



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, el 4 de diciembre de 2013

Sj.e(2013)2892757 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. 8/483/2013

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 núm.8/483/2013

Parte recurrente: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Parte recurrida: ASEFA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y
REASEGUROS (ASEFA)

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.....	7
4. SOBRE LAS ALEGACIONES DE LA PARTES EN EL RECURSO DE CASACIÓN	9
5.- OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN	11
5.1 CONSIDERACIONES GENERALES	11
5.2 SOBRE LA DEFINICIÓN DE <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.	15
5.4 SOBRE EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA INFRACCIÓN	18
5.5 SOBRE EL CONCEPTO DE "ACUERDO" Y "PRÁCTICA CONCERTADA", ASÍ COMO SOBRE SU ALCANCE, EN EL ARTÍCULO 101 (1) TFUE.....	21
6.- CONCLUSIÓN.....	26

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 artículos 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, 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 el 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 artículos 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 se refiera a los artículos 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 24 de octubre de 2013, 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 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 esta 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

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 fuera 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.

culpa sin 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. 81.1ª) 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 ASEFA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA o "la recurrida"), a la que se le impuso una multa de 27.759.000 euros.
13. En concreto, la CNC estimó acreditado que diversas aseguradoras (entre ellas la ahora recurrida) y reaseguradoras adoptaron en 2001 un acuerdo para la fijación de unos precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado mínimos) en el seguro de daños a la edificación ("seguro decenal" o "seguro de edificación"). Los términos del acuerdo quedaron recogidos en el documento denominado "*Medidas correctoras SDD*" y posteriormente fueron traspasados a las guías y manuales de ratificación que utilizaron las aseguradoras para tarificar los riesgos, tanto las aseguradoras que habían participado en el acuerdo (como la recurrida), como otras aseguradoras obligadas por los reaseguradores.
14. La CNC estima acreditado que en 2001 se produjeron los primeros contactos entre aseguradoras y reaseguradoras con la finalidad de negociar un incremento de las tarifas y establecer unas condiciones de suscripción homogéneas para todo

el mercado. Con posterioridad se celebraron nuevas reuniones que siguieron tratando de las medidas correctoras del seguro de edificación.

15. Contra la citada resolución de la CNC, ASEFA interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) que dictó sentencia con fecha 4 de enero de 2013 anulando la resolución recurrida.
16. Contra dicha sentencia la CNC preparó e interpuso recurso de casación cuya resolución compete a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

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, entiende la AN que ha de tenerse en cuenta que el seguro decenal fue una **novedad** introducida por la LOE, siendo la experiencia sobre él en España hasta ese momento prácticamente inexistente y, en consecuencia, irrelevante la información estadística que pudiera existir con anterioridad sobre la siniestralidad⁹.
19. En segundo lugar, señala la AN que en el ámbito de la actividad aseguradora privada el mercado viene condicionado por una obligación legal de "*suficiencia*" de las primas comerciales las cuales, de acuerdo con el artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, deben ser suficientes para cubrir el coste estimado del siniestro. Además, conforme indica el precepto señalado, existe la posibilidad de que las primas de riesgo se basen en estadísticas comunes de empresas competidoras, quedando excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia (LDC) los mecanismos de cooperación necesarios al efecto¹⁰. A juicio de la AN la obligación de cubrir este coste del riesgo del nuevo seguro constituye una

⁹ Véase el Fdo. Jurídico 7 de la sentencia recurrida.

¹⁰ *Ibid.*

exigencia legal que afecta tanto a las aseguradoras como a las reaseguradoras, todo lo cual excluiría la antijuridicidad de la conducta sancionada¹¹.

