoras no garantizaban el riesgo asegurado y por ello podían comprometer a las empresas del sector en general y en particular a las empresas que contratasen sobre tales primas y sus reaseguradoras.
51. La Comisión estima necesario precisar algunos extremos sobre la incidencia del elemento subjetivo en la calificación de la infracción.
52. Por una parte, la cuestión es si en el caso de que se estimase acreditada una infracción del art. 101.1 TFUE, debería sancionarse a la entidad aseguradora aun si ésta hubiese podido razonablemente tener la creencia de que su conducta era lícita.
53. El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema recientemente en el asunto C-681/11³³, en el que ha declarado lo siguiente:

³³ Asunto C-681/11, *Schenker*, sentencia de 18 de junio de 2013, aún no publicada, y las conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott de 28 de febrero de 2013 en el mismo asunto. En dicho asunto, la empresa alegaba que su error provenía de su confianza en el asesoramiento jurídico recibido, así como en una decisión de una autoridad nacional de la competencia que, considerando únicamente el Derecho nacional, había examinado la conducta y la había considerado lícita. El Tribunal de Justicia concluyó que el art. 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una empresa que haya infringido esta disposición no puede evitar la imposición de una multa cuando dicha infracción tenga su origen en un error de la empresa sobre la licitud de su comportamiento en razón del contenido del dictamen jurídico de un abogado o de la resolución de una autoridad nacional de defensa de la competencia.

- De acuerdo con el art. 23.2 del Reglamento 1/2003, la Comisión puede imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, «de forma deliberada o por negligencia», infrinjan las disposiciones de los arts. 101 y 102 TFUE.
- El art. 5 del Reglamento 1/2003 define la competencia de las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros para la aplicación de los arts. 101 TFUE y 102 TFUE y prevé que dichas autoridades podrán, entre otras cosas, imponer multas sancionadoras, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional. Ahora bien, del tenor de dicho artículo no se desprende que la adopción de las medidas de aplicación previstas por el Reglamento 1/2003 exija el cumplimiento de requisitos de carácter subjetivo.
- No obstante, si en aras del interés general de la aplicación uniforme de los arts. 101 TFUE y 102 TFUE los Estados miembros introducen requisitos de carácter subjetivo en el marco de la aplicación del art. 5 del Reglamento nº 1/2003, tales requisitos deberán ser, para no socavar la eficacia del Derecho de la Unión, al menos tan rigurosos como el previsto en el artículo 23 del mismo Reglamento.
- Respecto a la cuestión de si una infracción se cometió deliberadamente o por negligencia y, por tanto, puede sancionarse con una multa, este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las normas sobre competencia del Tratado³⁴. Por lo tanto, el hecho de que la empresa de que se trate haya cometido un error al calificar jurídicamente el comportamiento sobre el cual se fundamenta la constatación de la infracción no puede tener como consecuencia exonerarla de la imposición de una multa, por cuanto dicha empresa no podía ignorar el carácter contrario a la competencia de ese comportamiento.

³⁴ Véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1983, *IAZ International Belgium y otros/Comisión*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 45; de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 107, y de 14 de octubre de 2010, *Deutsche Telekom/Comisión*, citada *ut supra*, nota 31, apartado 124).

- Resulta evidente que las empresas que acuerdan directamente sus precios de venta no pueden ignorar que su comportamiento es contrario a la competencia y, por tanto, se cumple el requisito de la comisión de la infracción ya sea deliberadamente o por negligencia.

54. Por otra parte, sobre la incidencia de la conducta de otras empresas en la calificación de la conducta conforme al art. 101.1 TFUE debe recordarse que dicho precepto declara incompatibles con el mercado interior y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Como tiene señalado reiteradamente la jurisprudencia, de cara a la aplicación de esta disposición, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (sobre esto se volverá más adelante)³⁵.

55. Por otro lado, corresponde a las autoridades públicas, y no a las empresas ni a las asociaciones de empresas privadas, garantizar el respeto de las normas jurídicas. Es decir, no corresponde a las entidades aseguradoras determinar – y actuar en consecuencia sobre esa aparente justificación- si otras entidades infringían la normativa nacional al aplicar tarifas de infraseguro que pudiesen resultar insuficientes para cubrir el riesgo asegurado. Por tanto, el hecho de que un competidor en el mercado de seguros estuviese aplicando tarifas insuficientes para la cobertura del riesgo asegurado no puede considerarse una justificación objetiva para la conclusión de un acuerdo anticompetitivo contrario al art. 101.1 TFUE³⁶.