20. En tercer lugar, indica la AN que la normativa de la UE admite la cooperación entre entidades para calcular los principales costes del seguro mediante estadísticas comunes sobre el mismo tipo de siniestros¹². En concreto, el Reglamento (CE) 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 (así como su antecesor, el Reglamento (CEE) n° 3932/92, de 21 de diciembre, en lo sucesivo "Reglamento de exención") dispone que la colaboración entre empresas de seguros con vistas al cálculo del coste medio de la cobertura de un riesgo determinado permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas.
21. En cuarto lugar, entiende la AN que el documento "*Medidas Correctoras SSD*" no reúne los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, sino que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por ASEFA y MAPFRE a sus reaseguradoras (entre ellas, la recurrida) sin que haya quedado acreditado que fuese aplicado de forma unánime por otras aseguradoras y reaseguradoras sancionadas por la CNC. No se trataría de un "acuerdo", sino de meros contactos e intercambio de criterios¹³. La razón de estos contactos era evitar el riesgo de infraseguro en un seguro de nueva implantación legal con carácter obligatorio y, en definitiva, asegurar que se cubriera el coste de los siniestros de los riesgos que se cederían en el marco de los contratos de reaseguro proporcional obligatorio¹⁴.
22. Por último, se señala que no existió restricción alguna de la competencia en relación con el seguro decenal. En primer lugar, después de indicar que no es necesario acreditar los efectos reales o potenciales de una conducta sobre el

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Fdo. Jurídico 7.

¹⁴ *Ibid.*

mercado para concluir que constituye una conducta prohibida por el artículo 101 (1) TFUE¹⁵, la AN considera que, en el presente caso, que las concretas características del seguro decenal que antes se han apuntado, unidas a la regulación legal, nacional y de la UE, determinaron el comportamiento de las empresas aseguradoras y constituyen una explicación alternativa que "*sitúa los precios del seguro fuera del reproche antitrust*". En segundo lugar, señala la AN que la total eliminación de la competencia no ha quedado acreditada y que los actos de boicot que se atribuyen a la recurrida, además de imputarse exclusivamente en concepto de agravante, se insertan dentro del ámbito de la libertad de contratación y no tenían por finalidad expulsar del mercado a los competidores, sino que se llevaron a cabo en la creencia de que las tarifas aplicadas por otros competidores 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 reaseguradoras¹⁶.

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

23. La Administración del Estado solicita 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.
24. Los motivos esgrimidos por la Administración del Estado en lo que afecta al contenido de estas observaciones¹⁷ pueden sintetizarse de la manera siguiente:
- Primer motivo: Infracción del artículo 101 TFUE. Se estima que la sentencia de la AN infringe dicho precepto al considerar, basándose en una interpretación formalista alejada de los criterios jurisprudenciales aplicables, que el documento titulado "*Medidas correctoras SDD*" no reúne los requisitos para ser calificado como acuerdo de voluntades.

¹⁵ Fdo. Jurídico 8.

¹⁶ Fdo. Jurídico 9.

¹⁷ Como señala más adelante la Comisión no se pronuncia sobre la valoración de la prueba. Ello, además de corresponder al juez nacional, excedería del objeto de las presentes observaciones.

- Segundo motivo: Infracción del artículo 101 TFEU. Se estima que la AN infringe dicho precepto al considerar que el acuerdo sancionado no constituye ni puede calificarse como una infracción por objeto al existir una explicación alternativa de los hechos distinta a la existencia de la conducta prohibida, explicación que situaría fuera de reproche la conducta enjuiciada.
 - Tercer motivo: Infracción del artículo 101 TFUE y del Reglamento (CE) núm. 358/2003. Se alega que la sentencia de la AN infringe la normativa citada al valorar como circunstancia excluyente de la antijuridicidad de la conducta el hecho de que el riesgo cubierto por el seguro decenal introducido por la LOE deba ser valorado como un "*riesgo nuevo*". Al contrario de lo que señala en la sentencia recurrida, la Administración del Estado entiende que un acuerdo dirigido a la determinación de las primas comerciales no encuentra amparo en la legislación de la UE.
25. En su escrito de oposición al recurso de casación la entidad ASEFA solicita la confirmación de la sentencia recurrida.
26. Como se ha señalado anteriormente la Comisión va a omitir cualquier mención al análisis que ambas partes realizan sobre la prueba practicada en el expediente. Teniendo ello presente, debe señalarse que la parte recurrida se opone al recurso por los siguientes argumentos:
- La sentencia de la AN no utiliza una tesis formalista basada en la prueba de un convenio o contrato formal entre las empresas imputadas, sino que destaca que dicho documento se refiere exclusivamente a "cuestiones técnicas" dirigidas a obtener datos y consideraciones sobre cuál sería el coste del seguro y no constituye no ya de modo formal sino tampoco materialmente, un acuerdo de voluntades. En todo caso, ASEFA simplemente adoptó una decisión empresarial que fue unilateral y legítima y, por tanto, no hubo abandono de un comportamiento independiente ni existe un objetivo común.
 - Por lo que se refiere al razonamiento sobre la existencia de una *explicación alternativa*, señala la recurrida que la sentencia de la AN declara que no se ha probado la comisión de infracción alguna de modo inequívoco y por eso han de tenerse en cuenta las explicaciones alternativas.

- Por último, la recurrida entiende que la sentencia de la AN no ha vulnerado los artículos 3 y 6 del Reglamento núm. 358/2003 ya que, en primer lugar, el acuerdo en cuestión no perseguía la finalidad de fijar primas comerciales mínimas y, en segundo lugar, la AN tampoco ha entendido que concurran una exención basada en la existencia de un "riesgo nuevo".

5.- OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN

5.1 Consideraciones generales

27. Como ya se ha señalado anteriormente, estas observaciones tienen únicamente por objeto el asegurar la aplicación coherente de los artículos 101 y 102 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 mínimas¹⁸, la Comisión considera que no le

¹⁸ Por ejemplo, en la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012, asunto 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. 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

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 artículo 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 de los artículos 101 y 102 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, 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.- La incidencia del elemento subjetivo de la infracción en la calificación definitiva de la conducta enjuiciada.

CUARTO.- El concepto de "acuerdo" y "práctica concertada" y su alcance.

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.

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

31. El artículo 1, en relación con el artículo 7 del Reglamento de exención dispone que, con sujeción a determinadas condiciones, se declara inaplicable el artículo 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 atribuye al seguro decenal introducido por la LOE la consideración de "*riesgo nuevo*", la Comisión considera necesario clarificar dicho concepto no sólo para su aplicación al supuesto previsto en el artículo 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 artículo 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 artículo 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 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) :

"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 artículo 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 artículo 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 constructivos¹⁹, 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.

40. Por lo tanto, la Comisión considera que la definición de “*riesgo nuevo*” se obtenga 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 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 artículo 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 excluiría la antijuridicidad de la conducta.

42. El artículo 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.

¹⁹ 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.

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 tiene señalado el Tribunal de Justicia, el artículo 101 TFUE solo se refiere a los comportamientos contrarios a la competencia que hayan sido adoptados por las empresas por iniciativa propia. Así, si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o si crea un marco jurídico que **limita por sí mismo** cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplica el artículo 101 TFUE toda vez que, en dicho caso, la restricción de la competencia no se debería a comportamientos autónomos de las empresas.
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 horizontal²⁰, 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 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 esté permitido en virtud del art. 101. Únicamente dejaría de aplicarse el art. 101 cuando la legislación nacional requiere una conducta anticompetitiva de las empresas o si con posterioridad establece un marco legal que excluye toda conducta competitiva de las empresas, ejerciendo una *presión irresistible* sobre éstas.
45. En todo caso, debe señalarse que la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de dicha disposición un determinado comportamiento debido a que ha

²⁰ DO C 11 de 14.1 2011

sido impuesto por la legislación nacional ha sido utilizada de forma restrictiva por los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea²¹.

46. Por el contrario, como se ha señalado, cabría aplicar el art. 101 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 competencia²².
47. Debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha distinguido²³ entre comportamientos *exigidos* y simplemente *facilitados o fomentados* por la normativa nacional, señalando respecto del último supuesto que las empresas implicadas podrían ser sancionadas 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 pudiese considerarse anticompetitiva.
49. En el presente caso, el propio artículo 25 del Real Decreto-Legislativo 6/2004 indica claramente que las entidades aseguradoras *responderán*

²¹ 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.