³⁵ Véanse las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429 y ss., especialmente p. 496; de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 508, de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión*, C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75, y de 7 de febrero de 2013, *Slovenská sporiteľňa*, C-68/12, todavía no publicada, apartado 17.

³⁶ Véase la sentencia *Slovenska*, cit. *ut supra*, nota 35, apartados 20-21; la sentencia de 12 de octubre de 1997, asunto T-18/96 *SCK y FNK* (sobre el art. 101) apartado 194; así como *Irish Sugar*, cit. *ut supra*, nota 29, apartado 192 y la sentencia de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Hilti*, Rec. II-01439 apartados 115-119 (ambas sobre el art. 102).

56. En conclusión, por todo lo expuesto, la Comisión considera, por un lado, que la incidencia del elemento subjetivo en la calificación de una infracción como la que nos ocupa debe valorarse teniendo en cuenta que no corresponde a las entidades aseguradoras determinar si otras entidades infringían la normativa nacional al aplicar tarifas de infraseguro que pudiesen resultar insuficientes para cubrir el riesgo asegurado³⁷; y, por otro lado, que si el supuesto enjuiciado se tratase de un acuerdo de fijación de precios para primas comerciales, las entidades aseguradoras no podrían haber ignorado que su comportamiento era contrario a la competencia³⁸.

5.5 Sobre el concepto de "acuerdo" y "práctica concertada", y la participación de CASER en una infracción única y continuada

57. La AN considera que CASER no participó en las reuniones en las que se adoptaron los acuerdos objeto de la Resolución impugnada, y que solo intervino en un momento posterior para vigilar el cumplimiento de tales acuerdos, incluyendo el boicot a un competidor que aplicaba tarifas por debajo de las pactadas. No obstante, según la sentencia recurrida, tal vigilancia se centró exclusivamente en el ámbito de la libertad de contratación, sin extralimitación de su ámbito.

58. 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.

59. 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

³⁷ Véase la sentencia *Slovenska*, citada *ut supra*, nota 35, concretamente su apartado 21 donde se señala que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una empresa perjudicada por un acuerdo colusorio que tiene por objeto restringir el juego de la competencia operara en el mercado de referencia de manera presuntamente ilegal cuando se concluyó dicho acuerdo carece de relevancia para determinar si tal acuerdo colusorio constituye una infracción de la citada disposición.

³⁸ Véase el apartado 53 de estas observaciones.

voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades.³⁹

60. Dicho concepto debe entenderse e interpretarse, por tanto, de un modo amplio, alejado de formalismos, y puede incluir cualquier "pacto entre caballeros"⁴⁰ o un mero intercambio de correspondencia.⁴¹
61. Incluso, en determinadas circunstancias, medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por una empresa se han considerado constitutivas de un acuerdo⁴². 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 negociación⁴³.
62. 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

³⁹ Véase la sentencia de 26 de octubre de 2000, dictada en el asunto T-41/96, *Bayer AG/Comisión*, [2000] II-3383, apdo. 69.

⁴⁰ 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).

⁴¹ Véase la sentencia de 10 de febrero de 2001, en el asunto C-260/09, *Activision Blizzard Germany GmbH c. Comisión*.

⁴² 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).

⁴³ 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.⁴⁴

63. 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 informales⁴⁵. 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 participantes⁴⁶.

64. 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

⁴⁴ Sentencia *Suiker Unie*, citada *ut supra* nota 26, apartados 173-174.

⁴⁵ 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.

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

competidor actual o potencial⁴⁷. En todo caso, aunque las nociones de "acuerdo" y "práctica concertada" sean conceptualmente distintos, su diferenciación no produce efectos legales significativos⁴⁸. 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, 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 concertada⁴⁹.

65. Asimismo, 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

⁴⁷ Véase, sentencia *Suiker Unie/ Comisión*, cit. *ut supra* nota 26, apartado 174.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Sentencia *Solvay*, cit. *ut supra*, nota 48, apartado 89 y la jurisprudencia que se cita.

propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁵⁰.

66. En segundo lugar, por lo que se refiere a la existencia de una infracción única y continuada, es jurisprudencia reiterada que una violación del art. 101(1) TFUE puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o de un comportamiento continuado, pese a que uno o varios actos que forman parte de tal comportamiento continuado puedan, si se consideran aisladamente, constituir en sí mismos una violación del art. 101⁵¹. Así, cuando varios actos infractores persiguen el mismo objetivo económico se puede hablar de una infracción única y continuada. En tales situaciones, sería artificial subdividir un comportamiento continuado, caracterizado por una única finalidad en varias infracciones distintas, cuando en realidad se trata de la misma infracción que se va concretando progresivamente a través tanto de acuerdos como de prácticas concertadas.⁵² Cuando se trata de un acuerdo de este tipo, la empresa que participa en la infracción, mediante comportamientos propios calificables de acuerdos o prácticas concertadas pero que pretenden contribuir a la realización de la infracción en su conjunto puede ser considerada responsable de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción y por tanto de la infracción única y continuada. Así ocurre cuando la empresa de que se trate conocía o podía razonablemente prever que el comportamiento en el que participaba era parte de un plan más amplio para distorsionar la competencia y en el que participaban otras empresas.⁵³

67. De este modo, es jurisprudencia reiterada 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

⁵⁰ 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.

⁵¹ Véase la sentencia de 8 de julio de 1999, *Comisión/Anic Participazioni*, asunto C-49/99 P, Rec.I-4125, apartado 81.

⁵² *Ibid*, apartado 82.

⁵³ *Ibid*, apartado 83 y sentencia de 20 de marzo de 2002 *Sigma Technologie di rivestimento/Comisión*, asunto T-28/99, Rec. II-1845, apartado 40.

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.⁵⁴ En este sentido, una empresa que conoce dichos comportamientos anticompetitivos y los aprueba tácitamente, al no distanciarse 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.⁵⁵

68. 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.⁵⁶ 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.⁵⁷

69. En tercer lugar, como se ha señalado, la AN estima que es un elemento importante a la hora de calificar la conducta de CASER, el hecho de que dicha entidad se sumara a la conducta una vez concluido el acuerdo. A este respecto, debe tenerse presente que, según la CNC –lo cual ha sido aceptado por la sentencia recurrida– nos encontramos ante una infracción única y continuada, cuya esencia es que 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

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Ibid, apartado 84.

⁵⁶ Sentencia *Comisión/Anic Partecipazioni*, antes citada, apartado 84.

⁵⁷ Ibid, apartado 90.

único y continuado. Es un hecho probado en la Resolución de la CNC, que la sentencia no discute, que aunque CASER no participó en las reuniones iniciales en las que se forjó el acuerdo y la aplicación del mismo le vino al parecer, en un primer momento, impuesta por sus reaseguradoras, a partir del 2006, CASER pasó a desempeñar un papel activo en la aplicación del acuerdo, en particular en actos de vigilancia del cumplimiento del mismo y de boicot a una empresa competidora que aplicaba tarifas por debajo de las pactadas. Siendo así, la cuestión relevante no es si los actos de CASER estaban amparados por la libertad de contratación o si se extralimitaron, sino si se puede deducir que CASER 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 incluyendo los comportamientos anticompetitivos de otras empresas participantes, aunque no participase en algún aspecto de la infracción, en este caso, en las reuniones iniciales en las que se adoptó el acuerdo (incluyendo que no fue destinataria del documento "Medidas Correctoras SDD-2002").

70. En cuarto lugar, en cuanto a los actos de boicot que la AN entiende que se sitúan en el ámbito de la libertad de contratación, en primer lugar hay que recordar lo ya señalado, en concreto que, incluso si el competidor estuviese actuando ilegalmente en el mercado, ello no justificaría un acuerdo anticompetitivo, toda vez que no corresponde a los operadores económicos determinar si otras entidades infringían la normativa aplicable⁵⁸. Lo realmente relevante a efectos de la conducta de CASER no es si dichos actos se sitúan dentro de su libertad de contratación o no, pues la libertad de contratación no puede en ningún caso justificar la conclusión de un acuerdo anticompetitivo. Lo relevante es si al participar activamente en dicho boicot CASER conocía o podía razonablemente prever que dichos actos estaban encaminados a hacer cumplir el acuerdo

⁵⁸ Véase la sentencia *Slovenska*, citada *ut supra*, nota 35, apartado 21.

anticompetitivo, es decir a que el competidor que fue objeto de boicot respetase las tarifas mínimas acordadas.