²² Véase en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, *Labroke Racing LTD*, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartados 33 y 34, C-280/08 *Deutsche Telekom*, apartados 80 y 82, T-168/01 *Glaxo Smith Kline Services* apartados 66-70, T-228/97 *Irish Sugar*, apartado 130 y la jurisprudencia que se menciona, y T-387/94 *Asia Motor France*, apartado 65.

²³ Véase la sentencia de 9 de septiembre de 2003 *Consorcio Industrie Fiammiferi (CIF)*, asunto C-198/01, apartados 53 a 57.

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.

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 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, pero dicha obligación no excluye, por sí sola, toda posibilidad de comportamiento competitivo.

5.4 Sobre el elemento subjetivo de la infracción

51. Como se ha señalado anteriormente, la AN considera que a la vista de la normativa nacional de aplicación y la novedad en la configuración del seguro decenal, la exigencia legal impuesta a las aseguradoras y reaseguradoras de cubrir el coste de riesgo nuevo excluiría la antijuridicidad de la conducta. En concreto, la sentencia de la AN señala que las entidades actuaron 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.
52. La Comisión estima necesario precisar algunos extremos sobre la incidencia del elemento subjetivo en la conducta de las entidades que operen en el sector en la calificación de la infracción.
53. 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 estimar que su conducta era lícita.

54. El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema recientemente en el asunto C-681/11²⁴, en el que ha declarado lo siguiente:

- De acuerdo con el artículo 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 del artículo 101 TFUE o del artículo 102 TFUE.
- El artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 define la competencia de las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros para la aplicación de los artículos 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 exija el cumplimiento de requisitos de carácter subjetivo.
- No obstante, si en aras del interés general de la aplicación uniforme de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE los Estados miembros introducen requisitos de carácter subjetivo en el marco de la aplicación del artículo 5 del Reglamento n° 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

²⁴ Asunto C-681/11, *Schenker*, sentencia de 18 de junio de 2013 y muy especialmente las conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott de 28 de febrero de 2013. 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 artículo 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.

conciencia de infringir las normas sobre competencia del Tratado²⁵. 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.

- 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.

55. Por otra parte, sobre la incidencia de la conducta de otras entidades en la calificación de la conducta conforme al art. 101 (1) TFUE debe señalarse 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)²⁶.

56. 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.

²⁵ 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*, C-280/08 P, Rec. p. I-9555, apartado 124).

²⁶ 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, *Slovenska sporitel'na*, C-68/12, todavía no publicada, apartado 17.

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 conclusión de un acuerdo anticompetitivo contrario al art.101 (1) TFUE²⁷.

57. Por lo expuesto, la Comisión considera que la incidencia del elemento subjetivo en la calificación de una infracción como la que nos ocupa debe valorarse teniendo en cuenta, en primer lugar, 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 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.

5.5 Sobre el concepto de "acuerdo" y "práctica concertada", así como sobre su alcance, en el artículo 101 (1) TFUE

58. La AN considera que el documento denominado "*Medidas correctoras SDD*" que, a juicio de la CNC habría constituido la plasmación de los acuerdos tendentes a la fijación de unos precios mínimos para el seguro de edificación, no reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades sino que lo único que ha acreditado es que constituyó una propuesta formulada por las aseguradoras a sus reaseguradoras, que no llegó a ser aplicada de forma unánime por todas ellas.

²⁷ Véase la sentencia *Slovenska*, ut supra, apartados 20-21; T-18/96 *SCK y FNK* (sobre el art. 101) apartado 194; *Irish Sugar*, cit. ut supra, apartado 192 y T-30/89, *Hilti*, apartados 115-119 (ambas sobre el art. 102).

59. De nuevo, la Comisión insiste en que no va formular observación alguna sobre la prueba practicada en el caso concreto ni sobre la valoración de ésta 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.
60. El artículo 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 de empresas.
61. 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.²⁸
62. Dicho concepto debe entenderse e interpretarse, por tanto, de un modo amplio, alejado de formalismos, y puede incluir cualquier "pacto entre caballeros"²⁹ o un mero intercambio de correspondencia³⁰.
63. Incluso, en determinadas circunstancias, medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por una empresa se han considerado constitutivas de un acuerdo³¹. O, por ejemplo, puede considerarse que se ha concluido un acuerdo en el sentido del art. 101.1, cuando hay una voluntad

²⁸ Véase la sentencia de 26 de octubre de 2000, dictada en el asunto T-41/96, *Bayer AG c. Comisión*, [2000] II-3383, apdo. 69.

²⁹ 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).

³⁰ Véase la sentencia d 10 de febrero de 2001, en el asunto C-260/09, *Activision Blizzard Germany GmbH c. Comisión*.

³¹ 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, o *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Rec. p. I-3439, apartados 16 y 17).

concordante sobre el principio de restringir la competencia, aunque los puntos específicos de la restricción sigan siendo todavía objeto de negociación³².

64. 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 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 mercado³³.

65. La inclusión de las "prácticas concertadas" en el artículo 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 informales³⁴. Así lo entendió la jurisprudencia desde una época muy temprana al declarar que si el artículo 101 distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas» o del de «decisiones de asociaciones de empresas», lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas

³² Véanse, en este sentido, la sentencia *Solvay*, asunto T-186/06, apartado 86, y la jurisprudencia que se cita.

³³ Sentencia de 16 de diciembre de 1975, asunto 40/73, *Suiker Unie c. Comisión*, [1975]. Apdo. 173-4.

³⁴ 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 artículo 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

que, sin llegar a que se celebre un convenio 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 participantes³⁵.

66. 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 bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial³⁶. En todo caso, aunque las nociones de "acuerdo" y "práctica concertada" sean conceptualmente distintos, su diferenciación no produce efectos legales significativos, dado que la distinción fundamental radica en si el comportamiento es colusorio o no. Por ello 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.

67. Asimismo, debe recordarse que conforme reiterada jurisprudencia, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 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

³⁵ Sentencia de 14 de Julio de 1972, asunto 46/89, *Imperial Chemical Industries LTD c. Comisión*, [1972] Rec. 619, apdo. 64.

³⁶ Asunto 40/73, *Suiker Unie c. Comisión*, cit. *ut supra* apdo. 174.

determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia³⁷.

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 manifiesta³⁸.
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 pertinentes³⁹.
71. En este análisis, la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo.

³⁷ 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, Rec. p. I-0000, apartado 36.

³⁸ 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.

³⁹ Véase en este sentido la sentencia *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, antes citada, apartado 58 y jurisprudencia citada.

72. En definitiva, para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que el acuerdo pueda producir efectos negativos en la competencia, es decir, que sea 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 perjuicios⁴⁰.
73. Por último, debe también tenerse en cuenta que, incluso suponiendo que una empresa no hubiera participado activamente en reuniones, al menos en parte, el participar en 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 él⁴¹.
74. Por todo lo expuesto, la Comisión considera que la valoración de la intervención de la recurrida en el acuerdo o práctica supuestamente anticompetitivos debe ajustarse a los criterios señalados en los apartados que anteceden de estas observaciones.

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 artículo 101 TFUE en el asunto objeto del presente recurso de casación, sugiere al Tribunal Supremo la siguiente línea de interpretación:

- 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

⁴⁰ Véase la sentencia *T-Mobile Netherlands* y otros, antes citada, apartado 31.

⁴¹ 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 abril de 1995, *Tréfileurope c. Comisión*, T-141/89, Rec. p.791, apdo. 85.

en el sector de los seguros, incluyendo 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.

- 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 entidades implicadas.
- 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, 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 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.
- La valoración de la intervención de la recurrida en el acuerdo o práctica supuestamente anticompetitivos debe ajustarse a los criterios señalados en los apartados 58 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 juez nacional, 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