71. Así se deduce de la sentencia que admite que CASER era consciente de que su conducta era anticompetitiva. Otra cuestión es cuál es la consecuencia que debe extraerse del hecho de que CASER, pese a conocer que su conducta era anticompetitiva, podía haber actuado en la creencia de que la misma estaba exenta es decir si en esas circunstancias se puede considerar que falta el elemento subjetivo, de lo que se ha tratado más arriba (véase, apartado 5.4, *supra*).
72. Por otro lado, toda vez que se admite que los actos de boicot forman parte de una conducta única y continuada no pueden examinarse por sí solos para determinar si son constitutivos de infracción o no, como hace la sentencia. Como se ha explicado antes, al formar parte de un acuerdo único y continuado han de examinarse como parte de ese todo. Lo relevante entonces es determinar si la empresa que participa en dicho boicot conoce o puede razonablemente conocer que su comportamiento está dirigido a asegurar el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo en el que participan otras empresas, boicoteando a empresas que se desvían de las tarifas pactadas. Conforme a la jurisprudencia antes reseñada, incluso una aprobación tácita o una participación pasiva en un acuerdo anticompetitivo único y continuado es suficiente para que la empresa sea considerada responsable de la totalidad de la infracción. Luego es razonable concluir que una participación activa en medidas de vigilancia del acuerdo y de boicot a competidores que se desvían del mismo acarrea también la responsabilidad de la empresa por la totalidad del acuerdo único y continuado y no sólo por los actos de retorsión o de activa vigilancia. Es más, la gravedad de dicha conducta de vigilancia (en su caso durante un periodo de tiempo más corto) que contribuye a la eficacia de los acuerdos colusorios ha de ser tenida en cuenta a efectos del cálculo de la multa, en línea con el principio de responsabilidad personal.
73. Finalmente, en cuanto al hecho mencionado en la Resolución y del que se hace eco la sentencia, de que al acuerdo pueda haber sido, en un primer momento, impuesto a CASER por sus reaseguradoras, hay que decir que la jurisprudencia comunitaria no considera la existencia de presiones que unas empresas hayan

podido ejercer sobre otras para que participen en un acuerdo anticompetitivo como un elemento que exima de responsabilidad por la infracción a la empresas objeto de tales presiones. Tales presiones, aunque se demuestre que han ocurrido no modifican en absoluto la gravedad de la conducta de la empresa objeto de las mismas y no constituyen una circunstancia atenuante a efectos del cálculo de la multa, pues la empresa afectada hubiera podido denunciar ante las autoridades competentes la existencia de la práctica colusoria y las eventuales presiones ejercidas sobre ella.⁵⁹ En cualquier caso, y como se ha comentado antes, CASER pasó en un momento posterior a participar activamente en la vigilancia de la aplicación del acuerdo por lo que no puede considerarse que el acuerdo le vino impuesto durante todo el periodo de duración de su participación en la infracción.

74. Por todo lo expuesto, la Comisión considera que la cuestión de determinar si ha existido un acuerdo o practica concertada en el que haya participado la entidad CASER 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 un elemento subjetivo y la participación de un operador económico en un acuerdo único y continuado cuyo objeto es anticompetitivo.

6.- CONCLUSIÓN

75. 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:

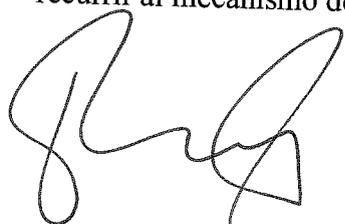
⁵⁹ Véase, por ejemplo, sentencias de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p.I-5425, apartados 369 y 370; de 6 de abril de 1995 *Trefileurope/Comisión*, asunto T-141/89, Rec. p.II-791, apartado 58; de 20 de marzo de 2002, *KE KELIT/Comisión*, asunto T-17/99, Rec. p.II-1647, apartado 50; de 29 de noviembre de 2005, *Unión Pigments/Comisión*, T-62/02, Rec. p.II-5057, apartado 63, de 30 de abril de 2009, *Itochu/Comisión*, asunto T-12/03, Rec. p.II-909, apartados 114 y 140; de 19 de mayo de 2010 *Chalkor/Comisión*, asunto T-21/05, Rec.p.II-1895, apartado 72.

- 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 81 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 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 incidencia del elemento subjetivo en la calificación de una infracción** como la que nos ocupa debe valorarse teniendo en cuenta que, en primer lugar, no corresponde a las entidades aseguradoras determinar si otras entidades infringían la normativa nacional al aplicar tarifas de infraseguro, que pudiesen resultar insuficientes para cubrir el riesgo asegurado, y, en segundo lugar, que si el supuesto enjuiciado se tratase de un acuerdo de fijación de precios para primas comerciales, las entidades aseguradoras no podrían haber ignorado que su comportamiento era contrario a la competencia.
- **CUARTO: La valoración de la intervención de la entidad CASER** en el acuerdo o práctica supuestamente anticompetitivos debería ajustarse a los criterios señalados en los apartados 57 y siguientes de estas observaciones.

76. 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 TFU.



Fructuoso JIMENO FERNANDEZ



Flor CASTILLA CONTRERAS



Carlos URRACA CAVIEDES

Agentes de la Comisión